



**UNIVERSITAS**  
*Miguel Hernández*

Universidad Miguel Hernández

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche

Grado en Derecho

**Trabajo Fin de Grado**

**CUESTIONES DE ACTUALIDAD RELACIONADAS CON LA  
CUSTODIA COMPARTIDA**

Curso académico 2019/2020

Alumno: Cristian Boix García

Tutora: Cristina López Sánchez

## RESUMEN

El presente trabajo supone un análisis de cuestiones actuales en relación con la custodia compartida, llevando a cabo una aproximación previa acerca de los aspectos generales que componen dicha institución. Por ello, se va a realizar una investigación desde una perspectiva doctrinal y jurisprudencial, acerca de la retirada de la custodia compartida a un progenitor, por delegar el cuidado del menor de manera permanente en terceras personas, como pueden ser los abuelos.

Por otro lado, analizaremos la problemática que ocasionó la declaración del estado de alarma, como consecuencia de la COVID-19, en los progenitores separados o divorciados sometidos a un régimen de custodia compartida y las medidas que debieron adoptar ante esta situación excepcional.

**PALABRAS CLAVE:** Custodia compartida; Progenitores; Abuelos; COVID-19.

## ABSTRACT

This work involves an analysis of current issues in relation to shared custody, carrying out a preliminary approach about the general features that make up that institution. Therefore, an investigation will be carried out from a doctrinal and jurisprudential perspective, about the withdrawal of shared custody to a parent, for permanently delegating the care of the minor to third parties, such as grandparents.

On the other hand, we will analyze the problem that caused the declaration of the alarm state, as a consequence of COVID-19, in separated or divorced parents subjected to a shared custody regime and the measures that they had to adopt in this exceptional situation.

**KEY WORDS:** Shared custody; Parents; Grandparents; COVID-19.

## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS .....</b>	<b>3</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>4</b>
<b>1. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA GUARDA Y CUSTODIA.....</b>	<b>6</b>
1.1. CONCEPTO .....	6
1.2. RELACIÓN Y DIFERENCIA CON LA PATRIA POTESTAD .....	8
1.3. TIPOS .....	9
1.4. REGULACIÓN VIGENTE.....	12
<b>2. CUSTODIA COMPARTIDA .....</b>	<b>13</b>
2.1. CONCEPTO .....	13
2.2. EN QUÉ MOMENTO SE ACUERDA EL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA .....	14
2.3. CONVENIO REGULADOR .....	15
2.4. VENTAJAS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	16
2.5. CRITERIOS QUE SIGUEN LOS JUECES PARA CONCEDER LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	17
2.6. LA PÉRDIDA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA COMO CONSECUENCIA DE DELEGAR EL CUIDADO DE MENORES EN ABUELOS U OTROS FAMILIARES. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL .....	18
2.6.1. <i>Una revisión de sentencias</i> .....	18
2.6.2. <i>Valoración crítica</i> .....	27
2.6.3. <i>El criterio de la doctrina. Aciertos y límites</i> .....	29
<b>3. LA PROBLEMÁTICA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN RELACIÓN CON EL ESTADO DE ALARMA OCASIONADO POR LA COVID-19 .....</b>	<b>32</b>
3.1. MEDIDAS A ADOPTAR POR LOS PROGENITORES EN RELACIÓN CON LOS DECRETOS PROMULGADOS POR EL GOBIERNO .....	32
3.2. BÚSQUEDA Y ANÁLISIS DE SUPUESTOS REALES.....	35
3.3. VALORACIÓN DEL RIESGO DEL MENOR .....	38
3.4. DISTINTAS INTERPRETACIONES.....	39
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>44</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>48</b>
<b>JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>51</b>

## ABREVIATURAS

AC	Aranzadi Civil
AEAFA	Asociación Española de Abogados de Familia
AP	Audiencia Provincial
CC	Código Civil
CDFA	Código del Derecho Foral de Aragón
CE	Constitución Española
IMSERSO	Instituto de Mayores y Servicios Sociales
JPI	Juzgado de Primera Instancia
JUR	Sentencias y autos de la Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y Juzgados Aranzadi.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RTC	Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJPI	Sentencia de los Juzgados de Primera Instancia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

## INTRODUCCIÓN

En la actualidad, son muchos los sujetos que deciden poner fin a su vínculo matrimonial o de pareja, y que en caso de tener un menor a su cargo, puede derivar en confrontaciones entre los mismos, a la hora de establecer quién va a ejercer la custodia de dicho menor.

La legislación vigente, permite que sean los mismos progenitores quienes, mediante un acuerdo, decidan cómo regular la guarda y custodia del menor, ya sea de forma exclusiva o compartida, primando en todo momento el interés superior del menor. En defecto de entendimiento, será el Juez quien decida el régimen más adecuado, estableciendo, con carácter general, el régimen de custodia compartida.

Este trabajo tiene como objeto el análisis e investigación de cuestiones actuales relacionadas con la custodia compartida. En cuanto al contenido, por un lado, se hace referencia a la pérdida de la custodia compartida por parte de un progenitor, por delegar el cuidado del menor en abuelos u otros familiares. Por otro lado, se estudia la incidencia de la COVID-19 en el régimen de custodia compartida, debido al confinamiento en el que se encontró la sociedad hace pocos meses, restringiéndose la posibilidad de poder salir de nuestros hogares, únicamente de manera excepcional. Para ello, se va a realizar una valoración de los decretos y medidas que se adoptaron por parte del Gobierno y como el estado de alarma repercutió de manera considerable en los progenitores separados o divorciados en la forma de ejercer el ejercicio de la guarda y custodia en los supuestos de custodia compartida.

En cuanto a la estructura empleada, podemos dividir el trabajo en dos partes:

La primera parte, de carácter teórico, en la que se introducen los aspectos generales a tratar durante el proceso de investigación. De este modo, exponemos conceptos básicos como la guarda y custodia, su relación y diferencia con la patria potestad, así como los tipos con los que nos encontramos y la normativa actual. A continuación, se introduce el concepto de custodia compartida con las peculiaridades que la misma conlleva y los criterios jurisprudenciales para concederla.

La segunda parte, revestirá un carácter práctico, entrando en el fondo del asunto y en la esencia de este trabajo. A su vez, se puede dividir en dos apartados claramente diferenciables:

El primero hace referencia a la pérdida de la custodia compartida cuando se delega el cuidado de un menor en los abuelos u otros familiares. Para ello llevaremos a cabo un

análisis jurisprudencial, mediante la revisión y comentario de una serie de sentencias tanto de la Audiencias Provinciales como del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia, así como también estudiaremos el criterio seguido por la doctrina, con su respectiva valoración crítica, esencial en un trabajo de esta índole.

El segundo apartado hace referencia a las consecuencias que provocó el estado de alarma y la limitación en la libertad de movimiento a causa de la COVID-19, en los progenitores separados o divorciados y más concretamente en la manera de ejercer el régimen de custodia compartida.

En esta parte del trabajo, se realiza un estudio acerca de los decretos y medidas que debieron adoptar los progenitores, con una búsqueda y análisis de supuestos reales. También se valorará el riesgo que esta excepcional situación provocó en los menores, para concluir esta parte práctica con distintas interpretaciones.

En referencia a la motivación por el desarrollo de este trabajo, esta se debe a la especial importancia que tiene la custodia compartida en la actualidad y dentro del Derecho de Familia. El enfoque práctico y el análisis de cuestiones actuales como las expuestas durante el desarrollo del presente texto hacen conveniente abordar un estudio de estas características, lo que sin duda se pretende con el presente trabajo.

En cuanto a la metodología seguida para la realización de este trabajo, fundamentalmente se ha utilizado un método inductivo en el cual, a partir de determinados casos particulares, se han extraído principios generales implícitos en tales supuestos. A tal fin, hemos realizado una búsqueda de bibliografía en bases de datos de especial relevancia y hemos profundizado tanto en páginas web de carácter jurídico, como en distintos portales en los cuales he tenido acceso por ser alumno de la UMH, encontrando jurisprudencia, artículos doctrinales, revistas, noticias, así como información de carácter teórico, para poder desarrollar mi trabajo de la manera más técnica y con las mayores garantías posibles.

# 1. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA GUARDA Y CUSTODIA

## 1.1. Concepto

El ejercicio de la guarda y custodia que ejercen los padres sobre sus hijos acompaña a la titularidad de la patria potestad. No obstante, y pese a que su ejercicio constituye una manifestación de la relación paterno-filial, lo cierto es que es en el momento en el cual a los progenitores deciden poner fin a su vínculo matrimonial o de pareja, cuando suscita mayor problemática, dado que se ha de establecer (por acuerdo entre los propios padres o por sentencia judicial) quien de los dos la ejercerá o si se llevará a cabo su ejercicio de manera conjunta. Precisamente es aquí donde reside la razón fundamental que ha inspirado la realización de este trabajo y que vamos a desarrollar en las páginas que siguen.

Nuestro ordenamiento jurídico y más concretamente el Código Civil, no recoge un concepto de “guarda” y “custodia” sino más bien una serie de referencias a dicha figura. Por este motivo, se deberá acudir al significado que la Real Academia Española ofrece tanto de “guarda” como de “custodia”, es decir, a través de una aproximación etimológica o gramatical de dicho concepto por similitud con otros conceptos afines.

De esta manera, por la acción “guardar” se entiende el “tener cuidado de algo o de alguien, vigilarlo y defenderlo”. Mientras que, por otro lado, por “custodiar” se entiende “guardar algo con cuidado y vigilancia”.

De esta manera, se puede definir la guarda y custodia como el cuidado diario de los menores, satisfaciendo las necesidades del día a día, es decir, una asistencia diaria por parte del progenitor custodio. Se crea una relación de derechos y obligaciones por parte del progenitor que tenga al menor no emancipado bajo su cuidado<sup>1</sup>.

Cabe destacar que con la guarda y custodia del menor no se establece una superioridad de un progenitor frente a otro en la toma de decisiones, por lo cual “el contenido de la guarda o de la custodia debe quedar limitado a la tenencia del menor y debe desaparecer la creencia errónea de que el progenitor custodio es el que ostenta el poder sobre el menor”. Se trata por lo tanto de funciones (guarda y custodia) que únicamente podrán

<sup>1</sup> MARTINEZ CALVO, J: *La guarda y custodia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 25-40.

llevarse a cabo por el progenitor que tiene al menor en ese momento, ya que solamente se puede ejercer su desarrollo mediante el contacto directo entre progenitor y menor<sup>2</sup>.

Una vez establecida una definición de manera etimológica del concepto de guarda y custodia, procedemos a realizar una aproximación al mismo desde una dimensión doctrinal, así como jurisprudencial, destacando que nos situamos ante una acepción que se encuentra en constante evolución.

Como se ha destacado con anterioridad, el término de guarda y custodia hace referencia a una de las funciones que se encuentran implícitas dentro de la institución de la patria potestad y que pasa a considerarse como un derecho independiente en el momento mediante el cual se produce la ruptura del vínculo matrimonial o de pareja.

Este derecho independiente consiste, por parte de un sector doctrinal, en estar en compañía con los hijos menores, así como otorgarles los cuidados personales que correspondan de manera diaria, directa y continua. Esta concepción no puede quedar limitada a la mera convivencia habitual con los menores, sino que habrá que entender el concepto de guarda y custodia más allá del cuidado directo del menor.

Por ello, otro sector doctrinal establece un concepto más amplio de guarda y custodia consistente en “el conjunto de prestaciones de carácter personal a través de las cuales se cumplen los deberes parentales, sin restringir su contenido al hecho de convivir con el hijo”. De esta manera cuando hacemos referencia a la guarda y custodia nos referimos al aspecto personal e inmediato del menor, es decir, a las relaciones cotidianas derivadas de la propia convivencia<sup>3</sup>.

Una vez realizada una aproximación doctrinal del concepto de guarda y custodia, nos disponemos a analizar dicha acepción desde una perspectiva jurisprudencial, mediante la cual se recoge que el concepto de guarda y custodia de los menores constituye uno de los deberes y facultades de los progenitores teniendo el deber de velar por ellos y tenerlos bajo su compañía. Concepto de compañía que no se limita a una intermediación física y bajo el mismo techo, sino que va más allá, a establecer una comunicación, afectividad y cariño hacia los hijos unido al deber de velar por ellos<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> VIÑAS MAESTRE, D.: «Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura: Especial referencia a la guarda», *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, nº 3, 2012, pp. 1 a 55.

<sup>3</sup> DOMINGUEZ OLVIÉROS, I.: *Derecho de familia: ¿Custodia compartida preferente o interés del menor?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 35-37.

<sup>4</sup> SAP Huelva (Sección 1ª), núm. 22/2007 de 30 de marzo de 2007. *Aranzadi JUR* 2007\202413.



Además de las funciones ya mencionadas de velar por el cuidado del menor, así como tenerlo en su compañía, cabe destacar otras funciones relevantes derivadas de la guarda y custodia y que encontramos reguladas en el artículo 154 CC. Así destacamos el deber a una comunicación afectiva e intelectual con el menor, al denominado “cariño ambiental”. El deber de dispensación de alimentos por parte de los progenitores que no se limita ahí, sino que consistirá en el deber de prestar asistencia de todo orden, así como el deber moral de criar a los hijos derivado de la equidad y la razón natural, de darle una adecuada educación y formación integrales.

