

IMPROCEDENCIA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA
CUANDO EXISTE UNA DISTANCIA GEOGRÁFICA
CONSIDERABLE ENTRE LOS DOMICILIOS DE LOS
PROGENITORES. COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA,
NÚM. 58/2020, DE 28 DE ENERO (RJ 2020, 111)*

*THE INADMISSIBILITY OF JOINT CUSTODY WHEN THERE IS
A CONSIDERABLE GEOGRAPHICAL DISTANCE BETWEEN THE
PARENTS' HOMES. COMMENT ON SPANISH STS NO. 58/2020, OF
JANUARY 28 (RJ 2020, 111)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 702-717

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón "Ius Familiae", IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; y en el Proyecto de Investigación MINECO: DER2016-75342-R "Prospectiva sobre el ejercicio de la capacidad: la interrelación entre las reformas legales en materia de discapacidad y menores", IIPP. Sofía De Salas Murillo/M^a Victoria Mayor del Hoyo.



Javier
MARTÍNEZ
CALVO

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: El Tribunal Supremo declara la imposibilidad de establecer un régimen de custodia compartida con menores en edad escolar cuando existe una distancia geográfica considerable entre los domicilios de los progenitores, pues ello acarrearía una situación de desarraigo del menor y le sometería a cambios intermitentes de colegios y de sistema sanitario e incluso, como ocurre en el caso analizado, con diferencias lingüísticas en su proceso de aprendizaje. Además, establece que el cambio de residencia del menor decidido unilateralmente por uno de los progenitores es reprochable, pero no es motivo suficiente para excluirle del ejercicio de la guarda y custodia en perjuicio del interés superior del menor.

PALABRAS CLAVE: Guarda y custodia; menores; distancia geográfica; traslado de domicilio; interés superior del menor.

ABSTRACT: *The Spanish Supreme Court declares that it is impossible to establish a system of joint custody with school-age children when there is a considerable geographical distance between the parents' homes, as this would lead to the uprooting of the child and subject him to intermittent changes in schools and the health system and even, as in the case in question, to linguistic differences in his or her learning process. Furthermore, it establishes that the change of residence of the child unilaterally decided by one of the parents is reprehensible, but it is not sufficient reason to exclude the parent from the exercise of custody to the detriment of the best interests of the child.*

KEY WORDS: *Custody; children; geographical distance; transfer of residence; best interests of the child.*

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- COMENTARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN AUSENCIA DE PETICIÓN DE PARTE.- III. LA DISTANCIA EXISTENTE ENTRE LOS DOMICILIOS DE LOS PROGENITORES COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.- IV. EL TRASLADO UNILATERAL DEL MENOR Y SU INCIDENCIA EN LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA.

SUPUESTO DE HECHO

Dña. Natividad interpuso demanda de divorcio contra su esposa Dña. Paulina, en la que solicitaba que se le atribuyera en exclusiva la guarda y custodia de la hija menor de ambas, Victoria. Entre otras razones, alegaba que Dña. Paulina se había llevado de forma unilateral a la menor de la localidad donde residía, Madrid, y se había trasladado con ella a Alicante, obstaculizando e impidiendo la relación entre la menor y su progenitora Dña. Natividad. Subsidiariamente, para el caso de que dicha petición no fuera estimada, y siempre que Dña. Paulina trasladara su domicilio de nuevo a Madrid, solicitaba que se estableciera un régimen de custodia compartida distribuido en periodos alternos de quince días.

Dña. Paulina, por su parte, también presentó demanda de divorcio, que se acumuló a la anterior, en la que se opuso al régimen de custodia pretendido de contrario y solicitó que se estableciera un régimen de guarda y custodia exclusiva en su favor.

Ambas partes interesaron el establecimiento de medidas provisionales y el Juzgado de Primera Instancia dictó auto el 9 de noviembre de 2015 por el que fijó con carácter provisional un régimen de custodia compartida distribuido en periodos alternos de quince días. Posteriormente, en su Sentencia de 7 de junio de 2016, optó por mantener el régimen de guarda y custodia compartida como medida definitiva, pero modificó su configuración, pasando a distribuirse por periodos anuales (o mejor, dicho, por cursos escolares), de modo que cada progenitora tendría la custodia de la menor Victoria en años alternos desde el 1 de

• Javier Martínez Calvo

Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Su labor investigadora se desarrolla en el seno del Grupo Consolidado de Investigación *Ius Familiae* y del Proyecto de Investigación "Prospectiva sobre el ejercicio de la capacidad: la interrelación entre las reformas legales en materia de discapacidad y menores". Sus líneas de investigación principales son: derecho de la persona, filiación, derecho de familia, mediación familiar y protección de menores y discapacitados. Correo electrónico: jjaviermartínezcalvo@gmail.es.

septiembre hasta el 30 de junio, sin considerar que fuera óbice para ello el hecho de que las progenitoras habitaran a 400 kilómetros (una de ellas vivía en Alicante y la otra en Madrid).

