

LA INCIDENCIA DE LAS MALAS RELACIONES ENTRE LOS
PROGENITORES A LA HORA DE ACORDAR EL RÉGIMEN
DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. ANÁLISIS DE LA
RECIENTE DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

*THE INCIDENCE OF THE BAD RELATIONS BETWEEN THE
PROGENITORS AT THE TIME OF AGREEMENT OF THE GUARD
REGIME AND SHARED CUSTODY. ANALYSIS OF THE RECENT
DOCTRINE OF THE SUPREME COURT.*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 402-417



Dra. Nuria
MARTÍNEZ
SANCHIS

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de junio de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: Uno de los factores a tomar en consideración a la hora de adoptar o no la modalidad de la guarda y custodia compartida, es el referido a la relación que los progenitores tengan entre sí tras la situación de crisis familiar acontecida. Hasta fechas relativamente recientes, la tendencia era la de denegar la modalidad compartida si no existía una buena relación entre los progenitores. Con la entrada en vigor de las leyes autonómicas así como el cambio en la doctrina jurisprudencial, la tendencia que se mantiene es la de considerar que ya no será suficiente que exista esa mala relación sino que tendrá que darse una situación de elevado enfrentamiento para que esta situación pueda ser motivo de denegación del régimen de custodia compartida.

PALABRAS CLAVE: Malas relaciones entre los progenitores; guarda y custodia compartida; interés superior del menor.

ABSTRACT: *The relationship that the parents have with each other is one of the factors to take into consideration when adopting or not the modality of shared custody and custody after a situation of family crisis. To deny the shared modality if there was no good relationship between the parents was the rule until relatively recent dates. With the entry into force of local laws as well as the change in jurisprudence, the tendency that remains is to consider that it will no longer be enough that there is this bad relationship but will have to be a situation of high confrontation so that this situation may be grounds for denial of the shared custody regime.*

KEY WORDS: *Bad relationships between parents; custody and shared custody; the best interests of the child.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES GENERALES.- II. TRATAMIENTO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA CUESTIÓN.- I. Consideraciones previas.- 2. Tratamiento doctrinal.- 3. Análisis de la doctrina del Tribunal Supremo: evolución de la doctrina jurisprudencial hasta los más recientes pronunciamientos.

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

En la actualidad, uno de los aspectos que mayor incidencia tiene a la hora de acordar o no la modalidad de la guarda y custodia compartida, es el papel que puede jugar la conflictividad existente en la relación entre los progenitores.

Con demasiada frecuencia, nos encontramos con situaciones de crisis matrimonial en donde son continuos los episodios de conflictividad y enfrentamiento entre los progenitores. En escenarios tan cotidianos como las reuniones escolares, recogidas de los menores en el centro escolar o las simples entregas de los menores, donde los progenitores coinciden, resultan en ocasiones altamente problemáticas.

Ninguna duda cabe de que, en estos supuestos, en los que la relación entre los progenitores sea conflictiva, ello va a influir de forma negativa en los hijos y va a dificultar el ejercicio de la guarda conjunta, si bien dependiendo del grado de conflicto existente, ello no impedirá que se pueda otorgar esta modalidad de custodia.

Mucho se ha discutido al respecto de si la mala relación existente, podría ser motivo para denegar o no el régimen de custodia compartida. Hasta fechas recientes, y antes de la entrada en vigor de las distintas leyes autonómicas existentes sobre la materia, así como del cambio en la doctrina jurisprudencial, al tratarse de una modalidad más o menos novedosa de custodia, contó con cierto recelo y por ello, la existencia de malas relaciones era uno de los factores principales en los que más se basaban los Tribunales para denegarla. La tendencia mayoritaria partía de que, para otorgar la custodia compartida, debía de haber una relación casi armónica entre los progenitores, rechazando de plano esta modalidad de custodia cuando existiera conflictividad entre ambos, entendiendo que las discrepancias y desacuerdos hacían imposible un reparto equitativo de las funciones de la custodia. Por ello, bastaba con que uno de los progenitores no quisiera poner de su parte para que se denegara esta modalidad de guarda.

• **Dra. Nuria Martínez Sanchis**

Abogada, Profesora Agregada Parcial de Derecho Civil, Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir, nuria.martinez@ucv.es

De este modo, muchos de los pronunciamientos judiciales que venían denegando la atribución de la custodia compartida fundamentaban su negativa en “la situación verificada de conflictividad clara entre los padres y su relación con los intereses que están en juego”. Así, GUILARTE MARTÍN-CALERO² refería que ésta era precisamente la razón más esgrimida por los Jueces y Tribunales para denegar la procedencia del régimen de custodia compartida.

