

FAMILIA Y DERECHO



La guarda y custodia compartida

Estudio de la realidad
jurídico-práctica española

Jésica Delgado Sáez

*Doctora en Derecho
Abogada*

PRÓLOGO DE:

Esther Torrelles Torrea

Profesora Titular de Derecho civil

REUS
EDITORIAL

COLECCIÓN FAMILIA Y DERECHO

TÍTULOS PUBLICADOS

- Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización**, *Esther Gómez Campelo* (2008).
- La reserva viudal**, *Araceli Donado Vara* (2009).
- La Ley 54/2007 de adopción internacional: un texto para el debate (acercamiento crítico a alguna de sus propuestas)**, *Esther Gómez Campelo* (2009).
- La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre. Análisis doctrinal y jurisprudencial**, *M.ª Ángeles Rueda Martín* (2012).
- La pretutela de personas con discapacidad por entidades privadas**, *Inmaculada Llorente San Segundo* (2013).
- La vivienda familiar**, *Cristina Gil Membrado* (2013).
- Las parejas de hecho y su marco legal**, *M.ª Eugenia Serrano Chamorro* (2014).
- Disolución y liquidación de los regímenes matrimoniales. Sociedad de gananciales y regímenes forales de comunidad**, *Alfredo Sánchez-Rubio García* (2016).
- Autonomía privada y matrimonio**, *Aurelio Barrio Gallardo* (2016).
- Protección jurídica de las personas con discapacidad**, *M.ª José García Alguacil* (2016).
- Estudio crítico de la pensión compensatoria**, *María Dolores Hernández Díaz-Ambrona* (2017).
- Pactos amistosos en caso de ruptura de la pareja**, *Marina Castells i Marquès* (2017).
- Los matrimonios de complacencia como instrumentos de política migratoria**, *Luis Martínez Vázquez de Castro* (2018).
- Violencia de género y responsabilidad civil**, *Pilar Álvarez Olalla* (2020).
- La guarda y custodia compartida. Estudio de la realidad jurídico-práctica española**, *Jésica Delgado Sáez* (2020).

COLECCIÓN FAMILIA Y DERECHO

Directora: M.^a ÁNGELES PARRA LUCÁN
Catedrática de Derecho Civil

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

**ESTUDIO DE LA REALIDAD
JURÍDICO-PRÁCTICA ESPAÑOLA**

Jésica Delgado Sáez
Doctora en Derecho
Abogada

Prólogo de
Esther Torrelles Torrea
Profesora Titular de Derecho civil

REUS
EDITORIAL

Madrid, 2020

© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Teléfonos: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es

1.ª edición REUS, S.A. (2020)
ISBN: 978-84-290-2373-2
Depósito Legal: M 28242-2020
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus ni sus directores de colección responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan sus propios autores. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

A todas las personas que durante este tiempo me han acompañado

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores varios
AP	Audiencia Provincial
Art(s).	Artículo(s)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CCCat	Código Civil de Cataluña
CDCFN	Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra
CDFA	Código de Derecho foral de Aragón
CDN	Convención sobre los Derechos del niño (20 de noviembre de 1989)
CE	Constitución española
cit.	Citada
coord.	Coordinador
CP	Código Penal
DGRN	Dirección General de los Registro y del Notariado
dir.	Director
ed.	Edición
Etc.	Etcétera
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero).
LOPJM	Ley Orgánica de Protección jurídica del Menor (1/1996, de 15 de junio).
LRFPV	Ley de relaciones familiares en supuesto de separación o ruptura de los progenitores (del País Vasco)
ob.	Obra
p.(p.)	Página(s)

SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STSJC	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
t.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
Vol.	Volumen

PRÓLOGO

Hace unos meses José Antonio Seijas Quintana escribía que cuando una ley cumple 130 años, como es el caso de nuestro Código civil, nos debemos preguntar si tal longevidad «se debe a un hecho casual, derivado de una sistemática pereza del legislador que no ha atendido a los importantes cambios de todo tipo que han ocurrido a España», o si ha llegado a nuestros días, entre otros motivos, «por las importantes reformas que desde entonces se han producido en las materias más expuestas a estos cambios».

