

# DENEGACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA POR TRASLADO DE DOMICILIO DE UNO DE LOS PROGENITORES

Comentario a la STS de 19 de octubre de 2017<sup>1</sup>

**Carlos Beltrá Cabello**

*Letrado de la Administración de Justicia*

---

## EXTRACTO

La última jurisprudencia refleja una tendencia progresiva en favor de la custodia compartida en las crisis matrimoniales o de pareja. El Alto Tribunal considera que dicha medida no es excepcional, sino que, por el contrario, es normal y deseable. La denominada custodia compartida implica un ejercicio conjunto de la guarda o cuidado del hijo en periodos alternos, ya sean estos semanales o mensuales. Ha existido una verdadera indefensión porque en la oposición al recurso de apelación se puso de manifiesto que las circunstancias habían cambiado y que la Audiencia Provincial debería pronunciarse teniendo en cuenta el cambio de domicilio de la progenitora; sin embargo, la sentencia ha omitido totalmente cualquier pronunciamiento al respecto. La guarda y custodia de los menores deriva de la patria potestad, y de la patria potestad, entre otras cosas, deriva la fijación del domicilio familiar. La ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo para el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, entre otras, la de fijar el nuevo domicilio y, como consecuencia, el de los hijos. Solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda y, en este caso, se ha infringido en la sentencia recurrida el artículo 92 del Código Civil, en cuanto no se tiene en cuenta el interés del menor, dado que establece un sistema de custodia, el compartido, que es incompatible con una distancia tan amplia entre residencias de los progenitores.

**Palabras clave:** derecho de familia; custodia compartida; interés del menor.

---

*Fecha de entrada: 17-12-2017 / Fecha de aceptación: 28-12-2017*

---

<sup>1</sup> Véase el texto de esta sentencia en [www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com) (selección de jurisprudencia de Derecho Civil del 16 al 31 de octubre de 2017).

El asunto que se somete a la decisión de la sala es la fijación o no de un régimen de custodia compartida por suponer una contradicción la adopción de la misma cuando hay aproximadamente 500 km de distancia entre Salamanca y Alicante (residencias de los progenitores).

En relación con la cuestión de la custodia compartida hemos de partir en que el Código Civil, antes de la reforma por la Ley 15/2005, no prohibía la custodia compartida pero tampoco la promovía especialmente.

Después de dicha reforma, el artículo 92 del CC dispone la custodia compartida en dos supuestos:

1. Si hay acuerdo de los progenitores. A tenor del artículo 92.5 (1.ª parte) del CC: «Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento».

En dicha línea, la regla 7.º del artículo 770 de la LEC (añadida por la Ley 15/2005) dispone: «Las partes de común acuerdo podrían solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación».

2. Y, excepcionalmente, a falta de acuerdo, a instancia de una de las partes, por la autoridad judicial atendiendo al interés del menor y con informe no vinculante del Ministerio Fiscal (art. 92.8 CC).

La última jurisprudencia refleja una tendencia progresiva en favor de la custodia compartida en las crisis matrimoniales o de pareja. El Alto Tribunal considera que dicha medida no es excepcional, sino que, por el contrario, es normal y deseable.

La denominada custodia compartida implica un ejercicio conjunto de la guarda o cuidado del hijo en periodos alternos, ya sean estos semanales o mensuales.

Dicha medida se fundamenta en el principio de libertad de decisión de los padres en el ejercicio de la patria potestad y en el principio de corresponsabilidad de los progenitores en el ejercicio de la misma. Y por ello, cuando ambos padres están de acuerdo en aquellas cuestiones de mayor relevancia para la vida del niño, mantengan sus residencias en lugares relativamente próximos y se haya escuchado al menor, la guarda alternativa permitiría al hijo disfrutar del cuidado de ambos padres, sin sentirse dramáticamente apartado de uno de ellos.

Como ventajas de la custodia compartida se señalan, entre otras, las siguientes:

- Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.

- Se evita el sentimiento de pérdida.
- No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.
- Y, además, quedaría respetado el derecho natural de ambos padres de asistir a las distintas fases de desarrollo de sus hijos.
- Se podría eliminar el sistema de visitas, fuente inagotable de conflictos y violencia y se evitarían procesos de custodia.
- Los propios hijos resultarían beneficiados por la convivencia normalizada, aunque alternativa entre ambos progenitores.
- Se impediría el chantaje afectivo prevaliéndose de los hijos y el sentimiento de pérdida del progenitor no custodio.

La custodia compartida se apoya preferentemente en el interés del menor (examinado a la luz del caso concreto) y en la igualdad y corresponsabilidad de ambos progenitores en el ejercicio de la patria potestad. En este sentido, es un régimen deseable para el bienestar del niño y su derecho a disfrutar de ambos progenitores.

La medida de custodia compartida debe adoptarse por el juez teniendo en cuenta como principio rector y prevalente el interés superior del niño.

El concepto del *interés del menor* está recientemente desarrollado por la Ley Orgánica 8/2015, si bien es la STS de 29 de abril de 2013 la que sienta doctrina jurisprudencial y enumera los criterios que permiten determinar el interés del menor para la atribución de la custodia compartida.

La interpretación de los artículos 92.5, 6 y 7 del CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la que se va a tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que la custodia compartida se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque 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 tanto en cuanto lo sea.

En concreto, la medida relativa a la custodia compartida y, en general, cualquier otra relativa al ejercicio de la responsabilidad parental parece que debe tener en cuenta criterios que no se

refieren expresamente por la citada doctrina jurisprudencial como los siguientes: la edad del hijo, los acuerdos de los progenitores, la opinión de los hijos, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años, la no separación de hermanos, las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar de los progenitores, la necesaria estabilidad del menor y el irreversible efecto del transcurso del tiempo en sus relaciones, el arraigo social, familiar y escolar de los niños, la ausencia de riesgos para su integridad física y psicológica o su estabilidad y, en general, cualquier circunstancia relevante para el régimen de convivencia (criterios recogidos en la legislación de protección del menor, jurisprudencia y en las legislaciones civiles especiales).

Los criterios y sus elementos de ponderación tenidos en cuenta por el juez deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada.

La sentencia recurrida, objeto de comentario, parte de que en apelación se reconoció la custodia compartida y la sala establece que se ha infringido en la sentencia recurrida el artículo 92 del CC, en cuanto no se tiene en cuenta el interés del menor, dado que establece un sistema de custodia, el compartido, que es incompatible con una distancia tan amplia entre residencias de los progenitores.

El concepto de interés del menor ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y se señala que se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, se protegerá la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas; se ponderará el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten... y a que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede adoptar en relación con sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor. Una de ellas, la que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio. Pues bien, la guarda y custodia de los menores deriva de la patria potestad, y de la patria potestad, entre otras cosas, deriva la fijación del domicilio familiar, según dispone el artículo 70 del CC, para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 68 del CC, respecto de la obligación de vivir juntos. La ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo para el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, entre otra la de fijar el nuevo domicilio y, como consecuencia, el de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura, coincidente por lo general con el de quien ostenta la guarda y custodia.

Por tanto, y primando el interés del menor, no puede fijarse un régimen de custodia compartida cuando entre ambos cónyuges existe una distancia de 500 km, debiendo establecerse un régimen de visitas lo más amplio posible que permita la distancia entre ambos progenitores.