A este respecto, los sectores más críticos con esta modalidad de guarda, se han venido pronunciando en términos de que ésta sólo es viable en los supuestos de plena colaboración y buena relación entre los progenitores.

Sin embargo, con la entrada en vigor de las distintas leyes autonómicas³ y el cambio en la doctrina jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal, ya no será suficiente que exista mala relación, sino que tendrá que darse una situación de elevado enfrentamiento para que esta situación pueda ser motivo de denegación del régimen de custodia compartida.

No obstante el giro acontecido, es cierto que los enfrentamientos agudos y constantes, fruto de una conflictividad profunda, hacen muy difícil esta modalidad de custodia sin poner en riesgo la estabilidad educativa del menor, que cada día se va a ver sometido a una normativa distinta en función del progenitor con el que conviva en ese momento.

Por el contrario, y como seguidamente se expondrá, las relaciones correctas entre los progenitores, con una buena comunicación entre ambos, sin grandes diferencias en cuanto al estilo educativo del menor (colegio, pautas de conducta y estilos similares, confesión religiosa, etc.), son circunstancias favorables para otorgar el régimen compartido.

II. TRATAMIENTO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA CUESTIÓN.

I. Consideraciones previas.

Por ser evidente, no hay que olvidar que en la mayoría de las rupturas matrimoniales o de pareja, la situación posterior a la quiebra de la paz existente durante la convivencia es, cuanto menos, de tirantez entre los progenitores, siquiera sea en el momento inicial. Ante una situación de ruptura de la convivencia,

1 DELGADO DEL RÍO, G.: *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, Aranzadi S.A., Navarra, 2010, p. 161.

2 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2008, pp. 5-6.

3 Hasta la fecha, cuentan con leyes propias sobre la materia de guarda y custodia compartida las Comunidades de Aragón, Cataluña, Navarra y País Vasco.

siempre existirán tensiones, por lo que no se dará esa situación idílica de buena relación entre ambos progenitores al menos en la mayoría de los casos.

Como suele ser habitual en el Derecho de Familia, habrá que ir al caso concreto y analizar el grado de conflicto existente, y si éste va a afectar de forma desfavorable para el ejercicio de la modalidad compartida y sobre todo, para el interés superior del menor. Sin perjuicio de ello, y como seguidamente se verá, —

han sido diversas las opiniones doctrinales en cuanto a considerar si las malas relaciones existentes entre los progenitores deben ser un impedimento para conceder la guarda y custodia compartida o no, y ello por considerar que se trata de una cuestión de vital importancia para el adecuado desarrollo del menor y para salvaguardar su superior interés.

2. Tratamiento doctrinal.

Al respecto de esta cuestión, la doctrina mayoritaria se ha pronunciado en términos de considerar que para que el factor referido a la conflictividad entre los progenitores pueda afectar al ejercicio adecuado de la modalidad de custodia compartida, deberá partirse de unas relaciones muy deterioradas y con un elevado nivel de enfrentamiento.

Así, para GUILARTE MARTÍN-CALERO⁴, tendrá que ser una relación deteriorada, pésima, conflictiva o simplemente inviable para que se descarte el régimen de guarda compartida, pues se hace necesaria la existencia de una actitud, un entendimiento mínimo y una colaboración entre los padres para que sea un sistema eficaz y no un sistema generador de continuos problemas.

En similares términos PÉREZ-SALAZAR RESANO⁵, para quien se debe aceptar la custodia compartida como medida adecuada en aquellas situaciones en donde exista un cierto grado de discrepancia o tensión entre los progenitores, siempre que ambos sean capaces de preservar a sus hijos, evitando transmitirles sus propios conflictos. Se parte de que no es necesario un óptimo nivel de entendimiento para que pueda prosperar un sistema de guarda equitativo entre los padres.

Ninguna duda cabe de que lo aconsejable en estas situaciones es que los padres cierren filas en torno a los hijos y se manifiesten acordes en cuanto a las normas y líneas a seguir para la formación de los hijos y para garantizar su

4 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Criterios de atribución de la custodia compartida”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2010, p. 14.

5 PÉREZ-SALAZAR RESANO, M.: “La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia”, *Diario La Ley* [en línea], Sección Tribuna, núm. 7206, 2009, Año XXX, p. 2.

bienestar no sólo físico sino también emocional. No obstante, este consejo en demasiadas ocasiones se hará muy difícil de llevar a la práctica.