Contra dicha Sentencia interpusieron recurso de apelación las representaciones procesales de ambas partes, siendo desestimados sendos recursos por la Sección 24ª de la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia de 18 de abril de 2018, que ratificó el pronunciamiento del Juzgado de Primera Instancia y mantuvo el régimen de guarda y custodia compartida acordado por este.

Las representaciones procesales de Dña. Natividad y Dña. Paulina interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo, oponiéndose al régimen de guarda y custodia compartida establecido por el Juzgado de Primera Instancia y confirmado por la Audiencia Provincial de Madrid y solicitando ambas partes que les fuera atribuido el ejercicio exclusivo de la guarda y custodia. Los dos recursos se basaron en un mismo motivo: la infracción del art. 92 del Código Civil y del art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y la incorrecta aplicación del principio de protección del interés del menor al establecer una custodia compartida a pesar de la gran distancia geográfica existente entre los domicilios de las progenitoras. El ministerio fiscal, por su parte, se opuso también al régimen de custodia compartida por idéntico motivo al planteado por las partes y solicitó que la guarda y custodia de la menor Victoria fuera atribuida a Dña. Paulina, por ser este el criterio del equipo psicossocial.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 29 de enero de 2020¹, estimó ambos recursos (parcialmente el de Dña. Natividad e íntegramente el de Dña. Paulina) y puso fin al régimen de custodia compartida, estableciendo un régimen de guarda y custodia exclusiva en favor de Dña. Paulina.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El objeto principal del litigio consiste en determinar si el hecho de que los domicilios de los progenitores se encuentren distantes entre sí es causa suficiente para excluir el establecimiento del régimen de custodia compartida. Al respecto, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 29 de enero de 2020², objeto de este comentario, establece la imposibilidad de afrontar un sistema de custodia compartida con menores en edad escolar cuando exista una distancia geográfica considerable entre los domicilios de los progenitores custodios, pues ello acarrearía una situación de desarraigo del menor y le sometería a cambios intermitentes de

¹ Vid. STS 28 enero 2020 (RJ 2020, III).

² Vid. STS 28 enero 2020 (RJ 2020, III).

colegios y de sistema sanitario e incluso, como ocurre en el caso analizado, con diferencias lingüísticas en su proceso de aprendizaje.

Además, se discute si el traslado del lugar de residencia del menor decidido de forma unilateral por uno de los progenitores sin contar con el consentimiento del otro o autorización judicial es motivo suficiente para excluirle del ejercicio de la guarda y custodia. El Tribunal Supremo se pronuncia en sentido negativo y establece que el cambio de residencia del menor unilateralmente acordado por uno de los progenitores es reprobable, pero ello no puede acarrear una sanción que perjudique el interés del menor.

COMENTARIO

I. INTRODUCCIÓN.

Como he anticipado, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre dos cuestiones relativas a la determinación del régimen de guarda y custodia: si el hecho de que los domicilios de los progenitores se encuentren distantes entre sí constituye un impedimento para el establecimiento de la custodia compartida y si el traslado del lugar de residencia del menor decidido de forma unilateral por uno de los progenitores sin contar con el consentimiento del otro o autorización judicial es causa suficiente para excluirle del ejercicio de la guarda y custodia. En las siguientes páginas abordaré por separado ambas cuestiones. Pero antes de centrarme de lleno en ellas, quiero hacer una breve referencia a otra cuestión que suscita el caso y en la que el Tribunal Supremo no entra, al no haber sido alegada por ninguna de las partes: la imposibilidad de establecer un régimen de custodia compartida en ausencia de petición de parte. Con ella comenzaré este análisis.

II. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN AUSENCIA DE PETICIÓN DE PARTE.