RAGEL SÁNCHEZ, define la guarda y custodia como “la situación de convivencia mantenida entre un menor o incapacitado y su progenitor o sus dos progenitores, que tiene por objeto el cuidado, educación y formación integral de aquel por parte de este o estos” no quedando limitado a la simple convivencia con los menores ya que como menciona, esta tarea la puede desempeñar un empleado doméstico.

Por lo tanto, señala que la guarda y custodia se extiende también a la educación y la formación integral, aunque este terreno está también vinculado al ejercicio de la patria potestad por parte del otro progenitor. Señala que la educación y la formación de los menores solamente puede ser desempeñada de manera eficaz por quien los tenga consigo en ese momento<sup>6</sup>.

## **1.2. Relación y diferencia con la patria potestad**

Una vez expuesto el concepto de guarda y custodia, debemos establecer qué relación guarda con la patria potestad.

Cuando hablamos de guarda y custodia nos referimos a una función que normalmente se asocia a la patria potestad, es decir, a su ejercicio, si bien es cierto que se puede ser titular de la patria potestad y sin embargo no ostentar la guarda y custodia de los hijos.

Mientras que la guarda y custodia hace referencia al cuidado diario del menor no emancipado, la patria potestad hace referencia a aspectos mas relevantes del mismo, en los cuales hará falta el acuerdo de ambos progenitores. Es decir, cuando se haga

<sup>5</sup> IGLESIAS MARTÍN-CALERO, C.: *La custodia compartida: hacia una corresponsabilidad paternal en plano de igualdad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 75-76.

<sup>6</sup> RAGEL SÁNCHEZ, F.: «*La guarda y custodia de los hijos*», *Derecho privado y constitución*, nº15, 2001, pp. 289 a 292.

referencia a decisiones más relevantes que “afecten al desarrollo integral del menor” ello formará parte del ejercicio de la patria potestad<sup>7</sup>.

El ejercicio de la patria potestad llevado a cabo por los progenitores, lleva incorporado un conjunto de derechos y deberes que dichos progenitores deberán cumplir actuando en todo momento en beneficio del interés del menor.

Por lo tanto y salvo casos muy excepcionales, serán los progenitores quienes ostenten dicha titularidad al ser considerada como irrenunciable, intransferible, indisponible e imprescriptibles.

En condiciones normales en las que no concurren circunstancias que aconsejen la privación de la patria potestad, lo deseable sería que en el supuesto de que la convivencia matrimonial no se vea interrumpida, tanto el ejercicio la guarda y custodia como la titularidad de la patria potestad se establecieran como inseparables, sin que sea necesario establecer una delimitación entre ambos, pero se pueden diferenciar al producirse dicha ruptura<sup>9</sup>.

El artículo 154 CC define la patria potestad como «el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres sobre sus hijos menores y que en caso de separación o divorcio, las decisiones que afecten a los hijos en estas cuestiones deberán ser tomadas de forma conjunta. La patria potestad, salvo raras excepciones, es compartida siempre<sup>10</sup>.

### 1.3. Tipos

En la actualidad, pueden diferenciarse por la doctrina cuatro categorías de guarda y custodia, aunque en sentido estricto tendremos la exclusiva o unilateral, la compartida o alternativa y la partida o distributiva (no como modalidad de guarda y custodia en sentido estricto) y la guarda ejercida por un tercero distinto a los progenitores, discutible también porque la guarda y custodia tiene que hacer relación a los padres.

<sup>7</sup> CAMPO IZQUIERDO, A. L: «Guarda y custodia compartida: ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?», *Diario La Ley*, n° 7206, *Sección Tribuna*, 2009, pp. 1 a 7.

<sup>8</sup> BERROCAL LANZAROT, A. I: «Cuestiones controvertidas e implicaciones prácticas en torno a la guarda y custodia compartida», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario* n°. 756, 2016 pp. 2204 a 2245.

<sup>9</sup>MARTINEZ CALVO. J: *La guarda y custodia*, cit., p.31.

<sup>10</sup> Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, artículo 154.

La guarda y custodia exclusiva o monoparental, se caracteriza en que se lleva a cabo únicamente por uno de los dos progenitores, que será quien realice las funciones propias derivadas de la guarda y custodia ya diferenciadas de las relativas a la patria potestad.

No obstante, el menor mantendrá el derecho a poder relacionarse con el otro progenitor de manera habitual en el denominado régimen de visitas mediante el cual el progenitor no custodio adquiere ciertos derechos y obligaciones tanto personales como patrimoniales-económicas<sup>11</sup>.

La guarda y custodia compartida será ejercida de manera alterna por ambos progenitores, lo que conlleva que el tiempo en el que ambos estén con el menor será similar. Por lo general, ambos seguirán manteniendo la patria potestad de manera conjunta<sup>12</sup>.

Este modelo de guarda y custodia se está convirtiendo cada vez más habitual en la actualidad por lo que le dedicaremos un análisis más exhaustivo más adelante.

Por otro lado, nos encontramos ante la guarda y custodia atribuida a un tercero. Se trata de un tipo de guarda muy excepcional, ya que en situaciones muy concretas será el Juez quien atribuya la guarda y custodia a los abuelos, hermanos u otros familiares en interés superior del menor. Lo encontramos regulado en el artículo 103.1 CC que establece que hay situaciones en las cuales no es conveniente que la guarda y custodia sea ejercida por ninguno de los dos progenitores. Será en este supuesto donde se puede analizar si nos encontramos realmente en un tipo de guarda y custodia, aunque la doctrina así lo establezca, debido a que como se ha señalado con anterioridad, la guarda y custodia se puede establecer dentro de la institución de la patria potestad, que solo puede ser ejercida por los progenitores, por lo que resulta incongruente establecer en este supuesto que un tercero distinto de los progenitores pueda ejercerla, debido a que la titularidad de la patria potestad la tienen los progenitores, por lo que se hará referencia a la guarda y no una guarda y custodia de manera estricta<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> MARTINEZ CALVO, J: *La guarda y custodia*, cit., p. 45.

<sup>12</sup> LORENZO ARMAS, A.: «La custodia compartida: Análisis y valoración como método más favorable», *Revista de Jurisprudencia Lefebvre*, nº. 1, 2019, pp. 1-35.

<sup>13</sup> MARTINEZ CALVO, J: «Atribución de la guarda del menor a un tercero distinto de los progenitores», *Actualidad jurídica iberoamericana nº 12*, 2020, pp. 176 a 193.

Finalmente, se hace referencia a la guarda y custodia partida o distributiva, que se llevará a cabo cuando los progenitores tienen varios hijos y establecen un reparto entre los mismos, por lo que de un hijo se hace cargo un progenitor y del otro menor el otro<sup>14</sup>. Este tipo de guarda y custodia lo encontramos en nuestro código civil de manera implícita en el artículo 96.2 del mismo, en referencia al uso de la vivienda en materia de divorcio en el que señala que "Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente"<sup>15</sup>.

Es decir, el Juez podrá establecer una distribución de los menores entre ambos progenitores siempre bajo motivos muy justificados debido a que este tipo de guarda y custodia es poco recomendable al perderse el "vínculo afectivo entre hermanos"<sup>16</sup>.

En conclusión, se ha expuesto estos cuatro tipos de custodia, destacando en la actualidad el de la custodia monoparental y cada vez más el de la custodia compartida, situando la guarda y custodia partida o distributiva como un supuesto poco común, como así lo indica la jurisprudencia actual, de la misma manera al referirnos a la guarda y custodia atribuida en un tercero, en situaciones muy excepcionales y cuando no se encuentre otra alternativa más beneficiosa para el interés del menor.

Estos dos últimos supuestos, no hacen referencia a una variedad de guarda y custodia en sentido estricto, ya que para ello se deberá ejercer por los mismos progenitores al situar la guarda y custodia dentro de la patria potestad, y la patria potestad con titularidad de los progenitores no tiene sentido que ahora se establezca en favor de un tercero distinto, y tampoco se separen los hermanos por el interés superior del menor y conforme lo regulado en nuestro ordenamiento jurídico<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> MARTINEZ CALVO. J: *La guarda y custodia*, cit., p. 47.

<sup>15</sup> Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, artículo 96.2.

<sup>16</sup> ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: *Nadie Pierde: la guarda y custodia compartida aspectos jurídico procesales*, Dykinson, Madrid, 2018, p.4.

<sup>17</sup> MARTINEZ CALVO. J: *La guarda y custodia*, cit., p. 48.

#### 1.4. Regulación vigente

En cuanto a la normativa de la guarda y custodia, se encuentra regulada en los artículos 90 y siguientes del Código Civil, y como ya se ha mencionado con anterioridad, no se refiere a la misma de forma expresa para definirla, sino remisiones a la misma.

Se tiene que distinguir entre las Comunidades Autónomas que disponen de una normativa especial y las que no, que se regirán por lo tanto por lo establecido en el Código Civil y más concretamente en el Art. 92 del mismo.

La Comunidad Valenciana disponía de una normativa específica en esta materia, pero fue derogada en 2016 al declararse inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

En la actualidad, disponen de Derecho Civil propio la Comunidad Autónoma de Aragón, Cataluña y la Comunidad Foral de Navarra<sup>18</sup>.

Por otro lado, cabe destacar la reforma del Código Civil en esta materia, y más concretamente del artículo 92 del mismo a través de la Ley 15/2005 de 8 de julio, que modifica tanto el código civil como la ley de enjuiciamiento civil, en lo sucesivo LEC, en materia de separación y divorcio.

En el artículo 92.6 CC se establece una serie de supuestos para que el juez determine que tipo de guarda y custodia va a beneficiar más al menor, tomando la decisión siempre en interés de dicho menor.

Finalmente, se alude al artículo 92.8 CC, en referencia al informe favorable del Ministerio Fiscal para conceder el régimen de custodia compartida, declarado inconstitucional y por lo tanto nulo el inciso "favorable", mediante STC 185/2012, de 17 de octubre<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> BAYARRI MARTI, M. L: «El régimen de guarda y custodia en España. Derecho común y Comunidades Autónomas con derecho civil propio», disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4927-el-regimen-de-guarda-y-custodia-en-espana-derecho-comun-y-comunidades-autonomas-con-derecho-civil-propio/> (consulta de 16/04/2020).

<sup>19</sup> Aranzadi RTC 2012\185.

## 2. CUSTODIA COMPARTIDA

### 2.1. Concepto

Nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado que aparece en nuestro ordenamiento jurídico a través de la reforma del Código Civil y LEC en materia de separación y divorcio con la entrada en vigor de la Ley 15/2005 del 8 de julio, y más concretamente en el artículo 92 CC, en el cual ya se hace expresa referencia a este tipo de guarda y custodia, con base en el principio del “favor filii”.

Es definida por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, como aquel tipo de guarda y custodia que es ejercida de manera alterna por parte de los progenitores y en la cual se crea unos derechos y obligaciones en el cuidado y asistencia de los hijos menores, los cuales dispondrán ambos progenitores por periodos similares. En la actualidad se esta consolidando este método como el más deseable entre la jurisprudencia.

Se trata por tanto de “aquella situación en la que ambos progenitores cargan de forma conjunta, periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos”. Por lo tanto, supone la distribución de las funciones y responsabilidades parentales que ambos deberán asumir, rotando en el ejercicio de esas funciones y mediante el cuidado y la atención directa hacia el menor<sup>20</sup>.

La custodia compartida o alterna, como prefieren llamarla los expertos, otorga a los progenitores los mismos derechos sobre el desarrollo y cuidado de los hijos y promueve mayores condiciones de igualdad entre las partes implicadas<sup>21</sup>.

En conclusión, cabe destacar que la custodia compartida estará basada en una cooperación responsable entre ambos progenitores, con un buen grado de respeto, de acuerdo y de colaboración entre los mismos, asumiendo las responsabilidades de los hijos de manera equitativa, a través de este régimen igualitario, siempre en interés del menor que tienen a su cargo ambos progenitores<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> LORENZO ARMAS, A.: «La custodia compartida: Análisis y valoración como método más favorable», cit., p. 4.

<sup>21</sup> ZUÑIGA, A.: «La custodia compartida», *Escritura Pública ISSN 1695-6508 n° .78*, pp. 64-66.

<sup>22</sup> IGLESIAS MARTIN, C. R: *La custodia compartida: Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 81.

## 2.2. En qué momento se acuerda el régimen de custodia compartida

El ejercicio compartido del menor se llevará a cabo según lo establecido en el artículo 92.5 CC, es decir, “cuando sea solicitado por los propios progenitores en el momento de la propuesta del convenio regulador o cuando ambos lleguen a un acuerdo en el transcurso del procedimiento y de manera excepcional, conforme lo regulado en el artículo 92.8 CC, cuando el Juez a instancia de una de las partes lo considere como la decisión más recomendable en virtud del interés superior del menor, aunque no se den los supuestos del artículo 92.5 CC, con el informe pertinente del Ministerio Fiscal.

También resulta interesante mencionar el artículo 92.9 CC, que indica que “el juez (...) de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores”.