Por lo tanto, es mayoritaria la tendencia de que la mera discrepancia entre los progenitores, no es razón suficiente para denegar la custodia compartida. Esta va a ser la línea seguida por la doctrina de nuestro Alto Tribunal como seguidamente expondré.

Frente a la que parece ser la línea doctrinal dominante, autores como ROMERO COLOMA⁶, VILLAGRASA ALCAIDE⁷, entre otros, han reseñado que resulta crucial para salvaguardar el beneficio del menor, la existencia de una buena relación entre los progenitores. Para PÉREZ MARTÍN⁸, el requisito “de la falta de conflictividad” se considera básico e imprescindible, ya que si los padres no tienen relación entre sí, si no existe el más mínimo diálogo, nunca podrá acordarse la custodia compartida pues es consustancial a ésta una buena relación entre los progenitores. Es importante que en ambos progenitores exista una conciencia de priorizar los intereses de los menores frente a los suyos propios. La guarda y custodia compartida no se debe otorgar para contentar a ambos progenitores, sino para beneficiar a los hijos, por ello, si esta modalidad de custodia se traduce en una fuente inagotable de conflictos, se habrá desatendido el principio prioritario del interés del menor. Por encima de la custodia compartida será la custodia responsable.

Por su parte PÉREZ-VILLAR⁹ alude a la necesidad de que exista una fluidez en la comunicación, pues en caso contrario, resulta inviable esta modalidad de custodia. Alude a la existencia de un auténtico infierno en los supuestos de no comunicación entre los progenitores.

En este sentido, entiendo que resulta determinante que los progenitores mantengan una relación personal, no tanto óptima como algún autor ha referido¹⁰, si bien sí carente de conflictos y de desacuerdos reiterados, con una

6 En este sentido ROMERO COLOMA, A.: “La guarda y custodia compartida y las malas relaciones entre los progenitores”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* [en línea], núm. 825, 2011, p. 2. El artículo referido, concluye que “la custodia compartida no se revela como la medida familiar más beneficiosa para los menores, en tanto los progenitores no sepan alcanzar un entendimiento entre ellos”.

7 VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “La custodia compartida en España y Cataluña. Entre deseos y realidades”, en PICONTÓ NOVALES, T. (ed.): *La custodia compartida a debate*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 98.

8 PÉREZ MARTÍN, A. J.: “Guarda y custodia conjunta o compartida”, en *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, vol 1, Lex Nova S.A, 2007, p. 268.

9 PÉREZ-VILLAR APARICIO, R. (coord.): “Estudio de Derecho Comparado sobre la regulación de la custodia compartida” [en línea]. [Consulta: 10 de julio de 2013].

10 VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “Valoración de la normativa catalana sobre corresponsabilidad parental”. Ponencia presentada en el marco de las XIII Jornadas IDADFE sobre Crisis de pareja y custodia de los hijos menores, celebradas en Calatayud los días 27 y 28 de marzo de 2014. Refiere que “lo determinante en estos sistemas de guarda es que los progenitores mantengan una relación personal óptima, carente de conflictos y de desacuerdos reiterados, puesto que es preciso que no se convierta en una fuente de controversias permanente...”. El texto se encuentra en http://www.amecopress.net/IMG/pdf/estudio_custodia_compartida_def.pdf

actitud de cooperación entre los progenitores y relaciones cordiales y fluidas entre ellos, dejando de lado sus enfrentamientos personales, y mostrando una actitud, un entendimiento y una cooperación entre ambos, mediante relaciones cordiales y fluidas, que permita afirmar su conveniencia para el libre desarrollo de la personalidad de sus hijos.

En palabras de CASTILLA BAREA¹¹, para quien la creencia de que la custodia compartida precisa de una fluida relación y entendimiento de los progenitores es erróneo, afirma, refiriéndose tanto a la custodia individual como a la compartida que, “es cierto que en ambos supuestos un mínimo de comprensión y unidad de criterios de actuación de los progenitores facilitará las cosas y, sin duda alguna, redundará claramente en beneficio de los hijos, pero la ley está precisamente para suplir esa falta de armonía esencial, que será lo más habitual y previsible teniendo en cuenta que el desencuentro entre los progenitores debe ser profundo cuando han decidido llegar al extremo de romper su convivencia”. Reseña además que lo importante será el “estricto cumplimiento de la legalidad”, en términos de que, en los supuestos de custodia individual, el progenitor custodio respete y facilite el régimen de visitas del otro progenitor en los términos pactados, y en los supuestos de custodia compartida, que cada progenitor cumpla y se atenga al régimen de convivencia establecido.

