

**EN BENEFICIO DE LOS MENORES: CUSTODIA COMPARTIDA.  
COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 16 DE FEBRERO DE 2015 Y DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2015**

**María del Carmen de León Jiménez**

*Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias  
Mediadora familiar, civil y mercantil.  
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

---

**EXTRACTO**

La custodia compartida es un tema que no deja de tener actualidad e importancia. Actualidad, porque con sentencias del Tribunal Supremo como las de objeto de estudio de este artículo vuelve a suscitarse un creciente y renovado interés con respecto a este tema no solo por juristas y psicólogos, sino por la sociedad en general. Importancia, por cuanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo va consolidando la tendencia a la concesión de la custodia compartida, 10 años después de que la reforma del artículo 92 del Código Civil por la Ley 15/2005 introdujera la posibilidad del ejercicio conjunto de la custodia compartida.

La [Sentencia de fecha 16 de septiembre de 2015](#) dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo destaca que las discrepancias entre los padres sobre el sistema de custodia compartida no deben suponer que se excluya tal medida. En la [Sentencia de 9 de septiembre de 2015](#) se concede la custodia compartida pese a que el informe psicosocial consideraba mejor opción el mantenimiento de la custodia a favor de la madre.

---

- I. Introducción
- II. Custodia compartida
  - 1. Concepto
  - 2. Custodia compartida en España
  - 3. El informe psicosocial
  - 4. Discrepancia entre los progenitores
  - 5. Beneficios de la custodia compartida
- III. Conclusiones

## I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia de 9 de septiembre de 2015 dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia Provincial y establece la custodia compartida pese a las conclusiones del informe psicosocial que señala las ventajas del mantenimiento del *statu quo* para evitar nuevas adaptaciones de los menores a un cambio de custodia que viene siendo ejercida por la madre. La sala razona que los informes psicosociales deben ser analizados y cuestionados jurídicamente por el tribunal, como ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales.

El 16 de febrero de 2015, el Tribunal Supremo dictó la Sentencia 16 de febrero de 2015 en la que considera que «la existencia de divergencias entre los padres que sean razonables, no imposibilitan que se otorgue la custodia compartida del hijo, en tanto que este régimen es deseable» porque «fomenta la integración del menor con ambos progenitores, sin desequilibrios, evita el sentimiento de pérdida del menor». La sala revoca la sentencia de la Audiencia Provincial que había apreciado un importante nivel de conflictividad y tensión entre los padres que podía incidir negativamente en la estabilidad del menor. Para la sala, las razones esgrimidas por la Audiencia Provincial para desaconsejar la custodia compartida en este caso «no constituyen fundamento suficiente para entender que la relación de los padres sea de tal enfrentamiento que imposibiliten un cauce de diálogo». Asimismo indica que «para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como habilidades para el diálogo».

## II. CUSTODIA COMPARTIDA

### 1. CONCEPTO

La custodia compartida se erige como opción frente a la figura de la custodia exclusiva, materna o paterna, que es lo que ha venido siendo la práctica habitual. En caso de divorcio, cualquiera que fuera la causa del mismo, suele darse la custodia a uno de los padres, confiriéndose al otro el derecho de visitas y el pago de los alimentos, lo que suele generar numerosos conflictos en relación con las medidas de carácter económico y el uso y disfrute de la vivienda familiar, y que en la época actual de crisis económica supone un punto importante de controversia en la ruptura de la pareja.

Es por ello que surge la opción supuestamente mejorada de la custodia compartida, concepto que implica que ambos padres siguen sosteniendo y criando a sus hijos pese al divorcio. El concepto, inspirado en las leyes anglosajonas (*joint custody*), aún no está legislado en muchos casos, aunque cada vez son más los países que lo van adoptando.

De este modo, algunos consideran que existe un derecho natural, que en algunos países llega a ser también constitucional, que defiende que los padres e hijos deben vivir estrechamente relacionados. Tanto el Tribunal de Derechos Humanos como la ONU apelan a la custodia compartida como una vía de igualdad y protección de los derechos del niño. Solo algunos países, como España e Italia, no apelan a la custodia compartida obligatoria, lo que ha generado diversas cuestiones en las relaciones entre los padres y dando lugar incluso a la aparición del *síndrome de alienación parental*.