En resumen, el régimen de custodia compartida será acordado cuando lo soliciten ambos progenitores o por uno de ellos con el acuerdo del otro. A falta de acuerdo y de manera excepcional, será el juez quien la determine siempre ponderando el interés superior del menor, lo que se conoce como principio de favor filii<sup>23</sup>.

Por último, para que se acuerde el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los menores, se ha de tener en cuenta los requisitos que se contemplan en el párrafo quinto y sexto del artículo 92 CC. El artículo 92. 5 CC, recoge que el régimen de custodia compartida podrá ser acordado cuando lo soliciten los progenitores en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. Se deberá escuchar a los menores que dispongan de suficiente juicio, así como el informe del Ministerio Fiscal y se deberá tener en cuenta las distintas alegaciones de las partes. El artículo 92.8 CC, en su apartado octavo establece que el juez puede determinar excepcionalmente la guarda y custodia compartida no existiendo común acuerdo entre los cónyuges cuando una de las partes lo solicite o en virtud del interés del menor fundamentado en la resolución judicial<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> MORILLAS FERNANDEZ, M.: «Régimen jurídico de la custodia compartida: El interés del menor», en *La custodia compartida en España*, dir. D. Becerril; M. Venegas, Dykinson, Madrid, 2017 pp. 93 a 108.

<sup>24</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

### 2.3. Convenio Regulador

Es un documento en el cual se regula todo lo referente a la separación o divorcio de los cónyuges en cuanto a los derechos y obligaciones que deberán llevar a cabo ambos progenitores, centrandó nuestro estudio en la ruptura del vínculo matrimonial o de pareja en el supuesto en el cual haya hijos menores a su cargo. El citado documento deberá acompañar a la demanda de separación o divorcio, por el cual los cónyuges acuerdan las consecuencias personales y patrimoniales derivadas de la ruptura.

Nuestro ordenamiento jurídico ofrece la posibilidad que después de la crisis matrimonial queden recogidos de forma expresa los derechos y obligaciones que los progenitores mantendrán frente a sus hijos menores de edad y no emancipados.

Dicho convenio deberá ser supervisado y aprobado ante el Juez o frente a notario, salvaguardando de esta manera los derechos de ambos progenitores, así como los de los menores velando por su interés, en el cual entrará a formar parte el Ministerio Fiscal con la ponderación del principio de *favor filii*.

Su contenido es de obligado cumplimiento y lo encontramos regulado en el artículo 90 CC, el cual establece que deberá quedar anotado quien va a ejercer la patria potestad del menor, el tipo de custodia a ejercer por ambos progenitores y el régimen de visitas en caso de la custodia monoparental. También, deberá reconocerse y regularse el derecho del que disponen los abuelos a ver a sus nietos. En cuanto a su aprobación, el ordenamiento jurídico permite la autonomía por parte de las partes, es decir, de mutuo acuerdo con la supervisión del juez o notario, que en caso de encontrarlo desfavorable para cualquiera de los progenitores o para los menores, podrá denegar su autorización. A falta de acuerdo entre los progenitores será el juez quien establezca las consecuencias derivadas de la crisis matrimonial, y podrá escuchar la opinión de los hijos menores siempre que lo considere necesario y que considere que tienen juicio de ser escuchados, según la edad.

En referencia al cumplimiento del convenio regulador, ambos progenitores deberán respetarlo, acudiendo a la jurisdicción civil para que esta tome las medias pertinentes en caso de incumplimiento<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> «Convenio Regulador» disponible en <https://www.conceptosjuridicos.com/convenio-regulador/> (consulta de 29/04/ 2020).



#### **2.4. Ventajas de la custodia compartida**

Tras llevar a cabo un análisis de la doctrina jurisprudencial, se puede afirmar que son numerosas las ventajas y beneficios que conlleva la guarda y custodia compartida, tanto para los progenitores como para los menores, debiendo destacar los siguientes:

- La custodia compartida provoca que el menor se vea afectado lo menos posible por la ruptura del vínculo matrimonial o de pareja, a través de que pueda mantener contacto y relación con ambos progenitores de manera igualitaria.
- Se garantiza a los progenitores poder participar de igual manera en la toma de decisiones ya se trate de funciones del día a día o más relevantes, es decir, en el desarrollo y crecimiento del menor ya que con la custodia monoparental conlleva a un sentimiento de pérdida por parte de uno de los progenitores al no colaborar con el cuidado de su hijo todo lo que quisiera.
- Implica a su vez, la posibilidad que tienen los menores de poder criarse y crecer con ambos progenitores, el método o la forma que más se asemeja a la situación que se produce antes de aparecer la crisis familiar. Esta forma de criarse de manera conjunta conlleva que los menores no adopten el comportamiento y la conducta de un solo progenitor.
- A nivel emocional, se evita con este método de custodia el sentimiento de culpa que puede aparecer por parte del menor al encontrarse en dicha situación, e incluso el sentimiento de abandono que puede sentir al no compartir la vida con ambos progenitores de manera igualitaria.
- Los menores, de esta manera pueden llegar a entender antes la situación que se ha producido y la enfocarán de otra manera, con una mayor aceptación al no notar tanto el impacto de la separación o divorcio.
- Mencionar también el tiempo libre del que puede disponer cada progenitor.
- Con este modelo los padres deberán estar ayudándose de manera habitual, facilitándose así una cooperación que ayudará a adoptar una serie de acuerdos entre los mismos, estableciéndose de esta manera un modelo educativo de conducta para el menor.

En contraposición a lo establecido con anterioridad, cabe señalar que uno de los inconvenientes más relevantes que puede aparecer con el establecimiento de la custodia compartida, es la inestabilidad que puede producir para el menor el constante cambio de domicilio, así como la adaptación que puede producir la posible creación de nuevos núcleos familiares por parte de los progenitores, ya que deberán rehacer su vida con la

compañía que estimen oportuna, siendo impactante desde un primer momento para los menores<sup>26</sup>.

### **2.5. Criterios que siguen los jueces para conceder la custodia compartida**

En un primer momento, la jurisprudencia antes de tomar una decisión acerca del régimen más conveniente deberá consultar los motivos de exclusión del régimen de custodia compartida, regulados en el artículo 92.7 CC en el cual destaca el supuesto por el cual uno de los progenitores se encuentre incurrido en un procedimiento penal, así como los casos de violencia de género.

Por lo tanto, una vez llevada a cabo la comprobación por parte del juez, de que se cumplen los requisitos legales establecidos para el otorgamiento de la guarda y custodia compartida, será él mismo quien considere si es el régimen más favorable en virtud del interés superior del menor, debiendo producirse determinadas circunstancias que a modo de ver del juez favorezcan este tipo de régimen, que basará su decisión o se respaldará en criterios establecidos en la doctrina y en sentencias de carácter similar.

En un primer lugar, hablamos de la aptitud personal de los progenitores, en cuanto a la capacidad que disponen los mismos de mantener una cooperación activa y corresponsabilidad, un diálogo para tratar los problemas referentes al menor de la mejor manera.

En segundo lugar, se hace referencia a la capacidad de los progenitores para mantener una educación común, un modelo educativo común.

En tercer lugar, se ha de barajar la relación personal entre los progenitores y el grado de conflictividad entre ellos, ya que no se busca que estén envueltos en conflictos constantes, valorando en todo momento la capacidad de colaboración y de entendimiento entre los mismos, así como la relación que hay entre los progenitores y el menor, más conocido como vínculo afectivo.

En cuarto lugar, se debe tener en consideración la distancia entre los domicilios de los progenitores, para proteger así la estabilidad del menor en su entorno habitual, intentando que se vea lo menos afectada posible, valorándose por el juez criterios como las amistades del menor, el centro educativo al que pertenezca y las actividades extraescolares.

<sup>26</sup> SAP Barcelona (sección 18ª) núm. 102/2007 de 20 de febrero. *Aranzadi JUR 2007\101427*.

En quinto lugar, se debe valorar la disponibilidad de los padres para mantener un contacto directo con los menores, dependiendo de la actividad laboral que desarrollen, debido a que puede que no pasen el tiempo suficiente con los mismos, por ejemplo, por tener que desplazarse de manera constante por motivos laborales, en el periodo de tiempo en el cual el progenitor tiene al menor bajo su cuidado y custodia. Es este supuesto el que entraremos a valorar en la parte práctica de este trabajo, ya que muchos progenitores por no poder hacerse cargo del cuidado de sus hijos, por desatención, bien por motivos profesionales o por simple desatención, delegan el cuidado de sus hijos en otros familiares como bien pueden ser los abuelos, lo que en la práctica y en la actualidad se está utilizando por la jurisprudencia para retirar esa custodia al progenitor que incumpla con este criterio, ya que el menor debes atenderlo y si no puedes por que no dispones de flexibilidad horaria, deberá valorarse la retirada de la custodia en favor del otro progenitor.

Finalmente deben valorarse otros criterios económicos para hacer frente a los gastos con los hijos, la voluntad de los menores de estar con uno u otro progenitor, así como la edad sobretodo si estos son de corta edad por considerarse recomendable permanecer más tiempo con la madre.<sup>27</sup>

## **2.6. La pérdida de la custodia compartida como consecuencia de delegar el cuidado de menores en abuelos u otros familiares. Análisis jurisprudencial y doctrinal**

### **2.6.1. Una revisión de sentencias**

La carga laboral que deben soportar los progenitores, así como el aumento en el ritmo de vida en nuestra sociedad, ha provocado que cada vez sean más los padres que solicitan la ayuda de un tercero, normalmente familiares, para que se hagan cargo del cuidado de los menores, debiéndose valorar dónde se encuentra el límite en dicho cuidado lo cual voy a realizar mediante el análisis de una serie de sentencias que serán expuestas a continuación.

En la actualidad, son cada vez más los progenitores separados o divorciados que pierden la guarda y custodia de sus hijos menores a favor del otro progenitor, debido a que

<sup>27</sup> GUILARTE MARTIN-CALERO, C.: «Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009», *Revista para el Análisis del Derecho, Indret* 3.2010, pp. 11 a 16.

durante el periodo de tiempo que los menores deben compartir con un progenitor determinado, este se dedica a desatenderle y a delegar el cuidado de los mismos en otros familiares como pueden ser los abuelos, pronunciándose la jurisprudencia a favor de retirar la guarda y custodia a dicho progenitor por los motivos que más adelante expondremos.

Por ello, se procede a analizar una serie de sentencias, tanto de la Audiencia Provincial, del Tribunal Supremo y el Tribunal Superior de Justicia, con el objetivo de poder dar una visión más amplia acerca de esta problemática, cada vez más frecuente en nuestra sociedad.

La primera sentencia que se va a analizar es la SAP A Coruña núm. 52/2019 de 7 de febrero de 2019 (sección 3ª)<sup>28</sup>. Se trata de un recurso de apelación referente a unos autos dictados en primera instancia para la modificación de medidas en materia de separación y divorcio, y más concretamente en torno a la guarda y custodia del menor que los progenitores tienen en común, así como a la pensión de alimentos, siendo parte apelante el padre y parte apelada la madre. La parte apelante no queda conforme con las medidas adoptadas por el juez en primera instancia, por las cuales, la custodia del menor que tienen en común se le concede a la madre en exclusiva, por considerarse por parte del juez que se produce una modificación de las medidas adoptadas en el momento de producirse la separación y más concretamente, señala que se produce una desatención por parte del padre de manera constante y que delega el cuidado del menor en los abuelos paternos, motivo por el cual considera que es motivo suficiente para establecer una custodia exclusiva en favor de la madre con el establecimiento de un régimen de visitas a favor del otro progenitor.

El apelante se alza al considerar que no se ha producido una modificación de medidas y que se ha producido una infracción del artículo 92 CC solicitando al juez la revocación de la sentencia apelada, produciéndose la oposición por parte de la madre.

El apelante manifiesta que en la actualidad se encuentra en el paro por lo que dispone de un mayor tiempo para cuidar del menor motivo que no podrá ser considerado por el juez que declara el recurso como improcedente.

La Audiencia Provincial de A Coruña confirma la sentencia dictada en primera instancia que estimó la demanda de modificación de medidas presentada por la

<sup>28</sup> Aranzadi JUR/2019/242325.

progenitora en lo que se refiere a la retirada de la custodia compartida y la atribución de la custodia monoparental en favor de la madre.

Como se ha mencionado con anterioridad, esto se debe a la consideración por parte del juez de que se ha producido una modificación de circunstancias, motivo por el cual y amparado por el artículo 90 CC puede modificar las medidas. Dicha modificación debe ser esencial y relevante, por lo que no toda variación en las circunstancias sirve para efectuar una modificación de las medidas adoptadas con anterioridad, sino que la variación debe ser sustancial, afectando así a la esencia de la prestación.

Por lo tanto, para que pueda considerarse que se ha producido una modificación de las circunstancias deben cumplirse una serie de requisitos tales como que dicha modificación de las circunstancias sea trascendental y no de escasa relevancia, así como permanentes y no esporádicas y transitorias. A la vez, dicha variación deberá producirse de manera posterior al momento de establecerse las medidas y no acordadas en ese momento.