La custodia compartida es un ejemplo que nos permite apoyar la segunda reflexión expuesta. Este tipo de custodia fue expresamente regulada en el Código civil a través de la Ley 15/2005 por la que se modifica el Código civil y la Ley de enjuiciamiento en materia de separación y divorcio. Con anterioridad a esta ley, la guarda y custodia compartida asomaba en algunas sentencias con cierta timidez por no existir un reconocimiento legal y por dudar de si realmente con ella se beneficiaba el interés superior del menor. No obstante, el cambio de la percepción social hacia una guarda alternada entre ambos progenitores fue ganando terreno. A ello ha ayudado el elástico concepto de familia que existe, aglutinando diversos modelos todos ellos dignos de protección con una implicación cada vez más demandada de ambos progenitores.

Sin embargo, a pesar del revuelo de la institución, de su reconocimiento expreso en nuestro Código civil y de ser una guarda ya habitual en muchas parejas tras una crisis matrimonial, el Código no da respuesta a todos los problemas que genera. La reforma de 2005 fue parcial, dejando de abordar temas tan relevantes y necesarios como son la atribución del uso de la vivienda familiar, el régimen de visitas o la pensión de alimentos a favor de los hijos. Por tanto, la introducción de la custodia compartida

en nuestro ordenamiento fue escasa e insuficiente, ya que no reguló los efectos que produce su otorgamiento.

Ahí es donde la obra de Jéscica Delgado adquiere protagonismo. La autora ha tenido la agudeza de vislumbrar los problemas que la figura entraña. Con apoyo de la legislación, tanto española como de países de nuestro entorno, y de la jurisprudencia, ha ido construyendo los contornos de la guarda y custodia compartida. Y no se ha conformado con definir las esquinas, sino que ha construido una institución de forma clara y contundente en la solución de los problemas. El lector se encontrará con una obra completa, reflexionada y madura en la que la autora se decanta por un nuevo enfoque de las relaciones parentales.

Como acertadamente nos advierte la autora, lo que se pretende con la guarda y custodia compartida es que las estancias que el hijo pasa con cada progenitor les permita a estos poder cumplir satisfactoriamente con sus obligaciones parentales (cuidado, alimentación, educación, vivienda...) sin renunciar a mantener una relación fluida con los hijos.

En este sentido, en la guarda y custodia compartida observamos dos grandes intereses en juego: el interés superior del menor y el interés de los padres para que se desarrolle una coparentalidad y corresponsabilidad parental. Es evidente que, si entraran en conflicto dichos intereses, el interés del menor prevalecería. El objetivo de la custodia compartida es salvaguardar al menor, concederle unas condiciones similares a las experimentadas mientras existía matrimonio o unión de sus padres. Se pretende distorsionar lo mínimo las costumbres y rutinas del menor garantizando la estabilidad del menor. Por otro lado, se quiere preservar el interés de los padres en seguir desarrollando sus obligaciones parentales, con una mayor participación de ambos en el cuidado, atención y crianza de los hijos fomentado por el principio de igualdad en las obligaciones familiares para obtener el adecuado desarrollo de la personalidad del menor. Con ello el menor podrá aprovecharse de una educación en común y la presencia física de ambos padres (principio de coparentalidad). Y todo ello con un reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos (principio de corresponsabilidad). La autora nos convence de que con la guarda y custodia compartida se fomentan y consolidan estos principios.

El propio TS ha configurado este modelo de guarda como normal y deseable, pues permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea. Pero no es una labor fácil, precisamente por la escasa regulación legal. Ha sido el Tribunal Supremo

el que ha ido marcando el camino incluso ha sonrojado a la jurisprudencia menor cuando sus sentencias desconocían «como si no existiera, la doctrina de esta Sala» sobre la custodia compartida (STS 29 marzo 2016 —RJ\2016\995).

