

GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DE MENORES. REQUISITOS

(Comentario a la STS de 29 de abril de 2013)¹

Carlos Beltrá Cabello

*Subdirector General de Gestión de Personal y Relaciones con la
Administración de Justicia de la Comunidad de Madrid
Secretario Judicial*

EXTRACTO

Se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 5, 6, 7 y 92 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba 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 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.

Palabras claves: divorcio, hijos menores, guardia y custodia compartidas, interés del menor y doctrina jurisprudencial.

Fecha de entrada: 19-06-2013 / Fecha de aceptación: 19-06-2013

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 150, julio 2013, o en *Normacef Civil-Mercantil* (NCJ057816).

SAVE AND CHILD CUSTODY. REQUIREMENTS (Commentary on the Supreme Court of 29 April 2013)

Carlos Beltrá Cabello

ABSTRACT

Declared as case law is that the interpretation of Articles 92, 5, 6 and 7 CC must be based on the interest of the children who will be affected by the measure that should be taken, to be agreed with the attendance criteria such as previous practice of parents in their relationship with the child and their personal skills, the wishes of the competent child, number of children, the compliance of the parents of their duties in relation to children and mutual respect in their personal relationships, the result of the reports required by law, and, in short, any other that allows children a decent life, but in practice may be more complex than is done when the parents live. Noting that the language of Article 92 does not permit the conclusion that it is an exceptional measure, but on the contrary, will be considered normal and even desirable, because it allows it to be effective the right that children have to interact with both parents, even in crisis situations wherever possible and as long as it is.

Keywords: divorce, minor children, shared guardianship, interest of the child and jurisprudence.

En la sentencia objeto de comentario, el demandante formuló demanda de divorcio contra la demandada en la que, además del divorcio y en lo que aquí interesa, solicitó que se le atribuyera la guarda y custodia de la hija menor de edad, con un régimen de visitas a determinar previo acuerdo de ambos progenitores, «pudiendo la demandada visitar con total libertad a su hija, pero para el caso de desacuerdo y como mínimo» el que con detalle describe en su demanda.

Esta contestó a la demanda y reconvino para que, sobre este particular, se le asignara a ella los menesteres de guarda, con un régimen de visitas a favor de su esposo en la forma que también detalla en su escrito.

Ninguno interesó que la guarda y custodia fuera compartida, salvo el Ministerio Fiscal, quien, sin embargo, se mantuvo inicialmente desfavorable a este régimen en el recurso de apelación formulado por la demandada una vez que la sentencia del juzgado puso a la hija bajo el cuidado de su padre y estableció un régimen de visitas a favor de la madre, que la sentencia de la audiencia mantuvo, negando la guarda y custodia compartida dados los términos restrictivos que en ese sentido figuran en el artículo 92.8 del Código Civil, cuyo tenor literal es claro al establecer que si los dos padres no están de acuerdo (supuesto del apdo. 5), dicha modalidad solo se acordará excepcionalmente y con informe favorable del Ministerio Fiscal. Esta Sala ha expresado en numerosas ocasiones su reserva frente a las diversas modalidades de este régimen, indicando que, junto a innegables virtudes como la igualdad de trato y responsabilidad de los padres, presenta inconvenientes como la menor estabilidad del estatus material de los hijos, la exigencia de un alto grado de dedicación por parte de los padres, la necesidad de una gran disposición de estos a colaborar en su ejecución, etc. Pues bien, si ya determinados extremos del contenido del informe y las alegaciones de las partes en la instancia permitían dudas sobre la disposición de los litigantes a la colaboración exigida por el régimen de custodia conjunta, el informe del Ministerio Fiscal en su recurso, y la oposición de padre al mismo, no hace procedente adoptar el mismo como solicita la madre, por lo que, en definitiva, ha de confirmarse la decisión del juzgado de rechazarlo, y más cuando la misma goza de un amplísimo régimen de visitas a favor de su hija, el cual incluye la totalidad de los fines de semana y la mitad de las vacaciones, además de una tarde intersemanal.

En casación la Sala no comparte los motivos para denegar la guarda y custodia compartida dado que dicha denegación se justifica a partir de una posición inicialmente contraria a este régimen en la que plantea como problemas lo que son virtudes de este régimen como la exigencia de un alto grado de dedicación por parte de los padres y la necesidad de una gran disposición de estos a colaborar en su ejecución, sin fundar la decisión en el interés del menor, al que no hace alusión alguna, y que debe tenerse necesariamente en cuenta en los litigios sobre guarda y custodia compartida.

Es cierto que la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre, ha declarado inconstitucional y nulo el inciso «favorable» del informe del Ministerio Fiscal contenido en el artículo 92.8 del Código Civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, de tal forma que corresponde exclusivamente al juez o tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar este régimen. Es por tanto al juez al que, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, corresponde valorar si debe o no adoptarse tal medida considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, solo a aquel le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional, obligando a los progenitores a ejercerla conjuntamente solo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor.

Lo manifestado hasta ahora no es más que la conclusión en la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que, al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación.

Técnicamente, el artículo 92 del Código Civil establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se dé la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite «excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco» acordar este tipo de guarda «a instancia de una de las partes», con los demás requisitos exigidos. En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos, de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo 5, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo 8, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código Civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse.

No obsta a lo anterior, sigue diciendo, lo dicho en nuestra Sentencia 614/2009, de 28 septiembre, porque si bien es cierto que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 91 del Código Civil, el juez debe tomar las medidas que considere más convenientes en relación con los hijos, en el sistema del Código Civil para acordar la guarda y custodia compartida debe concurrir esta petición. Este sistema está también recogido en el artículo 80 del Código del Derecho Foral de Aragón (DLeg. 1/2011, de 22 de marzo). Ciertamente existen otras soluciones legales, como la contemplada en el artículo 5.1 y 2 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, pero no es precisamente lo que determina el Código Civil.

Las sentencias recaídas en casos en que se discute la guarda y custodia compartida recuerdan la doctrina de la Sala en el sentido que en estos recursos solo puede examinarse si el juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda.

La guarda y custodia compartida, como reitera la jurisprudencia de esta Sala, se concibe como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda.

La Sala recuerda que tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2002, de 17 de octubre, la adopción del régimen de guarda y custodia compartida ya no depende del informe favorable del fiscal, sino, únicamente, de la valoración que merezca al juez la adecuación de dicha medida al interés del menor, siendo punto de partida que la guarda y custodia compartida no es lo excepcional, sino que debe ser la regla general siempre que no resulte perjudicial para el menor, pues «el mantenimiento de la potestad conjunta resulta sin duda la mejor solución para el menor en cuanto le permite seguir relacionándose establemente con ambos padres».

Por tanto, se concluye que la adopción de la medida de la guarda conjunta, además de exigir petición de parte (de ambos progenitores o de al menos uno de ellos), requiere la constatación de que esta no resulta perjudicial, sino conveniente para el interés del menor, para lo que deben concurrir determinados requisitos expuestos con reiteración por la Sala y que nuevamente se afirman en la sentencia con valor de doctrina jurisprudencial.

Estos requisitos son los siguientes: 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 en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se

lleva a cabo cuando los progenitores conviven, sin que la mera constatación de que el régimen de guarda y custodia se adapta mejor al interés de los progenitores resulte suficiente para deducir que se adapta mejor al interés del menor, que es el que debe primar.