Por todo ello, se trata de una cuestión en la que no se debe generalizar. Es evidente que, en casi todas las rupturas, al menos durante los primeros meses, la relación existente entre los progenitores es tensa y con infinidad de desavenencias respecto de los acuerdos que hay que tomar referidos a los hijos menores, vivienda familiar, pensiones, etc. Esa desarmonía, que en muchos casos será transitoria, no puede ser excusa para que se deniegue la custodia compartida, siempre y cuando no perjudique el desarrollo personal del menor y exista por parte de los padres un proyecto educativo común para sus hijos. No obstante, y en los supuestos en donde ni tan siquiera exista ese proyecto educativo común, pudiera producirse un elevado grado de conflictividad que haga inviable la modalidad compartida.

La existencia de una buena relación entre los progenitores que les permita postergar un desencuentro personal en aras al beneficio de los hijos comunes, debe considerarse un presupuesto de singular valoración, si bien ello no debe llevar a concluir que la existencia de conflictividad entre los progenitores sea motivo suficiente para denegar la custodia compartida, pues no debe olvidarse que si la medida se adopta en un proceso contencioso, es obvio que habrá discrepancias entre los progenitores, si bien un alto grado de conflictividad y desavenencias entre los progenitores, entendemos no debiera aconsejar la concesión de la custodia

11 CASTILLA BAREA, M.: “Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de Igualdad en las Relaciones Familiares ante la Ruptura de Convivencia de los Padres”, *Aranzadi Civil-Mercantil* [en línea], núm. 7, 2010, p. 9.

compartida pues es evidente que este régimen familiar de conflictividad no es aconsejable para los hijos ni garantiza el principio del interés superior del menor.

A este respecto, muchas han sido las investigaciones que han concluido que la custodia compartida es compatible con situaciones de moderada conflictividad entre los padres y que, en muchas ocasiones, el nivel de conflictividad entre padres que habitan dos viviendas separadas no difiere del de padres que habitan en una única vivienda. Concluyen que los niveles de conflictividad no difieren entre supuestos en los que se opta por una custodia compartida o una monoparental con régimen de visitas. Se insiste en la viabilidad de esta modalidad de custodia aunque los padres no cooperen, y ello siempre y cuando cada uno de los padres procure el mejor y más sano ajuste del menor a la situación y se tengan en cuenta sus necesidades, puesto que cuando cada uno de los progenitores es capaz de apreciar las necesidades de su hijo de contactar con el otro progenitor, la cooperación no será tan importante¹².

Así, resulta más que evidente que la clave del éxito de la llamada custodia compartida está, en buena parte, en la relación que mantengan los progenitores entre sí, y respecto de sus hijos comunes¹³, y por ello difícilmente habrá una custodia efectiva si la relación de los padres está muy deteriorada. De la misma forma que la relación de los hijos con los progenitores debe ajustarse a una asunción equitativa de las responsabilidades de éstos en relación con las necesidades de aquellos, deben concurrir parámetros que permitan determinar la idoneidad de esta medida. De este modo, se ha considerado relevante que existan unas condiciones similares entre los progenitores en los diferentes órdenes de la vida, personales, sociales y culturales¹⁴; que exista un proyecto común respecto a la educación y formación de los hijos, que exista flexibilidad y comunicación fluida, que haya una proximidad entre los domicilios de los progenitores al efecto de evitar una ruptura del menor con su entorno habitual¹⁵.

Es por ello que se hace siempre hincapié en la conveniencia de que los padres acepten mantener un canal de comunicación que facilite el diálogo y les permita "compartir" las necesidades del hijo. Y de ahí que se tienda, incluso como

12 DE TORRES PEREA, J. M.: "Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social", *Indret: Revista para el análisis del Derecho* [en línea], núm. 4, 2011, p. 18.

13 El art. 92.6 C.c. establece que la autoridad judicial, para acordar una guarda y custodia compartida, debe valorar la relación que mantengan entre sí los progenitores y con sus hijos, en sintonía con el criterio jurisprudencial de ausencia de conflictos graves, y la Instrucción 1/2006, de 7 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, que señala, como circunstancia fundamental a tenerse en cuenta, la de la buena relación entre los progenitores.

En esta misma línea se pronuncia la STSJ Cataluña de 3 marzo 2010 (TOL 1.861.743); en cuanto que "es necesario un cierto grado de entendimiento y consenso entre los progenitores para poder ejercer de modo adecuado la responsabilidad parental".