Por todo ello, el juez considera que hay una demostración en cuanto a la modificación de las circunstancias, ratificando el argumento dictado por el juez en primera instancia.

El otro motivo por el cual el apelante se alza es el que hace referencia a la infracción del artículo 92 CC en cuanto a la vulneración del interés del menor. El juez no aprecia ninguna vulneración, sino todo lo contrario, si precisamente se toma la decisión de otorgar la custodia a la madre en exclusiva es precisamente para proteger el interés del menor o *favor filii* que, como señala la sentencia, es el interés que debe prevalecer. El progenitor se desentiende del cuidado del menor, por ejemplo, en situaciones como acudir al centro educativo para dar su autorización acerca de unos asuntos relativos a la atención educativa especial que necesita el menor, contando únicamente con la autorización de la madre y de los abuelos, situaciones por parte del padre que son de obligado cumplimiento como establece el juez en primera instancia y se ratifica en este recurso en el fundamento tercero de la presente sentencia en la que se destaca la “desatención del padre respecto al cuidado hacia su hijo, funciones que realizan los abuelos paternos, pues una cosa es que en casos puntuales pueda verse obligado a pedir ayuda a los abuelos del menor para su cuidado, pero no que sean estos los que cuiden y se encarguen directamente de su nieto, puesto que las funciones que le corresponden al padre son de obligado cumplimiento”.

Hay decisiones relevantes en el día a día con los menores que deberán llevarse a cabo por parte de los progenitores.

Por lo tanto, el juez ratificando lo establecido en primera instancia desestima el recurso manteniendo la progenitora la custodia del menor de manera exclusiva.

La siguiente sentencia que se va a analizar es la Sentencia AP Asturias de 28 de marzo de 2019 (sección 1ª)<sup>29</sup> que presenta similitudes con la anterior sentencia de A Coruña, pero en este supuesto no se produce una desatención de manera voluntaria por parte del progenitor, sino que este se ve obligado a delegar el cuidado de sus dos hijas menores en la abuela paterna, debido a lo complicado que resulta para el padre tenerlas bajo su compañía a causa del horario laboral que desempeña.

Se trata de un recurso de apelación interpuesto por el progenitor contra el Ministerio Fiscal que procede de un auto de divorcio llevado a cabo por el Juzgado de Primera Instancia mediante el cual se establece que la guarda y custodia de las dos hijas menores que tienen en común será ejercida de manera exclusiva por parte de la madre manteniéndose la titularidad y el ejercicio de la patria potestad de manera conjunta.

Por este motivo y ante la oposición del padre, como parte apelante solicita de manera principal la custodia en exclusiva de sus dos hijas menores y de manera subsidiaria la custodia compartida al considerar que está capacitado para ello pese a su horario laboral. La hija mayor manifiesta su deseo de convivir con el padre, pero dicha valoración no podrá tenerse en cuenta debido a la corta edad de la menor. El Código Civil se pronuncia al respecto en el artículo 92.6 CC donde se regula la audiencia de los menores por parte del juez cuando tengan suficiente juicio y el juez lo estime necesario. En el artículo 770. 1.4ª LEC también se encuentra regulado, donde se añade que deberán ser escuchados si fueren mayores de 12 años.

Por todo lo expuesto con anterioridad, el juez decide solicitar un informe psicosocial mediante el cual se lleva a cabo un análisis del rol parental de ambos progenitores y se destaca la mayor aptitud por parte de la madre para cuidar de las menores al disponer de mayor disponibilidad para ello, delegando de manera puntual en su pareja el cuidado de las menores en los momentos que a ella le sea imposible por motivos laborales. El padre no dispone del tiempo necesario para hacerse cargo del cuidado de las menores debido a su oficio como transportista, encargándose la abuela paterna del cuidado de las menores cuando el padre está trabajando, indicando el informe psicosocial que el padre “denota una escasa implicación en los cuidados asistenciales de las menores y una tendencia a delegarlos en las figuras femeninas cercanas”.

<sup>29</sup> Aranzadi JUR 2019\16372.

Además, el juez considera que debido a la alta conflictividad entre los progenitores que originó la ruptura del vínculo matrimonial, no es recomendable el régimen de guarda y custodia compartida, por lo que concluye desestimando el recurso del progenitor destacando la aptitud de la madre para continuar ejerciendo la guarda y custodia de las menores de manera exclusiva.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 347/2016 de 10 de mayo (sección 18ª)<sup>30</sup> cabe destacar la argumentación de la sala con base en unos hechos muy similares a la sentencia precedente, ya que el progenitor por su indisponibilidad horaria no ejerce de manera efectiva la guarda y custodia de los hijos menores, motivo por el cual le concede la guarda y custodia de los hijos menores a la madre, exponiendo que por “guarda y custodia se entiende el ejercicio responsable de la parentalidad y el ejercicio efectivo y real de las funciones de guarda y custodia y no puede hablarse de guarda efectiva cuando el padre no ha ejercido una parentalidad positiva al sustituir su figura por la del abuelo”.

En sentido opuesto se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Ciudad Real en la Sentencia 115/2015 de 17 de abril de 2015 (sección 1ª)<sup>31</sup>.

Se trata de un recurso de apelación interpuesto por el progenitor tras la resolución dictada en primera instancia por la cual se le concede la guarda y custodia de las menores que tienen en común a la progenitora con base en la conflictividad que hay entre ambos progenitores y al horario de trabajo del padre que dificulta el cuidado de manera adecuada de los menores.

El padre impugna dicha resolución y basa su argumentación en la doctrina llevada a cabo por el Tribunal Supremo acerca de la procedencia o no de la guarda y custodia compartida.

En cuanto a la conflictividad entre ambos progenitores, el juez no considera que las razones que señala la madre sean un motivo para denegar la guarda y custodia al progenitor ya que carecen de suficiente fundamentación para afirmar que la relación entre ambos progenitores se encuentre al límite, debido a que puede haber discrepancias entre los padres sin que ello conlleve la pérdida de la custodia compartida.

En cuanto al horario laboral del padre, el juez no considera que el delegar en momentos determinados en amigos u otros familiares e incluso contratar a una tercera persona, sea

<sup>30</sup> *Aranzadi AC*2016\1117.

<sup>31</sup> *Aranzadi JUR* 2015\127671.

un obstáculo para denegar a un padre la custodia compartida de su hijo, ya que esta situación se produce únicamente para llevar a los menores al colegio, pronunciándose la sala al respecto, indicando que esta situación perjudica en poco o en nada que sean terceras personas quienes se encarguen de ello por lo que se valora positivamente la edad de los menores de 10 y 13 años, añadiendo la sala que conforme pase el tiempo se incrementará la autonomía personal de los menores frente a los progenitores y dicha medida será innecesaria.

También se ha elaborado un informe psicosocial mediante el cual se constata la idoneidad de los progenitores para desarrollar el cuidado de los menores y la recomendación de establecer una custodia y guarda compartida debido a los vínculos emocionales entre los menores y los progenitores.

En conclusión, la sala acuerda casar la sentencia recurrida con base en el artículo 92 CC y a la jurisprudencia que lo desarrolla, revocando el recurso de apelación en el apartado referente a la guarda y custodia, que a partir de esta resolución se ejercerá de manera conjunta por ambos progenitores.

Asimismo, merece especial atención la sentencia de la AP Badajoz núm. 379/2019 de 21 de mayo de 2019<sup>32</sup>. Como se analizará a continuación, en esta sentencia también se produce una delegación en los abuelos en el cuidado del menor pero la sala no lo considerará motivo suficiente para retirar la custodia al progenitor debido a la corta edad de los padres (19 años).

Dicha sentencia, hace referencia a un recurso de apelación interpuesto por la progenitora frente a la resolución llevada a cabo por el juzgado de Primera Instancia, el cual aprobó un régimen de guarda y custodia compartida entre ambos progenitores por turnos semanales. La madre solicita por lo tanto la revocación de dicha sentencia para que se le conceda a ella la custodia del menor de manera exclusiva.

Basa su argumentación en que el progenitor delega el cuidado del hijo que tienen en común en los abuelos paternos de manera permanente, fundamentando el presente recurso en dos motivos.

Por un lado, la progenitora invoca una infracción del principio *favor filii* y la vulneración del artículo 39 CE y de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia. Considera que no se ha respetado el interés superior del menor porque la custodia compartida perjudica al menor.

<sup>32</sup> Aranzadi JUR 2019\165305.



Por otro lado, la apelante considera infringido el artículo 120 CE, por falta de motivación en la sentencia dictada en primera instancia.

Cabe destacar que ambos progenitores han sido padres muy jóvenes y que en la actualidad conviven con sus padres, que ayudan en el cuidado diario del menor.

El tribunal rechaza la petición de la madre y argumenta que los abuelos no pueden suplantar la función de los padres, pero sí que pueden ser unos extraordinarios colaboradores y más aun en este supuesto en el cual los progenitores son demasiado jóvenes y todavía conviven con sus padres. Además, provocan una estabilidad económica y afectiva siendo ambos progenitores los que conviven con ellos por lo cual debe valorarse de manera positiva por el tribunal, señalando la sala que los abuelos no sustituyen a los progenitores, pero sí que se consideran un complemento importante. La sala considera que al convivir ambos progenitores con sus padres, nos encontramos ante una situación pareja con identidad de razón por lo que no se puede dejar al padre en peor condición por este motivo.

En conclusión, el tribunal expone que la ayuda de los abuelos es beneficiosa incluso cuando sea prácticamente permanente, en los supuestos en el cual los progenitores sean muy jóvenes como en esta sentencia que además conviven con ellos, motivos que se tendrán en cuenta para poder conceder o no la custodia compartida.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia 30 de octubre de 2018 núm.593/2018 (Sala 1ª)<sup>33</sup>, se ha pronunciado acerca de la posibilidad de otorgar la custodia compartida en el supuesto en el cual el progenitor presente un plan de parentalidad aún disponiendo de un horario laboral complicado.

Los hechos comenzaron a través de un recurso de casación interpuesto por el progenitor, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla en enero de 2018 referente a unos autos de divorcio por los cuales se le otorga la custodia monoparental a la madre del menor que ambos progenitores tienen en común, debido al horario laboral del progenitor que no puede hacerse cargo del menor todo el tiempo que le gustaría.

Por lo tanto, ante la disconformidad del progenitor tras la decisión de la sentencia en apelación, interpone en tiempo y forma recurso de casación con base en dos tipos de infracciones. Por un lado, infracción del artículo 92 CC, haciendo referencia a normativa nacional e internacional sobre los derechos del niño y, por otro lado, por

<sup>33</sup>Aranzadi RJ 2018\4742.

infracción de la doctrina jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre requisitos y criterios para acordar la custodia compartida, es decir, sobre la primacía de la custodia compartida con base en el interés del menor, ya que supone un beneficio para el mismo disfrutar por partes igual de ambos progenitores.

La sala establece que el horario laboral del progenitor imposibilita una guarda y custodia compartida, que representaría un impacto negativo en la estabilidad del menor al producirse una alteración excesiva de sus rutinas y horarios cotidianos, concluyendo que no se produce ningún interés en este caso para modificar el régimen de guarda y custodia, debido a que como establece la sala “ no existe un proyecto claro de lo que es y como se va a desarrollar más allá de un simple reparto de tiempos”. Por lo tanto, la sala considera que no se ofrece un plan parental contradictorio, de organización por parte del progenitor entre el trabajo y el cuidado del menor, que pueda considerar el acierto o no en la decisión de la sala de establecer la guarda y custodia a la madre, considerando que lo que resulta más beneficioso para el interés del menor es el mantenimiento de la guarda y custodia en favor de la progenitora.

Una vez realizado el estudio de varias sentencias dictadas por la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo, se va a llevar a cabo el análisis de la Sentencia del TSJ de Aragón, sección 1ª, núm. 29/2019 de 20 de diciembre<sup>34</sup>.

Dicha sentencia cobra especial importancia por el Código Foral propio que regula el Derecho aragonés.

Se trata de un recurso de casación por el cual la parte recurrente es el progenitor y la parte recurrida la madre del menor y que tiene por objeto la modificación de medidas originada por un incumplimiento del régimen de custodia compartida llevado a cabo por el padre, al delegar de manera íntegra los deberes paterno-filiales en los abuelos paternos del menor, que se encargaban de satisfacer todas las necesidades del hijo cuando este convivía con el progenitor.

En la sentencia dictada en Primera Instancia, se estableció que la guarda y custodia del menor que tienen en común los progenitores se ejerciese de manera exclusiva por parte de la madre, estableciéndose un régimen de visitas y de comunicación en favor del otro progenitor. Por otro lado, se fijó una pensión de alimentos a abonar por parte del padre a la progenitora.

<sup>34</sup> Aranzadi JUR\2020\10795.

Tras la disconformidad por parte de ambos progenitores por la sentencia dictada, se interpuso recurso de apelación, por el cual se solicitaba por parte del padre que no consideraba que se hubiese producido una modificación de las circunstancias y la progenitora solicitaba una modificación en la prestación de alimentos.

Por todo ello, en segunda instancia se modifica el importe de la prestación de alimentos que solicitaba la progenitora, pero se mantiene la custodia monoparental del menor en detrimento del progenitor.