Pero la regulación sesgada de la guarda y custodia compartida en nuestro Código civil no es el único problema existente. El hecho que las Comunidades Autónomas con Derecho propio hayan regulado la materia (Aragón, Cataluña, Comunidad Foral de Navarra, País Vasco y Comunidad valenciana —esta última derogada por STC de 17 de noviembre de 2016 RTC\2016\192—), pone en evidencia una desigualdad con los territorios de derecho común sometidos a la regulación escasa del Código civil. En este sentido, los progenitores pueden verse sometidos a un diferente trato dependiendo de su vecindad civil. Esto no significa que deba unificarse la materia, pues debe respetarse el reparto de competencias del art. 149.1.8 CE, pero sí sería deseable que existiera una regulación más completa, a semejanza de las Comunidades Autónomas, para las comunidades en las que rige el Derecho común.

Estos problemas anunciados, la débil regulación en el Cc de la guarda y custodia compartida (incluso su silencio) y una regulación más detallada en las CCAA con Derecho propio que generan agravios comparativos dependiendo del lugar de residencia, han forzado al TS a diseñar criterios y pautas para establecer una custodia compartida más musculada para las Comunidades que se rigen por el Código civil. Por ello, el TS ha detallado los criterios que deben tenerse en cuenta para conceder la guarda y custodia compartida (capacidad de los progenitores, dedicación pasada de los mismos a la familia; tener en cuenta la opinión del menor, la relación existente entre los progenitores, etc). Criterios que la autora ha estudiado con exhaustividad y detalle.

Otros temas relevantes que estudia con profundidad Jéscica Delgado y en los que el TS ha tenido que manifestarse y dar seguridad jurídica, han sido el de la atribución de la vivienda familiar y la obligación de alimentos. Respecto a la atribución de la vivienda familiar, es uno de los temas que más polémica genera, pues en muchas ocasiones se trata del activo económico principal de los progenitores y la titularidad del inmueble no necesariamente es siempre de los dos. Hay ocasiones en que tiene que preservarse el interés del progenitor más necesitado de protección, a pesar de que el inmueble no sea suyo o esté en cotitularidad. En estos casos puede otorgarse su uso al más desfavorecido, pero con carácter temporal para que el titular o cotitular de la vivienda vea protegido también su derecho de propiedad. La aplicación automática del artículo 96 del Código Civil está dando lugar a

situaciones injustas y hay que buscar soluciones que, respetando el interés de los menores a tener una vivienda digna donde habitar, se concilien con la dignidad de vida de ambos progenitores. De lo contrario, esto hace que se produzcan paradojas en la propia normativa y que el bien supremo que protege, el interés del menor, también entre en peligro en la medida en que no haya equilibrio entre los recursos económicos de sus progenitores.

La tendencia a limitar temporalmente el uso de la vivienda en los supuestos de atribución al progenitor no titular de la misma es ya una realidad, pero su configuración dista mucho de ser la deseable pues no hay un criterio uniforme. Se intuyen dos frentes: por una parte la legislación autonómica bascula entre el simple reconocimiento de la necesidad de limitar el uso de la vivienda siendo el Juez o las partes las obligadas a señalarlo o el Juez teniendo en cuenta las circunstancias (Aragón y en su día la ley Valenciana), o estableciendo una duración en función de otras circunstancias, más o menos definidas, como mientras dure la guarda o la obligación de prestar alimentos a los hijos (Cataluña y País Vasco; en esta línea también el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia de abril 2014). Por otra parte, la jurisprudencia últimamente parece inclinarse por establecer plazos concretos, como la STS 21 julio 2016, que señala dos años desde la sentencia de casación.

Ante supuestos de disolución matrimonial o de adopción de medidas tras la ruptura de la convivencia, con la asignación de la custodia compartida, para proteger los intereses del titular o titulares de la vivienda familiar, es aconsejable establecer una limitación temporal de su uso durante dos años desde la disolución con posibilidad de prórroga. Sin embargo, este plazo es orientativo, pues imponer este plazo y criterio de forma automática hace que queden limitadas las facultades judiciales, la libre apreciación judicial para valorar las circunstancias de cada caso, que pueden hacer que el plazo sea distinto en unos casos y otros dada la situación personal y económica de los implicados. Otro tema sería el pago de una pensión de compensación, que solo la admitiríamos en caso de que no existiera un estado de necesidad por parte del progenitor que se queda con el uso de la vivienda familiar durante el plazo establecido.