14 En este sentido, SAP Barcelona de 15 diciembre 2009 (TOL 1.793.864).

15 VILLAGRASA ALCAIDE, C.: "La custodia compartida en España y Cataluña. Entre deseos y realidades", cit., p. 93.

fórmula para suavizar el conflicto, a tratar de recuperar el dialogo a través de esa posibilidad de compartir la realidad de los hijos. Aunque sea naturalmente exigible como presupuesto básico a esta posibilidad el acuerdo mutuo de los padres, pues de lo contrario aquello que había de ser una vía de comunicación constante se convierte en una fuente constante de enfrentamientos, si el interés y bienestar del menor así lo aconsejan, nada impide que sea finalmente la autoridad judicial la que resuelva adoptar esta medida, una vez alcanzada esa convicción a través de la actividad probatoria del oportuno proceso. Por supuesto, no siempre será posible acordar la custodia compartida, si el nivel de conflictividad familiar se revela de difícil superación.

A la vista de todo ello, no hay que olvidar que una cosa es una divergencia absoluta y clara o un enfrentamiento total en cuanto a las cuestiones que guardan relación con los menores, su cuidado, su educación, etc.; y otra muy distinta las discrepancias que pueden ser normales y que existen incluso en las parejas que permanecen en convivencia y por ello, no cualquier discrepancia deberá tomarse como razón de peso para denegar la modalidad de custodia compartida, pues la conflictividad entre quienes han roto una relación de pareja es habitual. No obstante, ello no debe impedir adoptar decisiones sobre los hijos que sean las mejores para ellos.

Por tanto, si los progenitores logran superar el enfrentamiento existente o cuanto menos, que éste no influya en las decisiones que van a afectar los menores, no debe constituir un obstáculo para acordar la modalidad de custodia compartida.

3. Análisis de la doctrina del Tribunal Supremo: evolución de la doctrina jurisprudencial hasta los más recientes pronunciamientos.

En la materia que nos acontece, nos encontramos en un marco de absoluta inseguridad dada la ausencia de criterios legales que den una respuesta a esta cuestión. La falta de una regulación sobre la guarda y custodia compartida, que dicho sea de paso se hace cada vez más necesaria, hace que tengamos que recurrir a las pautas que nos van dando nuestros Tribunales.

La doctrina de la Sala Primera, ha venido tomando en consideración a la hora de adoptar o no la modalidad de custodia compartida, la relación existente entre los progenitores, superando las limitaciones que hasta fechas recientes venían dándose en este aspecto. En esta evolución jurisprudencial, la Sala ha abordado la cuestión relativa a si la conflictividad entre los progenitores constituye un impedimento para acordar la guarda y custodia de los hijos comunes.

Ya en la STS de 8 octubre 2009¹⁶, así como la de 11 marzo 2010¹⁷, se estableció la doctrina sobre esta cuestión, refiriendo que exigir que los progenitores se llevaran bien, implicaba un reduccionismo de las previsiones legales y dejaba en manos de uno sólo de ellos la conveniencia de este sistema que gravita sobre el derecho del menor a compartir a sus dos progenitores¹⁸. Ya se afirmaba por parte de la Sala Primera que “las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”¹⁹.

Por su parte, y analizando sentencias más recientes en el tiempo, entre otras, la de 7 junio 2013²⁰, 17 diciembre 2013²¹, 29 noviembre 2013²² y 9 marzo 2012²³, venían igualmente señalando que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no debían ser relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida, pues sólo se convertían en relevantes cuando afectaran, perjudicándolo, el interés del menor.

El Tribunal sigue en la línea de considerar que la existencia de mala relación entre los padres, no limita en absoluto el ejercicio de la guarda y custodia compartida en la medida que esa mala relación no causa perjuicio para los menores²⁴. Así, las sentencias TS de 15 octubre 2014²⁵, 29 noviembre 2013²⁶ (recogiendo la doctrina contenida en la STS de 22 julio 2011²⁷) reiteran la anterior doctrina incidiendo en la necesidad de que exista una conflictividad extrema entre los progenitores, “especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición el niño al enfrentamiento”. Refiere la Sala que la genérica afirmación “no tienen buenas relaciones”, no debe amparar por sí misma una medida contraria a este régimen, cuando no se aprecia de qué manera dichas relaciones pueden resultar contrarias al interés de los menores.