Ante la disconformidad del padre frente a la resolución dictada en apelación, interpone en tiempo y forma recurso de casación que tiene como objeto la vulneración y posible infracción de una serie de artículos, con la intención de que se desestime la demanda de modificación de medidas.

En primer lugar, se manifiesta por parte del progenitor vulneración del artículo 79.5 del Código del Derecho Foral de Aragón, (en adelante CDFA) al considerar que no se ha producido una modificación de las circunstancias que justificase el cambio de medidas llevadas a cabo en las dos instancias anteriores.

El segundo motivo de casación afirma infracción en los artículos 76.2 y 3.a, 79.2 y artículo 80.1 y 2 CDFA, en relación con el artículo 92.8 CC y el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, porque el cambio de medidas no responde al interés del menor.

Finalmente, el tercer motivo de casación se debe a una posible infracción del artículo 82 CDFA, referente a la pensión de alimentos.

Por parte de la sala, se entra a valorar si concurren circunstancias que por su relevancia e importancia justifican la modificación de medidas.

En cuanto a la decisión de la sala, aunque es cierto que el padre ha solicitado una reducción de la jornada laboral, en este caso no será motivo suficiente para otorgarle la custodia compartida del menor.

Tanto la demanda como la sentencia de instancia señalan que sí que se produce una modificación de las medidas ya que el progenitor delega en los padres paternos la función de guarda durante los periodos que debía estar bajo su compañía, no siendo esto lo deseable para el interés del menor, produciéndose de esta manera un incumplimiento por parte del progenitor de las medidas adoptadas tras la ruptura del vínculo matrimonial.

De esta manera se aprecia como se ha producido un incumplimiento por parte del padre de las medidas adoptadas tras la ruptura matrimonial.

Cabe destacar la conclusión que ofrece perito en primera instancia, indicando que aunque los abuelos se estén encargando del menor de manera satisfactoria, no deben de tener el protagonismo que tienen debido a que la progenitora sí que dispone de tiempo para hacerse cargo del menor.

En la sentencia de apelación ya se recogió como el progenitor “ha delegado en su integridad sus deberes paterno-filiales en sus padres, abuelos paternos del hijo menor, siendo estos los encargados de satisfacer todas las necesidades del menor cuando su estancia correspondía al padre”.

En conclusión, se produce la desestimación del recurso de casación por incumplimiento del régimen de custodia compartida ratificando la sala la resolución llevada a cabo por la primera y segunda instancia.

### **2.6.2. Valoración crítica**

Como se ha tenido ocasión de apreciar en el estudio de las sentencias anteriores, el juez efectuará una valoración de cada supuesto sin tener un criterio consolidado a la hora de atribuir la guarda y custodia de un menor a uno o ambos progenitores.

Como norma general, el juez procederá a retirar la custodia compartida al progenitor que delegue durante la mayor parte del tiempo el cuidado del menor en terceras personas, es decir, al progenitor que no se haga cargo de sus obligaciones paterno-filiales.

En contraposición a la norma general dictada por el juez, considero que no se debe valorar del mismo modo al progenitor que voluntariamente ha desatendido a las obligaciones que le corresponden de cuidado al menor y el supuesto por el que el progenitor se ve obligado a solicitar ayuda de terceras personas, por motivos laborales y no de manera voluntaria.

Por lo tanto, a mi juicio el juez deberá tener en cuenta la voluntad del progenitor para conseguir una reducción de jornada para estar más tiempo con su hijo, así como la presentación o no ante el juez de un plan de parentalidad, en el cual quede reflejado la organización y el compromiso de cada progenitor en cuanto a la guarda, cuidado y educación del menor. Por lo tanto, considero que el sistema de trabajo a turnos no debe ser un impedimento para el ejercicio de la guarda y custodia compartida.

Por otro lado, se debe distinguir el supuesto por el cual el progenitor convive con sus padres en el mismo domicilio al ser demasiado joven, del supuesto en el cual, el

progenitor se encuentra independizado. De esta manera, considero que la edad de los progenitores es clave a la hora de delegar el cuidado del menor en terceras personas como pueden ser los abuelos, ya que estos pueden ser una ayuda esencial para el cuidado de los hijos en momentos en que los padres puedan verse desbordados al no tener la experiencia suficiente e incluso la madurez necesaria para hacerse cargo de los menores de una manera íntegra y satisfactoria.

Además de estos motivos individualizados, el juez debe ponderar las circunstancias con base en una serie de criterios conjuntos, es decir, no debe dictar una resolución de tal magnitud si no dispone de los motivos suficientes para ello, por lo que se deberá ponderar conjuntamente siempre en interés del menor todas las circunstancias que ciñen el supuesto y de manera excepcional retirar la guarda y custodia al progenitor en cuestión.

Un ejemplo lo tenemos en el supuesto por el cual un progenitor delega el cuidado del menor en una tercera persona y a la vez, tiene su domicilio en otra población, por lo que puede darse el supuesto de que un criterio no sea suficiente para el juez para retirar la guarda y custodia, pero la valoración de otros motivos termina provocando que la guarda y custodia del menor la ejerza el otro progenitor de manera exclusiva.

Otra circunstancia que se debe tener en cuenta es la alta conflictividad que pueda existir entre los progenitores, que puede coincidir con el domicilio en poblaciones distintas y con la delegación del cuidado del menor en terceras personas, siendo suficientes los motivos para que el juez se decante por una u otra decisión.

Por todos los supuestos analizados con anterioridad, considero que el juez a la hora de retirar la guarda y custodia a un progenitor, deberá tener en cuenta varios factores, todos los criterios que tenga disponible siempre en beneficio del menor, intentando que el menor pueda disfrutar de ambos progenitores por periodos similares siempre que sea posible y como última opción y en el supuesto por el cual la delegación del cuidado del menor en terceras personas sea reiterada y permanente entonces sí que otorga la guarda y custodia de manera exclusiva al otro progenitor. Por lo tanto, esto debe ser la excepción y se deberá buscar todo aquello que pueda garantizar una guarda y custodia compartida sin mayores problemas.

Cabe reiterar que la delegación del cuidado del menor en terceras personas, como pueden ser los abuelos, debe ser permanente por lo que si es puntual o en casos excepcionales no deberá haber ningún problema debido a que el contacto con los abuelos debe producirse para mantener ese vínculo que considero muy importante para

el crecimiento de los menores y un derecho para los mismos abuelos, recogido en el artículo 160 CC.

En conclusión, son los progenitores quienes están obligados a cumplir con la responsabilidad del cuidado de los menores y la ayuda en otros familiares no puede ser sustitutiva sino complementaria siempre partiendo del interés del menor. El juez considerará si dicha ayuda es permanente o no y si unida a otros criterios como hemos destacado con anterioridad, hace conveniente establecer un régimen de guarda y custodia compartida, evaluando cada supuesto en concreto con mucha cautela ya que los más perjudicados son los menores. Deberá de esta manera valorar las circunstancias que han llevado al progenitor a delegar el cuidado de su hijo en terceras personas, considerar su capacidad organizativa en el cuidado de los menores y si ha intentado modificar su horario laboral a uno más flexible o si ha intentado cambiar de domicilio a la misma población que el otro progenitor y ya, como último recurso, retirar la custodia del menor.

### **2.6.3. El criterio de la doctrina. Aciertos y límites**

Una vez que se ha llevado a cabo el estudio de la problemática de delegar el cuidado de los menores en terceras personas desde una perspectiva jurisprudencial, se debe tener en cuenta la valoración de la doctrina al respecto.

El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos ha existido siempre y se encuentra regulado en el artículo 160 CC. El problema surge cuando en vez de tratarse de un derecho, se trata de una obligación, produciéndose en muchas ocasiones lo que se denomina como el “síndrome del abuelo esclavo” y que se puede definir como la sensación de obligación que padecen los abuelos cuando de manera reiterada y sistemática le encargan el cuidado de los menores.

Como se ha destacado a lo largo de este estudio, la obligación de velar por el cuidado de los hijos menores corresponde a los progenitores y aunque deba de prevalecer el interés del menor en todo momento, también deberá tenerse en cuenta el interés de los abuelos que no deberán sentirse como si de una condena se tratase, debido a que son los progenitores quienes deberán hacerse cargo de las relaciones paterno-filiales.

Numerosos estudios, determinan que dos de cada tres abuelos dedican parte de su tiempo al cuidado de sus nietos y más concretamente, un estudio realizado por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) en 2010, reveló que el 70% de

los mayores de 65 años se encargan del cuidado de sus nietos con una media de 6 horas diarias.

Durante años atrás, esta práctica era considerada como algo habitual, pero es en la actualidad donde los tribunales están comenzando a penalizar esta conducta mediante la modificación de medidas a favor del otro progenitor a causa de esta delegación permanente, como se ha podido analizar en las sentencias expuestas con anterioridad.

Cabe destacar, que no es sencillo demostrar que se esté produciendo esa delegación reiterada del cuidado de los menores en los abuelos o en otros familiares y suele llevarse a cabo mediante la testificación de terceras personas como pueden ser los vecinos o incluso los detectives privados<sup>35</sup>.

Otra cuestión que se debe tener en cuenta es la carga laboral que hay en nuestra sociedad y que provoca que la red familiar cobre una mayor importancia a la hora de poder realizar todas las actividades de los menores, motivo suficiente para considerar que únicamente se deberá retirar la guarda y custodia a un progenitor cuando la delegación en terceras personas sea reiterada, sistemática y continua. Este es el motivo por el cual los progenitores que tengan a un menor bajo su custodia, y más concretamente, en el momento de adoptar el régimen de guarda y custodia tras la separación o divorcio, deberán valorar si están capacitados para llevar a cabo el cuidado del menor durante el periodo que se haya establecido de manera previa<sup>36</sup>.

Por lo tanto, el trabajo a turnos o con horario poco flexible, no es motivo por sí solo para denegar la guarda y custodia a un progenitor y estas condiciones laborales no deben suponer una barrera para el juez, siempre y cuando no suponga delegar de manera permanente el cuidado del menor en otra persona y siempre que quede reflejado de forma detallada cómo se va a llevar a cabo ese cuidado, es decir, mediante la redacción de un plan de parentalidad<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> SAINZ RODRÍGUEZ, E.: «Cuando los abuelos se convierten en los padres», disponible en <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/familia/cuando-los-abuelos-se-convierten-en-los-padres-2019-06-26/> (consulta de 08/08/2020).

<sup>36</sup> BARREDO, I.: «Síndrome del abuelo esclavo. Pérdida de custodia», disponible en <http://www.barredoabogados.com/sindrome-del-abuelo-esclavo-perdida-de-custodia/> (consulta de 09/08/2020).

<sup>37</sup> TAMARGO, M.: «Trabajo del progenitor y custodia compartida», disponible en <http://www.abogadoaviles.com/es/noticias/ficha/TRABAJO%20DEL%20PROGENITOR%20Y%20CUSTODIA%20COMPARTIDA> (consulta de 05/08/2020).

El plan de parentalidad debe concretar la forma en la que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales, haciéndose constar el compromiso que asume cada progenitor en cuanto a la guarda, custodia y cuidado de los hijos.

El Tribunal Supremo, se ha pronunciado en distintas ocasiones acerca de la importancia que tiene la elaboración de un plan de parentalidad a la hora de conceder o no la guarda y custodia compartida, debido a que el juez debe conocer la manera en que se va a desarrollar la guarda y custodia así como también los aspectos más esenciales como son el lugar donde residen ambos progenitores, el compromiso sobre las tareas cotidianas y la información que deberá proporcionarse acerca de la educación y el bienestar, así como el tiempo de estancia con uno u otro progenitor que deberá realizarse atendiendo a los principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores<sup>38</sup>.

Finalmente, y como se ha podido destacar a lo largo de este análisis doctrinal, hay que realizar una distinción entre colaborar en el cuidado del menor por parte de los abuelos y que ellos mismos sean quienes asuman directamente el cuidado de sus nietos. Por lo tanto, la ayuda de los abuelos es fundamental al considerarse un gran apoyo para los progenitores, pero no deberán asumir los deberes y obligaciones de los progenitores. Los abuelos tienen una disponibilidad incondicional, pero ello no debe servir para que se conviertan en “abuelos esclavos”<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, N.: «Plan de corresponsabilidad parental», *Diario La Ley* N° 9583, Sección Tribuna, Sevilla, 2020, pp. 1 a 4.

<sup>39</sup> MONROY ALZATE, P.: «Custodia compartida y colaboración de los abuelos», disponible en <https://www.am-abogados.com/blog/custodia-compartida-y-colaboracion-de-los-abuelos/6037/> (consulta de 27/07/2020).



### **3. LA PROBLEMÁTICA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN RELACIÓN CON EL ESTADO DE ALARMA OCASIONADO POR LA COVID-19**

#### **3.1. Medidas a adoptar por los progenitores en relación con los Decretos promulgados por el Gobierno**

El estado de alarma llevado a cabo por el Gobierno a consecuencia de la pandemia que nos está tocando vivir, provocó que se lleven a cabo una serie de medidas excepcionales en toda la población, centrando nuestro estudio en la problemática que provocó esta situación en relación con la guarda y custodia compartida tras un proceso de separación o divorcio y la conducta que se llevó a cabo por parte de los progenitores.