El art. 92.8 del Código Civil exige para poder establecer el régimen de guarda y custodia compartida en defecto de acuerdo de los progenitores que dicho régimen haya sido solicitado por al menos una de las partes, lo que excluye la posibilidad de adoptar la custodia compartida de oficio³. Al respecto, cabe entender que bastará con que se solicite de manera alternativa o incluso subsidiaria (para el caso de que

3 Vid. STS 19 abril 2012 (RJ 2012, 5909), STS 29 abril 2013 (RJ 2013, 3269) y STS 15 junio 2016 (RJ 2016, 2780). Vid. también: TENA PIAZUELO, I.: "La ruptura de pareja con hijos: la opción por la custodia compartida", en *Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia*, Universidad de Montevideo, 2008, p. 63; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. por MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.), Edisofer, 5ª ed., Madrid, 2016, pp. 200-201; LÓPEZ JARA, M.: "Aspectos procesales de la guarda y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 11, 2016, p. 1; y MÉNDEZ TOJO, R.: "La guarda y custodia compartida: una solución deseable", *Actualidad Civil*, núm. 1, 2017, p. 15.

no se admita la pretensión principal)⁴, pero considero que no resultará suficiente con que ambos progenitores hayan solicitado para sí la custodia exclusiva⁵.

En el caso que ha dado lugar al pronunciamiento objeto de este comentario, tal y como hemos visto en el apartado destinado a la exposición del supuesto de hecho, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Madrid establecen el régimen de guarda y custodia compartida pese a que ambas progenitoras habían pedido para sí la guarda y custodia exclusiva. Aunque Dña Natividad solicitaba que subsidiariamente se estableciera un régimen de custodia compartida (lo que resultaría suficiente para dar por cumplido el requisito del art. 92.8 del Código Civil), condicionaba su petición a que Dña Paulina trasladara su domicilio de nuevo a Madrid. Pues bien, dado que la condición no se cumple, entiendo que la solicitud del régimen de guarda y custodia no resulta eficaz, y, por tanto, no puede considerarse que existiera petición de parte para el establecimiento de dicho régimen. En todo caso, si el tribunal quería establecer la custodia compartida, debería haberlo hecho de forma condicionada a que Dña. Natividad estableciera su domicilio en la misma localidad en la que habita su hija menor, tal y como ha hecho en otras ocasiones nuestra jurisprudencia⁶. Así las cosas, creo que ambas partes podrían haber utilizado este argumento para oponerse al establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida.

III. LA DISTANCIA EXISTENTE ENTRE LOS DOMICILIOS DE LOS PROGENITORES COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

El art. 2.3 d) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, impone la obligación de tratar de minimizar todos los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en la personalidad y desarrollo futuro del menor. Al respecto, no cabe duda de que la ruptura de una pareja con hijos puede afectar a la estabilidad de estos últimos, que, por lo pronto, tendrán que enfrentarse a una serie de cambios inevitables en su estilo de vida⁷. Por ello, en la determinación de las medidas relativas a

-
- 4 Vid. TAMAYO HAYA, S.: "La custodia compartida como alternativa legal", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, 2007, p. 704.
 - 5 Vid. en este sentido: STS 19 abril 2012 (RJ 2012, 5909). Vid. también: TENA PIAZUELO, I.: "La ruptura de pareja con hijos", cit., p. 63. Vid. en sentido contrario: GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: "La necesidad de una completa regulación de dos cuestiones trascendentales en la futura Ley estatal de custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 11, 2016, p. 11.
 - 6 Vid. a modo de ejemplo la SAP Alicante 24 abril 2009 (AC 2009, 1040), en la que se otorga la custodia compartida, pero se condiciona a que el padre fije su domicilio en la misma ciudad donde reside el menor.
 - 7 Vid. MORENO TORRES, J.: "Presente y futuro de la consideración del interés del menor en las decisiones judiciales y administrativas", *Revista de Derecho de familia*, núm. 64, 2014, p. 102; y DE DIOS PÉREZ, J. F.: "El impacto en los hijos de la separación de la pareja y su relación con la Modalidad individual o compartida de custodia", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 11, 2016, p. 2.

los hijos menores, y, entre ellas, el régimen de guarda y custodia, cobra especial importancia tratar de garantizar la necesaria estabilidad del menor.

La estabilidad del menor está condicionada en buena parte por el mantenimiento de un arraigo social, escolar y familiar sólido. El arraigo social supone que el menor continúe relacionándose con su círculo de amigos y conocidos⁸, el arraigo escolar aconseja que el menor continúe en el mismo colegio⁹ y el arraigo familiar estará marcado por el mantenimiento de las relaciones con su familia extensa¹⁰.