16 Id Cendoj: 28079110012009100624.

17 Id Cendoj: 28079110012010100108.

18 En este sentido, cuantas veces nos encontramos los profesionales de la abogacía con situaciones en las que, ante una situación de ruptura en la que se ha de determinar el régimen de custodia para los hijos, se pretende hacer ver por una de las partes, la existencia de una situación de conflicto entre los progenitores para evitar de este modo, el que se otorgue la modalidad de custodia compartida.

19 STS de 22 julio 2011 (ROJ: STS 4924/2011 - ECLI:ES:TS:2011:4924).

20 Id Cendoj: 28079110012013100303.

21 Id Cendoj: 28079110012013100736.

22 Id Cendoj: 28079110012013100675.

23 Id Cendoj: 28079110012012100175.

24 STS de 25 noviembre 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100681).

25 Id Cendoj: 28079110012014100490.

26 Id Cendoj: 28079110012013100675.

27 Id Cendoj: 28079110012011100491.

En similares términos, la STS de 16 octubre 2014²⁸ establece que la tensión entre los progenitores no es obstáculo a la custodia compartida en niveles propios de estas situaciones de crisis y buena disposición de los menores. La Sala se pronunciaba en términos de que, para la adopción del sistema de custodia compartida, no se exigía un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo, afirmando que “la tensa situación que concurre entre los cónyuges no consta que sea de un nivel superior al propio de la situación de una crisis conyugal”. Así, ha venido afirmando que “la mera discrepancia sobre el sistema de custodia no puede llevar a su exclusión”²⁹.

Dicha doctrina se ha venido reiterando de forma pacífica hasta la actualidad, considerando nuestro Alto Tribunal que en una situación de crisis familiar, es frecuente la existencia de ciertos desencuentros entre las partes y de cierta tensión, afirmando que “el hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, pues lo insólito sería una situación de entrañable convivencia”³⁰. De igual modo, añade que “ello no empecé a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se esté régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos”³¹.

Así, por ejemplo, en la reciente STS de 12 mayo 2017³², y ante un caso de discrepancia entre los progenitores sobre si el menor debía acudir o no al comedor escolar, la Sala no aprecia un conflicto de suficiente entidad para denegar la custodia compartida y señala que “Las diferencias sobre si las menores deben acudir o no al comedor escolar cuando se encuentran bajo la custodia del padre, no pasan de ser una divergencia razonable (sentencia 96/2015, de 16 de febrero), pero sin entidad o relevancia como para influir en un régimen de guarda que les resulta beneficioso...”.

En los últimos pronunciamientos, la Sala se ha venido reiterando en términos de que la tensión entre los progenitores no es obstáculo a la custodia compartida en niveles propios de estas situaciones de crisis y buena disposición de los menores. A juicio de la Sala, “la tensa situación entre los progenitores no consta que sea de un nivel superior al propio de la situación de una crisis conyugal y por ello, y acreditada la favorable disposición de los menores, la gran aptitud de ambos padres para ostentar la custodia y la abstinencia de ambos para predisponer

28 Id Cendoj: 28079110012014100531.

29 STS de 09 septiembre 2015 (ROJ: STS 3707/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3707).

30 STS de 11 febrero 2016 (ROJ: STS 437/2016 – ECLI:ES:TS:2016:437).

31 STS de 27 junio 2016 (ROJ: STS 3145/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3145).

32 ROJ: STS 1792/2017-ECLI:ES:TS:2017:1792.

negativamente a los hijos, debe conllevar a que se admita el sistema de custodia compartida como el más favorable para el interés de los menores³³.

Al margen y además de lo anterior, no se puede dejar al margen, al estar estrechamente relacionada con la cuestión de la conflictividad existente entre los progenitores, la situación relativa a la falta de diálogo entre ellos, y la incidencia que tendrá la misma a la hora de adoptar la modalidad compartida. En este aspecto, la Sala se ha pronunciado en términos de que la falta de diálogo entre los progenitores³⁴ durante bastante tiempo, así como las pésimas relaciones y la existencia de un nivel de enfrentamiento considerable entre los progenitores³⁵, es tratado como un factor desfavorable para el otorgamiento de la modalidad de custodia compartida, y ello dado que en esta modalidad de guarda, se hace preciso mantener conversaciones respetuosas y fluidas entre los progenitores, en beneficio del menor³⁶.

