

GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DE MENORES

CARLOS BELTRÁ CABELLO

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

Extracto:

EL presente supuesto planteado tiene como finalidad, aunque en el mismo no se ha llegado a conceder la guarda y custodia compartida, el eliminar la creencia de que esta solo se puede conceder si existe una buena relación entre los progenitores y se dan las circunstancias adecuadas para ser concedida. Se estudia en el mismo que no siempre se concederá si hay buena relación y en caso contrario, tratándose de un divorcio contencioso en el que los padres no están de acuerdo en múltiples asuntos, tras efectuarse los informes oportunos podrá concederse la guarda y custodia compartida siempre, y en todo caso, en interés del menor o menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, medida que debería considerarse la más normal, 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 clave: menores, guarda, custodia.

Abstract:

THIS proposed course aims, although it has not been reached to grant shared custody, eliminating the belief that it can only be granted if there is a good relationship between parents and the circumstances are appropriate for be granted. It is in the same is not always granted if there is good relationship, even if not, the case of a contested divorce where the parents disagree on many issues, having made timely reports may be granted shared custody always and in any case, in the interest of any child who will be affected by the measure that should be taken, should be considered as normal, is effective because it allows the right that children have to interact with both parents even in crisis situations, as long as possible and as long as it is.

Keywords: minor children, shared, custody.

ENUNCIADO

Ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Ourense interpuso demanda de divorcio contencioso don Cándido contra doña María Cristina. El suplico de la demanda es del tenor siguiente:

«... dicte sentencia acordando:

- 1.º La disolución del matrimonio por divorcio.
- 2.º Las siguientes medidas definitivas en relación con los hijos:
 - a) La titularidad compartida del ejercicio de la patria potestad.
 - b) La disolución del régimen económico de gananciales que rige el matrimonio entre los cónyuges.
 - c) La guarda y custodia de los hijos se otorga a ambos progenitores en periodos mensuales alternos.

El demandante fijará su residencia en la localidad de Allariz, mismo lugar de residencia que en la actualidad tiene el matrimonio, comprometiéndose a no trasladar el mismo a otro lugar, para actuar así en interés de sus hijos menores y favorecer con la continuación de la misma vida escolar y familiar que en la actualidad poseen.

En los periodos vacacionales inferiores a un mes se establece que corresponde a cada progenitor el disfrute en compañía de los hijos de la mitad de los días de dichos periodos, correspondiendo los años pares su elección a la madre y en los impares al padre.

- d) Régimen de visitas para el progenitor en periodos de no custodia. Dos fines de semana para el progenitor en el mes en el que no le corresponda la custodia, desde la salida del colegio o guardería (entre tanto no asiste desde las 18 horas del viernes) a las 10 horas del lunes, siendo obligación del mismo llevarlo al colegio o guardería el día de retorno.
- e) Atribución del uso de la vivienda familiar. No procede su atribución a ninguno de los cónyuges toda vez que la guarda y custodia de los hijos será compartida.

- f) Pensión alimenticia para los hijos. Procede el establecimiento de una pensión alimenticia de 300 euros mensuales para cada uno de los hijos a cargo de cada progenitor.
- g) Pensión compensatoria a favor del cónyuge. No procede el establecimiento de pensión compensatoria a favor del cónyuge.

3.º Condenar en costas a la parte demandada si se opusiera injustificadamente a la presente demanda.

4.º La inscripción de la sentencia dictada en el Registro Civil donde consta inscrito el matrimonio.»

Tras la contestación a la demanda en la sentencia, entre otros pronunciamientos, se estableció que se atribuye la guarda y custodia de los hijos menores a su madre doña María Cristina, permaneciendo conjunta la patria potestad.

Por el demandante se interpuso apelación, que confirmó la primera instancia y se recurrió en casación interesando principalmente la custodia compartida aunque no haya buena relación entre los progenitores.

CUESTIONES PLANTEADAS:

Guarda y custodia compartida si hay mala relación entre los progenitores.

SOLUCIÓN

Única. Guarda y custodia compartida ¿si hay mala relación entre los progenitores?

Para poder conceder en este caso la custodia compartida hemos de acudir el texto actualmente vigente del artículo 92.8 del Código Civil (CC), redactado por la Ley 15/2005, que admite la posibilidad de que el juez establezca como forma de protección de los menores la guarda y custodia compartida, aun cuando no haya sido pedida por ambos progenitores. La interpretación que se deriva de su texto literal es clara. El redactado de dicho párrafo 8 dice: «Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado 5 de este artículo, el juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor».

La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo 5 del propio artículo, que admite que se acuerde la guarda y custodia comparti-

da cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el artículo 92.8 del CC no excluye esta posibilidad pero, en este caso, debe el juez acordarla «fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor». De aquí que no resulte necesario concretar el significado de la «excepcionalidad» a que se refiere el artículo 92.8 del CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla.

Las situaciones que prevé el artículo 92 del CC son:

- 1.º Acuerdo de los padres: artículo 92.5 del CC, aunque en este caso la guarda y custodia compartida tampoco es automática, puesto que el juez debe actuar conforme se establece en el artículo 92.6 del CC.
- 2.º Falta de acuerdo de los padres en la guarda compartida: se puede reconocer este tipo de guarda siempre que con esta atribución se proteja el interés del menor, según el artículo 92.8 del CC, y ello con las garantías que se establecen en el propio artículo 92 del CC para proteger dicho interés.

En cualquier caso, debe señalarse que lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, que si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales, la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. De donde se deduce que todos los requerimientos establecidos en el artículo 92 del CC han de ser interpretados con esta única finalidad. Y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior.

De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor.

La decisión de la Audiencia Provincial es correcta: ha examinado si el problema del desacuerdo afecta a los menores. En definitiva, que no conviene al interés primordial de los menores que se tome la medida de acordar la guarda y custodia compartida habiéndose interpretado correctamente el artículo 92 del CC.

La interpretación del artículo 92.5, 6 y 7 del CC 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 concurra alguno de los criterios antes explicitados y que la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, debería considerarse la más normal, 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.

El caso planteado nos permite concluir que si bien la guarda y custodia compartida por parte de los progenitores de los hijos menores es más factible si existe acuerdo y buena relación entre estos, no es menos cierto que aunque esas circunstancias no sean de esa manera y no exista una buena relación entre cónyuges, la custodia compartida se acordará, si beneficia al interés de los menores.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Código Civil, arts. 92 y 95.
- SSTS 4824/2011, de 7 de julio, 4925/2011, de 21 de julio, y 4924/2011, de 22 de julio.