

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 437/2022, de 31 de mayo

CUSTODIA COMPARTIDA

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de mayo de 2022, dictada por la Ilma. Magistrada D.^a María de los Ángeles PARRA LUCAN, tiene como objeto la resolución de un conflicto ocasionado por el acuerdo del Juzgado de Primera Instancia de establecer la custodia compartida de un menor sin haber sido solicitada por ninguno de los progenitores en virtud de los artículos 92.5 y 92.8 CC, pero sí ser una custodia compartida de *facto* acordada por los mismos.

La guarda y custodia compartida fue adoptada por el Juzgado de Primera Instancia, siendo este pronunciamiento recurrido por ambos progenitores y confirmado por la Audiencia Provincial.

Por parte de la progenitora se interpuso recurso de casación alegando vulneración del principio *favor filii*, del artículo 92.5 CC y del artículo 92.8 CC y de la doctrina jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal sobre los requisitos y criterios establecidos para acordar la custodia compartida. El recurso de casación fue desestimado en su integridad.

El Tribunal resuelve conjuntamente el primer y segundo motivo. En cuanto al principio del interés superior del menor o *favor filii*, nos gustaría poner de manifiesto que es uno de los principios rectores de la guarda y custodia compartida puesto que, además de ser considerado como principio general del Derecho, es norma rectora del ordenamiento jurídico español y debe ser tenido en consideración en cualquier asunto que se trate sobre menores; es por ello que el Tribunal Supremo tiene establecido que para la elección del modelo de custodia «debe primar aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido en el artículo 92 CC 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». En consecuencia, las medidas relativas al cuidado y educación de los menores en situaciones de crisis matrimonial han de estar inspiradas por el principio *favor filii*, procurando ante todo el beneficio de los menores en orden a su desarrollo personal y a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados, por encima de los intereses legítimos de sus progenitores. Este principio de protección integral y preferente de los hijos menores constituye un criterio teleológico de interpretación normativa expresamente reconocido, entre otros, en el artículo 92 CC.

Así, también hay que tener presente que la guarda y custodia compartida pretende aproximarse al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y

garantizar al mismo tiempo a los progenitores la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la 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. Como no puede ser de otra forma, el interés del menor puede y debe interpretarse en el sentido de que la custodia compartida favorece la continuidad en la vida familiar del menor tras la ruptura matrimonial, reduce el fracaso escolar, el sentimiento de pérdida y de culpabilidad de los niños.

En cuanto a la vulneración de los artículos 92.5 y 92.8 CC relativos a la solicitud de custodia compartida. Si bien es cierto que el primero de los preceptos citados hace referencia a la solicitud por ambos progenitores del régimen de custodia compartida de común acuerdo o cuando se llegue a este durante la tramitación del procedimiento, mientras que el segundo, el artículo 92.8 CC, se refiere a la solicitud de la custodia compartida por al menos uno de los progenitores cuando no exista acuerdo; situación que en este supuesto concreto no se da. La razón por la que, a pesar de que no se dieran los presupuestos de los artículos anteriores, la custodia compartida fuese adoptada fue la siguiente: la petición del Ministerio Fiscal porque el menor pasaba 14 noches con el progenitor y 15-16 noches con la progenitora por lo que estamos ante una custodia compartida de hecho.

Teniendo en consideración lo que acabamos de explicar, el Tribunal Supremo desestima ambos motivos y dispone, en esta pionera sentencia que establece de oficio la guarda y custodia compartida, que

deben aplicarse las normas en aras a la tutela del interés superior del menor, la adopción de la custodia compartida no infringe el artículo 92 CC ni la doctrina de la sala por el hecho de que ninguno de los progenitores la solicitara. El motivo fundamental por el que la sentencia recurrida establece este sistema de guarda atiende al dato de que, a pesar de que en las medidas provisionales se atribuyera la guarda a la madre, de hecho, se desarrolló un sistema de reparto igualitario del tiempo y de las funciones de guarda entre ambos progenitores, lo que permitió al tribunal valorar la adecuación del funcionamiento de este sistema para satisfacer de la mejor manera posible, una vez producida la separación de los padres, la protección del superior interés del menor.

Respecto a la vulneración de la doctrina jurisprudencial que establece los requisitos y criterios que han de estar presentes para la adopción de la custodia compartida. La jurisprudencia ha venido estableciendo de forma reiterada que deben considerarse 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 y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; 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.

La progenitora alega la vulneración de los requisitos relativos a los informes exigidos; a la práctica anterior de los progenitores en el cuidado del menor; deseos y opinión del menor y la falta de relaciones personales cordiales de los progenitores.

Este segundo motivo también fue desestimado por el Tribunal Supremo ya que de los informes presentados y de los hechos probados en las inferiores instancias pudo concluir que «los progenitores contaban con las habilidades necesarias para atender al menor, que no existía rechazo de este a relacionarse con ambos progenitores y que las discrepancias entre los progenitores eran irrelevantes», por ello, la adopción del sistema de guarda y custodia compartida es el que mejor protegía el interés superior del menor ya que permitía que fuera efectivo el derecho que el menor tiene a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis de familiar.

Jésica DELGADO SÁEZ
Investigadora postdoctoral USAL
jessicadelgado@usal.es