De este modo, la existencia de una conducta irrespetuosa y dominante por parte de uno de los progenitores frente al otro, como es lógico, también será un factor desfavorable para el otorgamiento de la modalidad compartida³⁷. Es constante la doctrina jurisprudencial en cuanto a considerar que la falta de diálogo hace desaconsejable la adopción de un sistema de custodia compartida, dado que se hace preciso que en esta modalidad de custodia, mantener conversaciones respetuosas y fluidas entre los progenitores y en beneficio del menor^{38,39}.

Nuestra jurisprudencia, pese a exigir habilidades para el diálogo en los progenitores para acordar la custodia compartida, presume la existencia de tales

33 Entre otras, la STS de 16 octubre 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100531); STS de 12 mayo 2017, antes referida.

34 Así lo refiere la STS de 30 diciembre 2015 (RO): STS 5687/2015-ECLI:ES:TS:2015:5687); la Sala fundamenta la denegación de la modalidad compartida en el hecho de que "todavía no se ha apreciado una superación de la situación de conflictividad entre los progenitores, que no cabe duda que se ha visto reducida en su intensidad, siendo evidente que hay una falta de comunicación, entendimiento y cooperación, siendo que el único medio de comunicación entre ellos es a través de whassapps".

35 El grado de enfrentamiento existente sirve como argumento para no conceder la custodia compartida. En este sentido se han pronunciado, entre otras, las sentencias AP Valencia de 21 octubre 2009 (Id Cendoj: 46250370102013100612); 4 enero 2012 (TOL 2.456.206); en esta última, atribuye la custodia a la madre al considerar inadecuado la concesión de un régimen de compartido de guarda y custodia por el enfrentamiento existente, así como por la escasa convivencia del menor con el padre. En similares términos se pronuncian las sentencias AP Valencia de 21 octubre 2013 (TOL 4.043.081); 30 septiembre 2013 (TOL 4.043.262) y 16 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100428), en las que se señalan, entre otras, que el clima de confrontación entre los padres como circunstancia que no hacen recomendable el sistema de custodia compartida.

36 En este sentido, las sentencias TS de 21 septiembre 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100538); 9 marzo 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100147); Refiere la Sala que "...entre los progenitores no existe un mínimo de capacidad de diálogo, pues como se deduce del informe psicosocial, tras la separación, continuaron residiendo en la vivienda conyugal, de forma independiente y pese a ello solo se comunicaban por SMS...".

37 STS 26 mayo 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100338).

38 STS 21 septiembre 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100538); STS de 7 marzo

39 (Id Cendoj: 28079110012017100150).

habilidades mientras no se pruebe lo contrario. Así, la STS de 11 febrero 2016⁴⁰ indica que “Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor; así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario”.

Precisamente, por ello, para que la falta de diálogo determine la denegación de la custodia compartida, se exige que se acredite que alcance un alto nivel de conflicto que haga perjudicial la misma para el interés del menor. En este sentido, la STS de 3 junio 2016⁴¹, acuerda la custodia compartida porque no se ha acreditado que el déficit de comunicación sea imputable al padre, ni que alcance un nivel elevado al señalar que “Sentadas estas bases que propician la adopción del sistema de custodia compartida, hemos de determinar en qué sentido la falta de comunicación desaconsejaría el sistema de custodia compartida. En la sentencia recurrida no se concreta el nivel de falta de comunicación, ni porqué atribuye la custodia a la madre ante dicha falta de comunicación...”.

De este modo, para que la falta de comunicación determine la denegación de la custodia compartida, deberá alcanzar un nivel relevante que permita deducir la falta de capacidad de diálogo entre los progenitores. Así lo ha entendido el TS en determinadas circunstancias, al entender acreditada la falta de habilidades para el diálogo cuando los progenitores sólo se comunicaban por SMS o whatsapps. En este sentido, la reciente STS de 21 septiembre 2016⁴² refiere que “debemos declarar que entre los progenitores no existe un mínimo de capacidad de diálogo, pues como se deduce del informe psicosocial, tras la separación, continuaron residiendo en la vivienda conyugal, de forma independiente y pese a ello solo se comunicaban por SMS. Esta falta de diálogo, hace desaconsejable, por ahora la adopción de un sistema de custodia compartida, dado que en este sistema de custodia es preciso mantener conversaciones respetuosas y fluidas, en beneficio del menor”; en la misma línea, la STS de 30 diciembre 2015⁴³ da por buena la fundamentación de la sentencia recurrida que señalaba que “todavía no se ha apreciado una superación de la situación de conflictividad entre los progenitores, que no cabe duda que se ha visto reducida en su intensidad, siendo evidente que hay una falta de comunicación, entendimiento y cooperación, siendo que el único medio de comunicación entre ellos es a través de whassapps”.