En cuanto al derecho de alimentos, como bien indica Jérica Delgado, persiste con la custodia compartida en proporción a las posibilidades económicas de los progenitores. Su determinación es dispar pero lo habitual suele ser que cada progenitor se haga cargo de los gastos de manutención mientras el menor está con él, y por mitades o en la proporción determinada de los gastos ordinarios y extraordinarios.

Es evidente que el legislador se ha quedado a medio camino. La obra que se presenta es un buen complemento de la legislación existente. Una buena ley impediría los desajustes que se van perfilando en la jurisprudencia y, como se ha afirmado, «ahorraría tiempos inútiles y gastos al ciudadano». La rigurosidad de la autora, su minucioso estudio del Derecho autonómico y comparado, su persistencia en agotar el estudio de la jurisprudencia existente en la materia, permiten que su trabajo sea fuente de inspiración a una futura reforma sobre la materia.

Ha sido un placer para mí acompañar a Jéssica Delgado en esta obra. Su constancia, rigor y buen hacer han sido las premisas sobre las que se ha articulado su trabajo, destacando también su disponibilidad continua y discreción. Las nuevas generaciones de Derecho civil, de la que forma parte Jéssica Delgado, tienen duros obstáculos que superar; no son buenos tiempos para hacer carrera académica, a pesar de los esfuerzos, personales y económicos, que tienen que hacer los doctorandos. Son encomiables los sacrificios para encontrar un digno hueco en la futura Universidad española.

No quiero terminar estas líneas sin manifestar mi agradecimiento al buen amigo y compañero Andrés Domínguez Luelmo, quien ha hecho posible esta publicación y, como es habitual en él, nos ha dado muestras de generosidad y disposición en todo momento.

Salamanca, enero de 2020.

Esther Torrelles Torrea
Profesora Titular de Derecho civil

ÍNDICE

ABREVIATURAS	7
PRÓLOGO	9
INTRODUCCIÓN	15
I. ORIGEN HISTÓRICO-LEGAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES	17
1. DESDE LA PATRIA POTESTAD A LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	18
1.1. De la Ley provisional del matrimonio civil de 1870 a la Constitución Española de 1978	18
1.2. Desde las reformas de 1981 hasta la Ley 15/2005	27
1.3. Desde la Ley 15/2005 hasta nuestros días	41
1.3.1. La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio	41
1.3.2. La guarda y custodia compartida en la Jurisprudencia.	44
1.3.3. La guarda y custodia compartida en las Comunidades Autónomas	47
1.3.3.1. Aragón.....	49
1.3.3.2. Cataluña	51
1.3.3.3. Comunidad Foral de Navarra.....	52
1.3.3.4. País Vasco	53
1.4. El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia	55

1.5. Nuevas propuestas de Ley sobre la guarda y custodia compartida.....	58
2. PATRIA POTESTAD	61
2.1. Concepto	62
2.2. Titularidad y contenido de la patria potestad	64
2.3. Ejercicio de la patria potestad	70
2.4. Privación de la patria potestad.....	77
2.5. Recuperación de la patria potestad.....	85
II. PRINCIPIOS RECTORES DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	87
1. PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	87
1.1. El interés del menor en el Derecho Internacional.....	89
1.1.1. Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños	91
1.1.2. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea	93
1.2. El interés del menor en España	96
1.2.1. Evolución legislativa en España	96
1.2.2. Concepto	100
1.2.3. Determinación del interés superior del menor	104
1.2.4. Prevalencia del interés superior del menor.....	107
1.3. El interés del menor en la jurisprudencia sobre guarda y custodia compartida.	111
2. PRINCIPIOS DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y COPARENTALIDAD	117
2.1. Principio de coparentalidad	120
2.2. Principio de corresponsabilidad parental.....	122
2.3. Planes de coparentalidad o corresponsabilidad parental.....	123
3. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LOS PROGENITORES	129
3.1. Origen y desarrollo del principio de igualdad.....	129
3.2. Principio de igualdad y guarda y custodia compartida.....	135
III. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN ESPAÑA	139
1. CONCEPTO.....	141
2. REGULACIÓN LEGAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN ESPAÑA.....	144
2.1. Petición de la custodia compartida con acuerdo entre los progenitores (artículo 92.5 CC)	147
2.2. Solicitud de la custodia compartida a instancia de uno de los progenitores (artículo 92.8 CC).....	153
2.2.1. «Excepcionalmente el Juez, a instancia de una de las partes»... ..	154