Estas medidas se encontraban reguladas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo y provocaron cierto desconcierto en los progenitores separados o divorciados con menores en común, con relación a la limitación en la libertad de movimiento y el alcance de dichas medidas. En concreto, se debe destacar el artículo 7.d por el cual se establecían las actividades que se encontraban permitidas para poder circular por la vía pública, entre la que destacaba la de regresar al lugar de residencia y que debían realizarse de manera individual a excepción de que el acompañante sea una persona mayor, con discapacidad o menor, o exista causa justificada.

Por lo tanto, los progenitores separados que tenían a uno o varios menores bajo su custodia no estaban infringiendo la norma y los hijos podían desplazarse de un domicilio a otro siempre y cuando regresasen a su residencia habitual, es decir, que el desplazamiento fuera únicamente para el traslado de una residencia a otra, ya que el menor disponía de dos domicilios habituales. Además, debían llevarse a cabo las precauciones sanitarias necesarias para evitar dentro de lo posible el contagio, minimizando los riesgos en virtud del interés superior del menor.

Sin embargo, los supuestos de custodia compartida por los cuales los progenitores habían establecido visitas esporádicas para tener un mayor contacto con los menores debían quedar suspendidos hasta que el Gobierno estimase que fuese oportuno según la evolución de la pandemia, con la finalidad de reducir las probabilidades de contagio tanto para los menores como para los mismos progenitores.

Además, podíamos encontrarnos ante la situación por la cual el menor padeciese síntomas relacionados con la COVID-19, motivo más que justificado para que todas las medidas adoptadas tras la ruptura quedasen suspendidas, debiendo el menor llevar a

cabo un aislamiento o cuarentena, a excepción de que el menor por estado de necesidad y en virtud del artículo 7.g del Real Decreto 263/2020, quedase desasistido por el progenitor custodio en ese momento, situación que permitía la delegación de su cuidado en el otro progenitor.

A su vez, los progenitores durante los periodos de traslado del menor de un domicilio a otro debían establecer las medidas y precauciones sanitarias para evitar dentro de la medida de lo posible el contagio, minimizando los riesgos todo lo posible en virtud del interés superior del menor.

Cabe concluir señalando que nos encontramos ante una situación excepcional y si un progenitor durante ese periodo de estado de alarma se vio obligado a no disfrutar del cuidado de su hijo durante el tiempo estipulado, puede alegar dichos motivos ante un juez para que pueda recuperar ese periodo no disfrutado con el menor<sup>40</sup>.

Además del Real Decreto 263/2020 dictado por el Gobierno, se llevaron a cabo una serie de acuerdos a nivel sectorial, adoptados por los distintos juzgados de familia acerca del régimen de guarda, custodia y visitas COVID-19 llevando la atención de manera particular al acta dictada por la junta sectorial de jueces de familia y discapacidad, convocada de manera extraordinaria el 23 de marzo de 2020 en Alicante<sup>41</sup>, que reiteraba lo expuesto con anterioridad, es decir, traía a colación el artículo 7.d que amparaba la continuidad del régimen de guarda y custodia compartida y al traslado de los menores a su residencia habitual.

Por ello, el acta autorizaba el desplazamiento del menor a sus dos domicilios en supuestos de guarda y custodia compartida, considerándose como una ventaja el hecho por el cual, como norma general, los periodos de cambio de domicilio por parte del menor fuesen breves debido a una de las características de este régimen de custodia compartida, al disponer cada progenitor de un periodo mayor a la hora de estar con su hijo. De esta manera los desplazamientos se producen de manera menos reiterada que si se tratase de un régimen de guarda y custodia monoparental, por el régimen de visitas que este conlleva.

<sup>40</sup> GONZÁLEZ, DEL POZO, J.C.: «La incidencia de la declaración del estado de alarma de 14 de marzo de 2020 en el régimen de custodia y visitas de los menores», *Diario La Ley* Nº 9600, 2020, pp. 1 a 7.

<sup>41</sup> <http://www.icali.es/wp-content/uploads/2020/03/Acta-junta-sobre-régimen-guarda-custodia-y-visitas-COVID-19.pdf>

Otra cuestión que se debió tener en cuenta fue la manera en que iba quedar regulado el régimen de visitas en favor de los abuelos, señalando el acta que lo más recomendable era evitar el contacto con los menores al considerarse un colectivo muy vulnerable.

A pesar de que se permitía el traslado del menor de un domicilio a otro, los progenitores debían respetar las indicaciones de las autoridades sanitarias en cuanto a las recomendaciones u obligaciones y en caso de que se produjese el traslado se debía llevar encima por parte del progenitor en cuestión, una copia de la resolución judicial en la cual quedase reflejado el régimen de guarda y custodia pertinente por si en algún momento fuese solicitado por las autoridades.

Además, se debía considerar la manera de proceder en el supuesto en el cual estuviese previsto el intercambio del menor entre ambos progenitores durante el periodo lectivo y más concretamente cuando se establecía dicho intercambio a la hora de salir de clase. El acta indicaba una solución al respecto, estableciendo que dicho intercambio se ejecutaría en el domicilio del progenitor en el cual finalizase el plazo de custodia, respetando la fecha y hora prevista de inicio.

En conclusión, cabe señalar que a pesar del permiso del que disponían los progenitores para poder circular en supuestos de guarda y custodia compartida, si los progenitores lo consideraban como un problema innecesario, podían modificar el régimen de custodia a uno de exclusiva de manera excepcional y temporal o modificar los tiempos de custodia compartida, siempre de común acuerdo como hemos expuesto con anterioridad, ya sea por motivos laborales de uno de los progenitores o únicamente para prevenir un posible contagio en beneficio del menor. Por lo tanto, esta situación no era considerada como un incumplimiento de la resolución judicial ejercida con anterioridad con relación a las condiciones a establecerse tras la separación o divorcio<sup>42</sup>.

<sup>42</sup> AZEUSTRE GARRIDO, M.: «Recopilación de criterios judiciales e institucionales sobre custodias y regímenes de visitas durante el estado de alarma decretado por el coronavirus», disponible en <https://www.aeafa.es/files/noticias/ebookcoronavirus.pdf> (consulta de 10/08/2020).

### 3.2. Búsqueda y análisis de supuestos reales

Durante este apartado del trabajo, se va a llevar a cabo un análisis jurisprudencial relacionado con las medidas que se llevaron a cabo por parte del Gobierno, como consecuencia del estado de alarma y que afectaron a los progenitores con hijos menores y más concretamente, a la manera en la que se debía ejercer la custodia compartida. Estas medidas adoptadas y que en la actualidad no se encuentran vigentes, provocaron una serie de discrepancias entre los progenitores que se resolvieron, muchas de ellas, en los juzgados y tribunales de nuestro país.

La primera resolución que se va a analizar trata sobre un auto dictado por el JPI Santa Cruz de Tenerife núm. 86/2020 de 3 de abril de 2020<sup>43</sup>, referente a la limitación de la libertad de circulación durante el periodo de confinamiento.

Más concretamente, la progenitora demanda al progenitor solicitando ante el juez la suspensión del régimen de custodia compartida, de manera provisional a consecuencia de la COVID-19 y en beneficio del menor que tienen en común. Ambos progenitores son sanitarios, pero la demandante se encuentra de baja maternal siendo el demandado quien continúa desempeñando sus funciones y aunque haya dado negativo en la prueba que le realizaron, se encuentra constantemente con pacientes con síntomas de COVID por lo que supone un riesgo innecesario para el menor durante el periodo de tiempo en el cual convive con su padre.

En contraposición, el demandado considera que no existe riesgo alguno en su trabajo, debido a que se encuentra suficientemente protegido.

El juez considera que lo más recomendable es suspender de manera provisional el régimen de custodia compartida, ejerciendo la madre la custodia del menor hasta que se reincorpore a su puesto de trabajo, momento a partir del cual también estará en riesgo de contagio.

Además, en el auto de la demanda interpuesta por la progenitora queda prevista la compensación del periodo de tiempo por el cual el padre no puede disfrutar del menor.

En conclusión, el juez establece que el interés superior del menor y más concretamente su salud, que deberá quedar protegida en el domicilio materno hasta el cese del estado de alarma y la progenitora deberá facilitar que el progenitor pueda mantener videoconferencias con el menor mediante las aplicaciones que consideren oportunas.

<sup>43</sup> Aranzadi JUR 2020\158985.

La segunda resolución que se va a analizar hace referencia a un auto dictado por el JPI Barcelona núm. 81/2020 de 26 de marzo<sup>44</sup>, en relación con la suspensión o no del régimen de custodia compartida durante el periodo de confinamiento.

Más concretamente, se trata de una solicitud de jurisdicción voluntaria en la cual el juez no admitirá a trámite.

En este caso, la demandante y madre de los menores, solicita que se suspenda de manera cautelar la rotación de los turnos de custodia compartida, mientras dure el estado de alarma, otorgándose la guarda y custodia de los menores a la progenitora. El juez considera que no se desprenden elementos objetivos para que los menores deban de estar solamente con un progenitor, sino más bien se aducen criterios subjetivos, ya que la madre considera que es un riesgo e indica que su domicilio es más apropiado y el estado de alarma no legitima el incumplimiento de las resoluciones judiciales por lo que deberá respetarlo.

La custodia deberá ejercerse de manera compartida con la única excepción que alguno de los dos progenitores presente síntomas de contagio.

Además, ambos progenitores pueden ponerse de acuerdo para modificar el régimen de estancia con los menores con la finalidad de que pasen este periodo de estado de alarma con la mayor normalidad posible.

Otro supuesto real es el auto dictado por el JPI Barcelona, núm. 74/2020 de 20 de marzo<sup>45</sup> en referencia a la guarda y custodia de una menor durante el periodo de cuarentena decretado por el Gobierno tras el estado de alarma. Más concretamente, la demandante solicita mediante la formulación de un acto de jurisdicción voluntaria, la facultad para poder recoger a su hija del domicilio de los abuelos paternos, lugar donde está viviendo al encontrarse el progenitor en cuarentena por síntomas de contagio de coronavirus. La progenitora considera que el periodo de tiempo que corresponde al progenitor ha finalizado y que es ella quien tiene que disfrutar de una manera inmediata de su hija motivo por el cual, solicita el poder recoger a su hija del domicilio de los abuelos paternos.

El juez no admitirá a trámite la solicitud presentada por la progenitora debido a que nos encontramos ante el decreto de un estado de alarma en todo el territorio nacional,

<sup>44</sup> Aranzadi JUR 2020\103265.

<sup>45</sup> Aranzadi JUR 2020\103797.

añadiendo que la convivencia de la menor con los abuelos paternos “no genera un riesgo inmediato y urgente para su seguridad o salud”.

Sin embargo, en el momento en el que la progenitora pueda disponer del cuidado de la menor, la mantendrá bajo su guarda y custodia hasta que el otro progenitor se haya sanado completamente, por lo que quedará suspendida la guarda y custodia compartida hasta dicho momento.

En conclusión, se inadmite a trámite la solicitud de jurisdicción voluntaria presentada por la demandante, considerando el juez que no se considera conveniente que la progenitora recoja a la menor durante el periodo del estado de alarma, debido a que se deberá llevar a cabo un ejercicio responsable de la patria potestad al fin de evitar la propagación del virus.

El estudio de la última resolución que se va a tratar versa sobre un auto dictado en el JPI Barcelona, auto núm. 80/2020 de 25 de marzo<sup>46</sup> en el cual el progenitor y demandante, presenta demanda de ejecución de sentencia de divorcio durante el periodo de estado de alarma por la crisis sanitaria del coronavirus. En dicha demanda, solicita que la demandada cumpla con el régimen de estancias establecido en el régimen de custodia compartida.

La demandada se negó a delegar a los menores que tienen en común al otro progenitor, basando su fundamento en que los jueces de familia tras la declaración del estado de alarma habían considerado oportuno suspender el régimen de estancias. Por otro lado, el demandante solicita la entrega de los menores de manera inmediata y el juez considera que no se puede admitir la demanda de ejecución de sentencia formulada por el progenitor debido a que no genera un riesgo inmediato y urgente para la seguridad y salud de los menores estar con la madre.

No obstante, en base al acuerdo de los jueces de familia, el estado de alarma no es motivo para incumplir las resoluciones judiciales por lo que se insta a las partes para que regulen el régimen de custodia compartida en función del desarrollo del coronavirus sin necesidad por lo tanto de que sea suspendido a no ser que se presenten síntomas de contagio por parte de alguno de los progenitores.

<sup>46</sup> Aranzadi JUR 2020\102946.

### 3.3. Valoración del riesgo del menor

Durante la vigencia del estado de alarma el régimen de guarda y custodia compartida se mantuvo vigente siempre y cuando no se produjesen circunstancias excepcionales que recomendasen evitar el traslado del menor al lugar de residencia del otro progenitor, porque pudiese suponer un riesgo para la salud del menor.

Así quedó establecido, como norma general, en las principales juntas de jueces de familia, convocadas con razón de la pandemia que, en la actualidad, nos está tocando sufrir.