### 2. CUSTODIA COMPARTIDA EN ESPAÑA

La Ley 15/2005 supuso la culminación del proceso legislativo de reforma de la Ley de Divorcio 30/1981, cuyos aspectos más importantes son, sobre todo: el acceso directo al divorcio, con un mínimo de convivencia conyugal de tres meses, y el énfasis en los efectos del cese de la convivencia y no en las causas. En este último sentido, destaca la reforma del artículo 92 del Código Civil, que regula por primera vez la posibilidad del ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en el convenio regulador o cuando ambos lleguen a ese acuerdo en el transcurso del procedimiento. Así, el establecimiento de la guarda y custodia compartida queda, en principio, condicionada al acuerdo y voluntad de ambos progenitores manifestado al principio del procedimiento, en el convenio regulador, o posteriormente en el transcurso del proceso, si así lo deciden, salvo que alguno de los progenitores esté incurso en un proceso penal de los señalados en el apartado 7 del citado artículo o cuando el juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Es cierto que en el citado precepto se contempla la posibilidad de que la guarda y custodia sea compartida cuando lo pida solo una de las partes, pero el propio apartado 8 del artículo 92 señala que ello se ha de acordar «excepcionalmente», cuando el juez estime que solo de esa forma se protege adecuadamente el interés del menor. Con respecto al interés de los menores, considero que la mejor solución es la custodia compartida pese a que no exista acuerdo entre los progenitores. Así lo señala el

Tribunal Supremo, en la Sentencia de 29 de abril de 2013, pues permite que el menor pueda seguir teniendo una relación estable con ambos progenitores, por lo que debe otorgarse en interés de estos. Esta sentencia ha fijado doctrina en torno a la interpretación de los apartados anteriormente señalados, 5, 6 y 7 del artículo 92 del Código Civil en lo relativo a los presupuestos que han de concurrir y valorarse para que pueda adoptarse, en interés del menor, el régimen de guarda y custodia compartida. Recuerda que la adopción del régimen de guarda y custodia compartida depende 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, la guarda y custodia compartida ha dejado de ser algo «excepcional» cuando solo lo pedía uno de los padres para convertirse en la regla general.

En algunas comunidades autónomas ya está establecida la preferencia de la custodia compartida en caso de separación o divorcio. La pionera fue Aragón, y también es la primera opción en la Comunidad Valenciana. En Cataluña es preferente. En Navarra se establece que es una decisión que debe recaer en los padres, si es necesario con ayuda de una mediación, y el juez solo modificará si no se ha priorizado el bien del menor.

Aunque la estadística a nivel estatal apunta a la concesión mayoritaria de la custodia monoparental, la tendencia actual es hacia una progresiva estimación de la custodia compartida, habiéndose pronunciado el Tribunal Supremo entre otras en la Sentencia 19 de julio de 2013: «Se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel. Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos (Sentencia 2 de julio de 2014)».

Para la concesión de la guarda y custodia compartida, el juez recabará el informe del Ministerio Fiscal y oír a los menores que tengan suficiente juicio (en todo caso a los menores que tuvieren 12 años).

### 3. EL INFORME PSICOSOCIAL

El juez puede recabar la opinión de especialistas cualificados relativo al régimen de custodia más beneficioso para el menor y la idoneidad de los padres para ejercer la patria potestad. Dicho informe podrá ser solicitado a instancia de las partes, del Ministerio Fiscal o acordarse de oficio.

Este equipo está integrado por un psicólogo y un trabajador social, que entrevistan a los padres y a los menores, y mediante la observancia de cómo interactúan los niños con los padres y del resultado de las pruebas diagnósticas se obtiene su dictamen.

La Sentencia de fecha 9 de septiembre de 2015 fija una jurisprudencia novedosa al respecto de los informes psicosociales. Y es que hasta ahora viene siendo habitual que los informes psicosociales, aunque no son vinculantes para el juez, suelen ser determinantes respecto al tipo de custodia y de visitas a establecer en la sentencia. La sala, en esta sentencia, viene a establecer que «las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales», y concede la custodia compartida pese a que el perito judicial determina en su informe que «convendría mantener la custodia de la madre para evitar nuevas adaptaciones y solo estimaría la custodia compartida si hubiese acuerdo entre las partes».

#### 4. DISCREPANCIA ENTRE LOS PROGENITORES

La STS de 16 de febrero de 2015 declara que «para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor». Sentencia que resulta novedosa por cuanto la opinión de la mayor parte de los informes psicosociales concluyen la no conveniencia de la custodia compartida salvo que exista una excelente relación entre los progenitores y una interiorización real de lo que una custodia compartida significa.

La sala recoge que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto, así como habilidades para el diálogo.