2.2.2. Informe «favorable» del ministerio Fiscal.....	156
2.2.3. Protección adecuada del interés superior del menor.....	161
2.2.4. Regulación de las CCAA sobre la custodia compartida solicitada por un solo progenitor.....	163
2.3. Supuestos en los que no procede la custodia compartida (artículo 92.7 CC).....	164
3. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	171
3.1. La opinión o los deseos manifestados por el menor.....	172
3.2. La edad de los menores.....	177
3.3. El número de hijos.....	180
3.4. Las aptitudes personales de los progenitores referidas a la capacidad de cuidado de los hijos y su dedicación pasada a la familia	180
3.5. Arraigo familiar o vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores.....	183
3.6. Las relaciones personales entre los progenitores	184
3.7. La proximidad de los domicilios de los progenitores.....	188
3.8. Conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores.....	191
3.9. El resultado de los informes técnicos exigidos legalmente.....	192
3.10. No separar a los hermanos.....	194
4. VIVIENDA FAMILIAR Y GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	195
4.1. Atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos comunes	201
4.2. Atribución al cónyuge más necesitado de protección	203
4.3. La no atribución del uso de la vivienda familiar a ninguno de los progenitores.....	207
4.4. Vivienda propiedad de terceras personas ajenas al matrimonio.....	208
4.5. Temporalidad de la atribución del uso de la vivienda familiar	210
5. PENSIÓN DE ALIMENTOS Y GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	214
6. RÉGIMEN DE VISITAS	220
CONCLUSIONES.....	223
BIBLIOGRAFÍA.....	227

Con el paso de los años, la dinámica familiar ha ido variando influida por diversos factores, entre ellos la incorporación de la mujer al mundo laboral o el progresivo interés de los padres por participar en las tareas de cuidado de sus hijos, dando lugar a que ambos progenitores hayan ido compartiendo las obligaciones de cuidado, educación y asistencia a los menores. Todo ello conlleva que ciertos sectores de la sociedad hayan demandado la incorporación de la custodia compartida en el Código Civil como una modalidad más de guarda y custodia, implicando una participación conjunta de ambos progenitores. Asimismo, muchos progenitores, individualmente, reclaman una situación de igualdad a la hora de adoptar la guarda y custodia de los hijos; en primer lugar, para poder seguir llevando a cabo sus responsabilidades parentales después del cese de la convivencia y, en segundo lugar, para mantener una relación fluida con los menores. Este trabajo pretende ser una cartografía jurídica de la legislación y jurisprudencia sobre la guarda y custodia compartida en España. Presenta las bondades y deficiencias del sistema e intenta aportar diferentes soluciones a la regulación parcial de nuestro Código Civil. Un buen conducto para salvar esta escasez legal es la más nutrida regulación de las CCAA y las aportaciones jurisprudenciales a los conflictos que se generan día a día.

Jésica Delgado Sáez. Nacida en Salamanca en 1991. Licenciada en Derecho, Máster en Derecho Privado Patrimonial y Doctora en Derecho Privado con mención internacional por la Universidad de Salamanca. Es abogada en ejercicio e investigadora, siendo su área de estudio el Derecho de familia. Ha realizado las siguientes estancias en Universidades y Centros de Investigación: Universitat de Barcelona (2017), Universidade Do Porto (2018) y Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (2018). Ha participado en Congresos y Conferencias en diferentes Universidades nacionales e internacionales y ha colaborado en publicaciones colectivas como “The right of the child to be heard in proceedings of parental responsibilities” (2019); “Cookies y consentimiento a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de octubre de 2019” (2020). Es, además, autora de varios artículos sobre su campo de investigación.