Entre las circunstancias excepcionales que debieron tenerse en cuenta, destacaba el desplazamiento del menor a un lugar geográfico en el cual el nivel epidemiológico se encontrase por encima de la media, motivo suficiente para que aumentase el riesgo de contagio por parte del menor.

Además, los progenitores que tenían distribuida la guarda y custodia de los menores por semanas alternas, podían continuar de dicho modo, pero con el fin de evitar desplazamientos innecesarios, si los periodos no se encontraban establecidos por semanas alternas los progenitores debían, de mutuo acuerdo, modificarlos de manera excepcional estableciendo una nueva distribución, valorando en todo momento las necesidades y el riesgo que podían suponer las medidas adoptadas por parte de los progenitores.

Por lo tanto, los acuerdos adoptados entre ambos progenitores, debían reducir los intercambios a periodos semanales e incluso mensuales siempre en beneficio del menor, aumentando de esta manera las telecomunicaciones entre el progenitor que en dicho periodo no tenga al menor<sup>47</sup>.

Por otro lado, GONZÁLEZ DEL POZO<sup>48</sup>, redactó una tesis destacando alguno de los criterios resaltados con anterioridad. En referencia a la valoración del riesgo del menor, mencionó el supuesto por el cual debían quedar suspendidas las visitas inter semanales por parte de los progenitores, para evitar un riesgo adicional de contagio por parte del menor.

<sup>47</sup> AZEUSTRE GARRIDO, M.: «Recopilación de criterios judiciales e institucionales sobre custodias y regímenes de visitas durante el estado de alarma decretado por el coronavirus», disponible en <https://www.aeafa.es/files/noticias/ebookcoronavirus.pdf> (consulta de 10/08/2020).

<sup>48</sup> GONZÁLEZ, DEL POZO, J.C.: «La incidencia de la declaración del estado de alarma de 14 de marzo de 2020 en el régimen de custodia y visitas de los menores», *Diario La Ley* Nº 9600, 2020, pp. 1 a 7.

Además, si algún progenitor, durante ese periodo de estado de alarma, padecía síntomas de contagio, el menor debía permanecer con el otro progenitor hasta que se cumpliera el periodo correspondiente de cuarentena, quedando suspendido durante ese periodo y de manera excepcional el régimen de custodia compartida.

En el supuesto por el cual fuese el menor quien padeciese síntomas de contagio, debía permanecer en aislamiento debiendo uno de los progenitores hacerse cargo de sus cuidados tomando todas las recomendaciones posibles para evitar el contagio.

Cabe destacar también que el progenitor que se encontrase cuidando del menor durante el periodo que le correspondía, debía facilitar al otro progenitor toda la información sanitaria referente al hijo que tienen en común, tanto de los síntomas que pudiese presentar como del tratamiento recibido con posterioridad.

En conclusión, ambos progenitores debían de extremar las precauciones para evitar el contagio del menor, teniendo especialmente cuidado en el supuesto de desplazarse de un domicilio a otro, así como dentro de la vivienda del progenitor, procurando reducir al máximo las posibles consecuencias negativas que pudiesen producir las conductas negligentes de los progenitores en la salud del menor.

### **3.4. Distintas interpretaciones**

Tras la declaración del estado de alarma y en los supuestos de separación o divorcio, son muchas las dudas de los progenitores acerca de si se debía mantener vigente el régimen de custodia compartida o, de lo contrario, era conveniente suspenderlo.

El artículo 7, apartado e, del Real Decreto 263/2020, establecía que quedará permitida la libertad de movimiento siempre que fuese para la “asistencia y cuidado de mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables”.

El análisis de este precepto daba lugar a dos posibles interpretaciones. En primer lugar, se encontraba la doctrina que consideraba que esta afirmación reflejada en el Real Decreto tenía un carácter positivo, permitiendo la libertad de movimiento en este en el supuesto de cuidado y asistencia a menores, quedando de esta manera amparada la continuidad de la vigencia del régimen de guarda y custodia compartida. Más concretamente, quedaba permitido por parte de los progenitores acudir al lugar de residencia del otro progenitor para llevar al menor, debido a que los hijos cuyos padres



se encontrasen separados y bajo el régimen de guarda y custodia compartida, disponían de dos residencias habituales.

Esta postura se vio reforzada al considerar que las resoluciones judiciales son de obligado cumplimiento, incluso durante la situación excepcional en la que se encontraba el país.

En contraposición a la primera vertiente, nos encontramos con otra parte de la doctrina que consideraba que el menor no se encontraba desatendido ni descuidado, por lo que no se le podía aplicar el artículo 7, apartado e. Se basaba la fundamentación en que para quedar amparados por el artículo 7, apartado e, los menores previamente se debían encontrar desasistidos o desatendidos y no era así, pudiendo interpretarse el artículo solamente para el supuesto mediante el cual el progenitor que se encontrase custodiando a los menores, debiese ausentarse por motivos laborales o por motivos excepcionales como atender a una tercera persona o salir del domicilio a por alimentos o para realizar la compra de algún medicamento, motivos más que justificados para que se hiciese cargo del menor el otro progenitor, permitiendo a la madre el traslado del menor al domicilio del otro progenitor, siempre que únicamente tuviese un hijo, ya que de lo contrario, se debía hacer uso del transporte público, por la prohibición que se estableció durante ese periodo de tiempo de no poder ir más de dos personas dentro del mismo vehículo<sup>49</sup>.

Este tipo de interpretaciones se encontraron respaldadas por las distintas juntas de jueces convocadas a lo largo de nuestro territorio, de manera extraordinaria, como consecuencia del estado de alarma decretado por el Gobierno.

Como norma general, la mayor parte de los juzgados y tribunales consideraban que lo más conveniente era que continuase en vigor el régimen de custodia compartida con los mismos efectos que antes del establecimiento del estado de alarma, a excepción de las visitas inter semanales sin pernocta establecidas en el régimen de custodia compartida y que debían ser suspendidas debido al riesgo innecesario que esta situación supone para la salud del menor al tratarse de periodos muy breves. Así quedó reflejado por un estudio llevado a cabo por la Asociación Española de Abogados de Familia (AEFA),

<sup>49</sup> REY GONZÁLEZ, P.: «Estado de alarma. ¿Se incurre en incumplimiento de la resolución judicial que regula las medidas de los progenitores con los menores si no se cumple en sus propios términos?», *Diario La Ley* N°9607, 2020, pp. 1-2.

manteniéndose el 77% de los jueces convocados en las distintas juntas, a favor del mantenimiento del régimen de custodia compartida<sup>50</sup>.

Excepcionalmente, en alguna junta de jueces como es la que se llevó a cabo en Málaga<sup>51</sup>, quedaron suspendidos los regímenes de custodia compartida, debiendo los menores convivir de manera permanente con uno de los progenitores, sin que se pudiese llevar a cabo el traslado con el otro progenitor hasta que no finalizase el estado de alarma. Se basó su fundamento en que era innecesario que los menores quedasen expuestos al riesgo de contagio, suponiendo un claro riesgo tanto para la salud en general como para la de los propios menores debido a las posibilidades de contagio de los propios menores, que se veían duplicadas, así como el riesgo de poder contagiar a terceras personas.

En dicha junta, se consideró que el número de traslados que se estaba llevando a cabo a nivel nacional, rompía con las medidas de aislamiento establecidas por el Gobierno mediante Decreto.

Además, se consideraba por parte de dichos jueces, que los traslados efectuados por parte de los progenitores para el cumplimiento de los periodos de custodia compartida, no se encontraban regulados como motivo de excepción en ninguno de los artículos del Real Decreto, quedando sin aplicación el artículo 7 apartado e del Real Decreto 463/2020 en el cual quedaba permitido el desplazamiento para la atención y cuidado de los menores debido a que los menores ya estaban siendo cuidados y atendidos por el otro progenitor.

También, cabe considerar que el hecho de que el menor no pudiese convivir con ambos progenitores de forma alterna, no suponía un daño irreparable para el hijo, ya que se trata de una situación de carácter temporal, estableciéndose la posterior compensación del periodo de tiempo no disfrutado por parte de un progenitor, al finalizar esa situación excepcional y se debía mantener contacto telemático con el menor mientras esa situación permaneciese vigente.

Además, se debió advertir a los progenitores implicados en estas medidas que fueron adoptadas por el Gobierno, de que la situación excepcional en la que se encontraba el país no debía servir como excusa para el incumplimiento de las medidas establecidas en

<sup>50</sup> Documento disponible en <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/el-77-de-los-jueces-mantiene-la-custodia-compartida-durante-el-estado-de-alarma-por-coronavirus/> (consulta de 11 de agosto de 2020).

<sup>51</sup> Acuerdo de fecha 18 de marzo de 2020 de los Jueces de familia del partido judicial de Málaga.

las resoluciones judiciales, siendo las partes quienes debían adaptar las visitas a estas circunstancias por el interés superior de los menores y de manera provisional mientras perdurase esta excepcional situación<sup>52</sup>.

En conclusión, GONZÁLEZ DEL POZO consideraba que nos encontrábamos ante tres tipos de interpretaciones, formuladas tanto por los distintos juzgados de familia como en diferentes foros como son AEAFA, por la Sección de Derecho de Familia del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, de Barcelona, etc.

Por un lado, nos encontramos en la posición que negaba que el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, tuviere incidencia alguna en el régimen de guarda y custodia compartida, manifestando que dicho régimen debía continuar cumpliéndose en los criterios establecidos en la sentencia o el convenio. Además, también debían continuar ejecutándose las visitas inter semanales, en los supuestos de custodia compartida, así como las vistas durante los fines de semana. Esta postura, basaba su fundamentación en el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el obligado cumplimiento de las resoluciones judiciales, por lo que el Real Decreto 463/2020 no debía dejar en suspenso lo establecido de manera previa en una sentencia debido a que tampoco efectuaba una prohibición expresa de ello. Esta postura que fue sostenida por los Abogados de Familia, que consideraron oportuno mantener el permiso en los traslados del menor entre los domicilios de los progenitores, amparado por el artículo 7, apartado e), de dicho Real Decreto.

Entrando más en profundidad, en el apartado g de este mismo artículo, que permitía la circulación de personas y vehículos por la vía pública a causa de estado de necesidad, siempre que considerásemos como una necesidad el hecho de que tuviese que cumplirse la sentencia de separación o divorcio en todos sus términos. También se debe traer a colación el artículo 7, apartado h), que hacía referencia a “cualquier otra actividad de análoga naturaleza”.

En contraposición a la postura mantenida con anterioridad, distintos expertos consideraban que únicamente quedaba permitido el tránsito por la vía pública en el supuesto por el cual el menor fuese de una residencia habitual a la otra. En el supuesto de la custodia compartida no generaba ningún problema pues el menor dispusiese de

<sup>52</sup> AZEUSTRE GARRIDO, M.: «Recopilación de criterios judiciales e institucionales sobre custodias y regímenes de visitas durante el estado de alarma decretado por el coronavirus», disponible en <https://www.aeafa.es/files/noticias/ebookcoronavirus.pdf> (consulta de 10/08/2020).

dos residencias habituales. Es en el caso de la custodia a favor de un único progenitor donde se podía apreciar como no quedaban amparados por este precepto establecido en el Real Decreto en su artículo 7 apartado d) debido a que no se podía llevar a cabo el régimen de visitas pues el menor únicamente disponía de una residencia habitual.

En tercer y último lugar, nos encontramos con los profesionales en la materia que consideraban que los progenitores podían mantener el régimen de guarda y custodia compartida siempre y cuando fuese posible garantizar el menor riesgo de contagio para el menor y consideraban que no podía ser valorado de la misma manera el supuesto por el cual el menor debía acudir a otra población distinta o que ambos progenitores habitasen en la misma población. También se debía tener en consideración, el supuesto por el cual progenitores vivían en poblaciones distintas, cuál de las dos poblaciones tenía un mayor índice de contagios, debiéndose valorar de manera primordial el riesgo del menor, así como el supuesto por el cual uno de los dos progenitores conviviese con personal de riesgo como pueden ser los abuelos, por lo que se tenía que atender a cada circunstancia de manera individualizada y los progenitores debían de actuar con la mayor sensatez posible<sup>53</sup>.



<sup>53</sup> GONZÁLEZ, DEL POZO, J.C.: «La incidencia de la declaración del estado de alarma de 14 de marzo de 2020 en el régimen de custodia y visitas de los menores», *Diario La Ley* Nº 9600, 2020, pp. 1 a 7.

## CONCLUSIONES

**Primera.-** La guarda y custodia es una parte integrante de la patria potestad y consiste fundamentalmente en el cuidado y atención diaria de los menores. Durante el periodo en el que los progenitores viven juntos, este concepto va implícito dentro de la patria potestad, pero será en los procesos de separación o divorcio, donde ambos conceptos podrán actuar de manera más independiente, correspondiendo el cuidado y las prestaciones diarias del menor al progenitor que en ese momento lo tenga bajo su custodia.

Es por ello que los progenitores, ya sea de mutuo acuerdo o sin acuerdo previo, mediante resolución judicial, deberán elegir el tipo de guarda y custodia que se va a ejercer en beneficio del interés del menor.