En conclusión, del análisis jurisprudencial realizado, se puede concluir que se debe partir de la premisa de la necesidad, en los supuestos de guarda compartida,

40 ROJ: STS 437/2016 - ECLI:ES:TS:2016:437.

41 ROJ: STS 2617/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2617.

42 ROJ: STS 4099/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4099.

43 ROJ: STS 5687/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5687.

de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que, pese a la ruptura afectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Sólo por las malas relaciones, o inexistencia de las mismas entre ambos progenitores, no puede ser motivo bastante para denegar la modalidad compartida.

Es evidente que habrá que analizar el grado de conflicto que existe en cada caso concreto y en qué medida afecta, perjudicándolo, al interés superior del menor, que debe ser el fin último a garantizar. Habrá que prestar especial atención a la influencia que puede tener esa conflictividad entre los progenitores en el equilibrio psicológico, emocional y afectivo de los hijos, de manera que el régimen que se elija pueda generar un ambiente lo más propicio para el correcto desarrollo evolutivo de los menores.

Como ha reiterado nuestro más Alto Tribunal, si bien para la custodia compartida, no se debe exigir un acuerdo sin fisuras, sí deberá haber una actitud razonable y eficiente entre los progenitores en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los progenitores, salvo que conste lo contrario.

BIBLIOGRAFÍA

CASTILLA BAREA, M.: "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 2010.

DELGADO DEL RÍO, G.: "La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente", *Aranzadi S.A.*, Navarra, 2010.

DE TORRES PEREA, J. M.: "Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social", *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2011.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial", *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2008.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Criterios de atribución de la custodia compartida", *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2010.

PÉREZ MARTÍN, A. J.: "Guarda y custodia conjunta o compartida", en *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, vol. I, Lex Nova S.A., 2007.

PÉREZ-SALAZAR RESANO, M.: "La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia", *Diario La Ley*, Sección Tribuna, núm. 7206, 2009.

PÉREZ-VILLAR APARICIO, R. (coord.): "Estudio de Derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida". <http://www.mujeresjuristasthemis.org/estudio/custodia/compartida>.

ROMERO COLOMA, A.: "La guarda y custodia compartida y las malas relaciones entre los progenitores", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 825, 2011.

VILLAGRASA ALCAIDE, C.: "La custodia compartida en España y Cataluña. Entre deseos y realidades", en PICONTÓ NOVALES, T. (ed.): *La custodia compartida a debate*, Dykinson, Madrid, 2012.

VILLAGRASA ALCAIDE, C.: "Valoración de la normativa catalana sobre corresponsabilidad parental". Ponencia presentada en el marco de las XIII Jornadas IDADFE sobre Crisis de pareja y custodia de los hijos menores, celebradas en Calatayud los días 27 y 28 de marzo de 2014.

Índice jurisprudencial

- STS de 8 de octubre de 2009 (Id Cendoj: 28079110012009100624)
- STS de 11 de marzo de 2010 (Id Cendoj: 28079110012010100108)
- STS de 22 de julio de 2011 (ROJ: STS 4924/2011 - ECLI:ES:TS:2011:4924)
- STS de 22 julio de 2011 (Id Cendoj: 28079110012011100491)
- STS de 7 de junio de 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100303)
- STS de 25 de noviembre de 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100681)
- STS de 29 de noviembre de 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100675)
- STS de 17 de diciembre de 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100736)
- STS de 9 de marzo de 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100175)
- STS de 15 de octubre de 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100490)
- STS de 16 de octubre de 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100531)
- STS de 9 de septiembre de 2015 (ROJ: STS 3707/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3707)
- STS de 30 de diciembre de 2015 (ROJ: STS 5687/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5687)
- STS de 11 de febrero de 2016 (ROJ: STS 437/2016 – ECLI:ES:TS:2016:437)
- STS de 9 de marzo de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100147)
- STS de 26 de mayo de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100338)
- STS de 3 de junio de 2016 (ROJ: STS 2617/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2617)
- STS de 27 de junio de 2016 (ROJ: STS 3145/2016-ECLI:ES:TS:2016:3145)
- STS de 21 de septiembre de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100538)
- STS de 7 de marzo de 2017 (Id Cendoj: 28079110012017100150)
- STS de 12 de mayo de 2017 (ROJ: STS 1792/2017-ECLI:ES:TS:2017:1792)
- STS de 12 de mayo de 2017 (Id Cendoj: 28079110012017100272)