La mayoría de los menores, al ser explorados por el juez o por el equipo psicosocial manifiestan que «están bien», que puede ser la manera de no decir nada por parte de quien se ve presionado a decir algo. Sin embargo, que el menor se encuentre bien atendido con la madre no es razón para entender que el cambio le va a perjudicar. Lo que seguro le causará perjuicio es el desequilibrio en los tiempos de presencia con el padre, pero adaptarse a la convivencia con él, aunque indudablemente lo altere en un primer momento, terminará redundando en beneficio del menor: el perjuicio ocasional e inicial que suponga el cambio de custodia será mucho menor que la ausencia de contacto de los menores con su padre. Así lo entiende la Sala, al señalar que frente a las ventajas del mantenimiento del *statu quo*, lo que procede es analizar la necesidad o no de la custodia compartida.

#### 5. BENEFICIOS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

La guarda y custodia compartida supone que tanto uno como otro progenitor reparten de un modo equitativo el tiempo que pasan con los hijos menores tras el divorcio o ruptura de la pareja. Al contrario de lo que se piensa, no es sino un traje a medida para cada relación parental. En realidad, durante el tiempo de convivencia, la pareja ha disfrutado de la custodia compartida. El hecho de separarse no

debiera ser entendido como la obligación de una de las partes de asumir toda la responsabilidad sobre los hijos, rompiendo una corresponsabilidad existente en la convivencia previa, algo que, hoy por hoy, resulta del todo inaceptable para las generaciones educadas en valores de igualdad y corresponsabilidad, inmersas en una realidad social tan compleja, en la que ambos miembros trabajan, donde se exige un alto nivel de formación técnica y personal.

Por otro lado, resulta cuando menos paradójico la constatación de que muchas mujeres que reclaman la custodia monoparental a su favor, y que acaban volviéndose a emparejar, deleguen, ahora sí, en su nueva pareja masculina las obligaciones que debiera asumir el padre de sus hijos. Resulta así que la pareja de turno de la madre acaba convirtiéndose en el «segundo padre» de los hijos de otro, compartiendo tareas y obligaciones que debieran ser asumidas por el padre de los menores, sin tener en cuenta que quizá ese «segundo padre» dejará de serlo en cuanto la relación con la madre termine. Que además, esa nueva pareja de la madre tenga hijos de relaciones anteriores, cuya custodia la tenga la madre, teniendo ello como consecuencia, que esos hijos (de la nueva pareja de la madre) pasan menos tiempo con su padre (quien ahora pasa más tiempo con los hijos de su nueva pareja), que los hijos de la pareja de su padre.

Parece, pues, que un padre tiene que demostrar que es buen padre y que se va a responsabilizar del cuidado y educación de sus hijos para que se le atribuya la custodia compartida, pero esa exigencia no la ha de cumplir la posible nueva pareja de la madre, cuando a esta se le atribuye la custodia monoparental de los hijos.

¿Por qué imponer a los hijos un modelo de custodia monoparental que les perjudica cuando tienen padre y madre que quieren y pueden responsabilizarse de ellos?

Con respecto al sistema más adecuado de custodia compartida en caso de que sea consensuada, depende de la edad del menor, y de las circunstancias laborales de los progenitores. En edades comprendidas entre año y cinco años, debe primar una custodia que permita mantener el contacto con cada progenitor sin que transcurra más de dos días, siguiendo las recomendaciones del Children's Rights Council. A partir de cinco años se puede establecer la alternancia semanal, con recogida y entrega del menor en el centro escolar, y dos días a la semana de visitas con el progenitor no residente.

### III. CONCLUSIONES

La custodia compartida es la fórmula más idónea para permitir al hijo un mayor disfrute de la presencia y cuidado de ambos progenitores y este debería ser el criterio judicial que prevaleciera en caso de desacuerdo entre los progenitores.

Los obstáculos que ponía la jurisprudencia estaban íntimamente relacionados con la estabilidad de los menores. Sin embargo, solía concederse la custodia compartida cuando era propuesta por los progenitores y ya se venía ejerciendo desde hacía tiempo y no se constataba que durante este periodo dicha modalidad de custodia hubiese repercutido negativamente en los hijos.

Actualmente, y del análisis de las distintas sentencias, podemos decir que la situación ha cambiado y ya no se muestra un rechazo frontal hacia este tipo de custodia; muchos tribunales comienzan a otorgarla y también muchos equipos técnicos ven este tipo de custodia como la solución idónea para muchas crisis familiares, consolidándose un cambio de tendencia.

La custodia compartida no va a poner fin a todos los problemas que surgen en las crisis de pareja, pero es una evolución en un sistema que se ha basado únicamente en la atribución de la custodia a favor de uno solo de los progenitores, normalmente la madre.