Consideramos que la guarda y custodia no debe consistir únicamente en convivir con el menor, ni en ofrecerle los cuidados y la educación necesaria a los mismos, sino que deber ir más allá, procurando garantizar al menor que su crecimiento y desarrollo se vaya a realizar en las mejores condiciones tanto físicas como psicológicas, procurando en todo momento que el menor no sienta la sensación de abandono o desapego por parte de los progenitores. De esta manera, la guarda y custodia genera una serie de garantías y derechos en favor del menor y una serie de obligaciones por parte de los progenitores que, de no cumplirse, podrán dar lugar a la retirada de la guarda y custodia.

**Segunda.-** Pese a que durante varios años nuestro ordenamiento jurídico optó por darle preferencia al régimen de guarda y custodia monoparental, en la actualidad son cada vez más los jueces que consideran que el sistema más recomendable a implantar entre los progenitores, es el de la guarda y custodia compartida.

La custodia compartida se fundamenta en el “interés superior del menor” por lo que todas las decisiones adoptadas deberán ir dirigidas a satisfacer y garantizar dicho interés. Consideramos que el régimen de guarda y custodia compartida es el que más beneficios provoca para el menor, porque de esta manera se le permite poder disfrutar de la compañía habitual de ambos progenitores durante periodos similares, otorgándole la posibilidad de poder criarse y ser educado por ambos, ofreciéndose con ello al menor un desarrollo más normalizado en las relaciones paterno-filiales tras un proceso de separación o divorcio.

**Tercera.-** Creemos que la custodia compartida supone un gran esfuerzo por parte de los progenitores que, una vez han visto terminada su relación de pareja, deberán diferenciarla de la relación como padres, en la que deberán de dialogar y negociar las distintas decisiones que puedan surgir, interponiendo siempre el bienestar de los menores.

En contraposición, debemos destacar que, aunque este tipo de régimen sea considerado el más beneficioso para el interés del menor, nos encontraremos con una serie de excepciones que no hacen recomendable su implantación. Las excepciones que estimamos oportunas analizar por su relevancia, son las que discurren en torno a la relación y conflictividad entre ambos progenitores, ya que se puede considerar que la base de la custodia compartida es la buena comunicación y entendimiento entre los progenitores, y la convivencia hostil de los mismos puede acabar provocando problemas emocionales en el menor.

En el supuesto mediante el cual los progenitores no consigan llegar a un acuerdo para establecer un régimen u otro, consideramos un acierto que sean los jueces quienes lo decidan, siempre y cuando valoren todas las circunstancias en beneficio del interés del menor, ya que una decisión desacertada a la hora de decidir qué régimen debe establecerse, puede provocar cierta inestabilidad emocional ya que uno de los progenitores puede hacerse cargo del cuidado del menor de manera forzosa e impuesta por el juez.

**Cuarta.-** Un problema cada vez más extendido en la actualidad es el referido a la retirada de la custodia compartida a uno de los progenitores como consecuencia de delegar de manera permanente el cuidado de los menores en abuelos u otros familiares.

Consideramos que esta cuestión por sí sola no debe ser motivo suficiente para retirar la guarda y custodia compartida a uno de los progenitores a menos que la delegación del cuidado del menor en terceras personas sea total y se produzca de manera reiterada.

Los abuelos tienen regulado por ley su derecho a poder estar con sus nietos; además, no se puede desconocer el beneficio que puede suponer esa relación de convivencia para el menor a nivel emocional.

Por ello, el juez deberá valorar todas las circunstancias que han llevado a un progenitor a tomar la decisión de delegar el cuidado del menor en terceras personas, así como realizar un estudio acerca de si el progenitor ha intentado modificar esas circunstancias

que le impedían atender al menor durante el tiempo necesario, como puede ser mediante la reducción de la jornada laboral para poder permanecer más tiempo con el menor.

Varios son los motivos que pueden provocar que un progenitor no pueda hacerse cargo del cuidado diario del menor, entre los que cabe destacar la vida laboral o la desatención de manera voluntaria.

Esta última decisión, a nuestro juicio, deberá ser motivo suficiente para que el juez decida retirar la custodia compartida a un progenitor, al sustituir de manera voluntaria sus obligaciones paterno-filiales, delegando su cuidado de manera reiterada y permanente en terceras personas.

**Quinta.-** Nuestra intención es defender que el menor pueda mantener un contacto directo y estable con ambos progenitores durante periodos similares, pero mantenemos la creencia de que esta situación no será posible cuando, junto a la delegación permanente del cuidado del menor en terceras personas, puedan producirse otras circunstancias que desaconsejen la custodia compartida. Estas pueden ser un alto grado de conflictividad entre los progenitores o que ambos convivan en poblaciones distintas, pudiendo suponer la distancia entre los domicilios un inconveniente que se deberá tener en cuenta para el ejercicio de la custodia compartida.

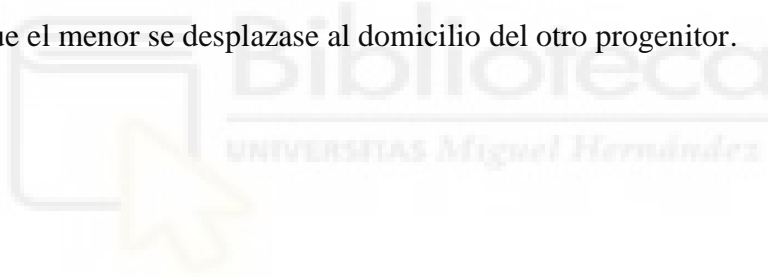
Reflexionando acerca de lo expuesto con anterioridad, podemos afirmar que no es sencillo poder demostrar esta delegación permanente en terceras personas ya que para ello hará falta la prueba de un testigo, como puede ser un vecino o la contratación de un detective privado, que recoja una prueba válida para presentarla en el juicio.

**Sexta.-** La situación que provocó el estado de alarma en los progenitores separados o divorciados en torno a cómo debían de ejercer la guarda y custodia compartida, ha ocasionado cierta incertidumbre entre los mismos, al no conocer a ciencia cierta cómo debían actuar y saber de esta manera si la custodia compartida quedaba suspendida o no, con la generación de conflictos que esta situación provocó entre los progenitores.

Por este motivo, la mayor parte de las Juntas Sectoriales de Jueces de Familia, llegaron a un acuerdo para mantener el régimen de custodia compartida, suspendiendo las visitas inter semanales. A nuestro juicio, esta decisión no es la más idónea, debido a que el país se encontraba en estado de alarma y era un riesgo considerable salir del domicilio a menos que fuese por una urgente necesidad y si bien es cierto que el menor disponía de dos residencias habituales, no suponía ninguna consecuencia nociva esperar a que esta

situación cesase. Cabe considerar, por lo tanto, que se debía haber aplicado el sentido común mediante acuerdos entre los propios progenitores sin tener que acudir a la vía judicial ante el colapso provocado en las distintas instituciones públicas a causa de la pandemia global que nos está tocando vivir.

Por ello, consideramos que las medidas adoptadas con motivo de la pandemia y dirigidas a los progenitores separados o divorciados que contasen con un régimen de custodia compartida, no fueron del todo acertadas. Esto se debe a que se puso en peligro la salud del menor, así como la de los propios progenitores y únicamente deberían haber salido del domicilio para situaciones de primera necesidad. Por ello, creemos conveniente señalar que el régimen de guarda y custodia compartida debería haber quedado suspendido durante esa situación excepcional, otorgándole la posibilidad al otro progenitor de recuperar el tiempo perdido en un futuro. De esta manera, no hubiese sido necesario esperar a ver si algún progenitor o el propio menor, padecía síntomas de contagio o si la localidad en la que vivía el otro progenitor tenía un mayor índice de contagios, ya que el virus podría haber estado en cualquier lugar siendo un riesgo innecesario que el menor se desplazase al domicilio del otro progenitor.





## BIBLIOGRAFÍA

- BERROCAL LANZAROT, A. I: «Cuestiones controvertidas e implicaciones prácticas en torno a la guarda y custodia compartida», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario n° 756*, 2016, pp. 2204 a 2245.
- CAMPO IZQUIERDO, A. L: «Guarda y custodia compartida: ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?», *Diario La Ley, n° 7206, Sección Tribuna*, 2009, pp.1 a 7.
- DOMINGUEZ OLVIÉROS, I.: *Derecho de familia. ¿Custodia compartida preferente o interés del menor?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: *Nadie Pierde: la guarda y custodia compartida, aspectos jurídico-procesales*, Dykinson, Madrid, 2018.
- GONZÁLEZ, DEL POZO, J.C.: «La incidencia de la declaración del estado de alarma de 14 de marzo de 2020 en el régimen de custodia y visitas de los menores», *Diario La Ley N° 9600*, 2020, pp. 1 a 7.
- GUILARTE MARTIN-CALERO, C.: «Criterios de atribución de la custodia compartida», *Revista para el análisis del Derecho, Indret*, 2010, pp. 1 a 21.
- IGLESIAS MARTIN, C.R.: *La custodia compartida: Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- LORENZO ARMAS, A.: «La custodia compartida: Análisis y valoración como método más favorable», *Revista de Jurisprudencia Lefebvre*, n°. 1, 2019, pp. 1 a 35.
- MARTINEZ CALVO, J: *La guarda y custodia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MARTINEZ CALVO, J: «Atribución de la guarda del menor a un tercero distinto de los progenitores», *Actualidad jurídica iberoamericana n° 12*, 2020, pp. 176 a 193.
- MORILLAS FERNANDEZ, M.: «Régimen jurídico de la custodia compartida: El interés del menor», en *La custodia compartida en España*, dir. D. Becerril; M. Venegas, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 93 a 108.
- RAGEL SÁNCHEZ, F.: «La guarda y custodia de los hijos», *Derecho Privado Constitución*, n°. 15, 2001, pp. 281 a 329.

REY GONZÁLEZ, P.: «Estado de alarma. ¿Se incurre en incumplimiento de la resolución judicial que regula las medidas de los progenitores con los menores si no se cumple en sus propios términos?», *Diario La Ley N°9607, Sección Tribuna*, 2020, pp. 1 a 2.

RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, N.: «Plan de corresponsabilidad parental», *Diario La Ley N° 9583, Sección Tribuna, Sevilla*, 2020, pp. 1 a 3.

VIÑAS MAESTRE, D: «Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura: Especial referencia a la guarda», Indret: *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2012, p. 1 a 55.

ZUÑIGA, A.: «La custodia compartida», *Escritura Pública, n° 78*, 2012, pp. 1 a 66.

## WEBGRAFÍA

AZEUSTRE GARRIDO, M.: «Recopilación de criterios judiciales e institucionales sobre custodias y regímenes de visitas durante el estado de alarma decretado por el coronavirus», disponible en <https://www.aeafa.es/files/noticias/ebookcoronavirus.pdf> (consulta de 10/08/2020).

BARREDO, Iñaki.: «Síndrome del abuelo esclavo. Pérdida de custodia», disponible en <http://www.barredoabogados.com/sindrome-del-abuelo-esclavo-perdida-de-custodia/> (consulta de 09/08/2020).

BAYARRI MARTI, M. L: «El régimen de guarda y custodia en España. Derecho común y Comunidades Autónomas con derecho civil propio», disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4927-el-regimen-de-guarda-y-custodia-en-espana-derecho-comun-y-comunidades-autonomas-con-derecho-civil-propio/> (consulta de 16/04/2020).

MONROY ALZATE, P.: «Custodia compartida y colaboración de los abuelos», disponible en <https://www.am-abogados.com/blog/> (consulta de 09/08/2020).

SAINZ RODRÍGUEZ, E.: «Cuando los abuelos se convierten en los padres», disponible en <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/familia/cuando-los-abuelos-se-convierten-en-los-padres-2019-06-26/> (consulta de 08/08/2020).

TAMARGO, Marta.: «Trabajo del progenitor y custodia compartida», disponible en <http://www.abogadoaviles.com/es/noticias/ficha/TRABAJO%20DEL%20PROGENITOR%20Y%20CUSTODIA%20COMPARTIDA> (consulta de 05/08/2020).



## **JURISPRUDENCIA**

SAP de 20 de febrero de 2007 (JUR 2007\101427)

SAP de 30 de marzo de 2007 (JUR 2007\202413)

STC de 17 de octubre de 2012 (RTC 2012\185)

SAP de 17 de abril de 2015 (JUR 2015\127671)

SAP de 10 de mayo de 2016 (AC\2016\1117)

STS de 30 de octubre de 2018 (RJ 2018\4742)

SAP de 7 de febrero de 2019 (JUR/2019/242325)

SAP de 28 de marzo de 2019 (JUR 2019\16372)

SAP de 21 de mayo de 2019 (JUR 2019\165305)

STSJ de Aragón de 20 de diciembre de 2019 (JUR\2020\10795)

SJPI de 20 de marzo de 2020 (JUR 2020\103797)

SJPI de 25 de marzo de 2020 (JUR 2020\102946)

SJPI de 26 de marzo de 2020 (JUR 2020\103265)

SJPI de 3 de abril de 2020. (JUR 2020\158985)