La mayoría de leyes autonómicas sobre guarda y custodia incluyen el arraigo del menor entre los criterios a los que debe acudir el juez para la determinación del régimen de guarda y custodia (art. 80.2 b) del Código del Derecho Foral de Aragón, Ley 71.2.4 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra y art. 9.3 g) Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores)¹¹. Además, en el caso del Código Civil de Cataluña, aunque no recoge expresamente el arraigo del menor entre los criterios de determinación del régimen de guarda y custodia, sí que se refiere de forma indirecta al arraigo familiar en su art. 233-11.1 a), que alude a “las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares”. Así mismo, de haber prosperado el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia presentado por el Gobierno el 19 de julio de 2013, este criterio se hubiera incluido también en nuestro Código Civil (art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que le hubiera dado al nuevo art. 92 bis.4 que pretendía introducir en nuestro Código Civil).

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que introdujo la custodia compartida en nuestro derecho positivo, la jurisprudencia solía considerar que la custodia compartida era contraria a la estabilidad del menor¹², hasta el punto de constituir el argumento más frecuente para oponerse a dicho régimen. Sin embargo, progresivamente se

8 Vid. DELGADO DEL RÍO, G.: *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 99

9 Vid. TAMAYO HAYA, S.: “El ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia en la reforma del Derecho Civil en materia matrimonial”, en AA.VV.: *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI* (coord. por LASARTE ÁLVAREZ, C.), El Derecho, Madrid, 2005, p. 751.

10 Vid. DELGADO DEL RÍO, G.: *La custodia de los hijos*, cit., p. 99

11 Vid. también: art. 5.3 e) de la anulada Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

12 Vid. SAP Navarra 11 noviembre 1992 (AC 1992, 1565), SAP Cuenca 30 septiembre 1996 (AC 1996, 2457), SAP Almería 11 febrero 1998 (AC 1998, 3359), SAP Barcelona 30 abril 1999 (AC 1999, 6596), SAP Cádiz 18 enero 2001 (JUR 2001, 114647), SAP Madrid 25 octubre 2002 (JUR 2003, 29800), SAP Albacete 1 diciembre 2003 (JUR 2004, 51020), SAP Baleares 13 abril 2004 (JUR 2004, 171529) y SAP Valladolid 13 julio 2004 (JUR 2004, 243901).

ha superado esta postura y, hoy en día, se ha impuesto la idea de que la custodia compartida no supone en sí misma una alteración de la estabilidad del menor¹³.

Pero ello no quiere decir que no haya supuestos en los que el establecimiento del régimen de custodia compartida pueda comprometer la necesaria estabilidad del menor. Es lo que suele ocurrir, por ejemplo, cuando los domicilios de los progenitores se encuentran a una cierta distancia. No en vano, la ubicación de las viviendas de los progenitores es un aspecto que ha sido incluido por algunas leyes autonómicas entre los criterios a valorar para la determinación del régimen de guarda y custodia: en concreto, lo recogen el Código Civil de Cataluña [art. 233-11.1 g)] y la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores [art. 9.3 i)].

En el caso del Derecho común, durante la tramitación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, estuvo sobre la mesa la posibilidad de exigir como requisito para el establecimiento de la custodia compartida que la ubicación de los domicilios de los progenitores no pusiera en riesgo la necesaria estabilidad del menor. A tal efecto, el Grupo Parlamentario Socialista presentó una enmienda en el Senado (enmienda núm. 37) por la que pretendía añadir al art. 92.8 del Código Civil que “en todo caso se asegure que la ubicación de los domicilios de los padres el menor gozará de la necesaria estabilidad para el mejor desarrollo de su personalidad y para el desenvolvimiento idóneo de sus hábitos y relaciones mejorables”¹⁴. Como se puede observar, la redacción era más que mejorable, pero ello no impide entender el sentido de la previsión que se pretendía introducir. Además, la Diputada Dña. María Olaia Fernández Davila, del Grupo Parlamentario Mixto, presentó una enmienda (núm. 32) en la que pedía que se introdujeran algunos criterios específicos para la determinación del régimen de guarda y custodia, y, entre ellos, estaba el relativo al lugar de residencia de los progenitores¹⁵. No obstante, ambas enmiendas fueron rechazadas por el Congreso de los Diputados en la sesión núm. 79 (votación 39), celebrada el 21 de abril de 2005¹⁶, por lo que dicha previsión no se incluyó en el texto definitivo de la ley.

Años más tarde, el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la

13 Vid. SSTS 8 octubre 2009 (RJ 2009, 4606), 11 marzo 2010 (RJ 2010, 2340), 29 abril 2013 (RJ 2013, 3269), 14 octubre 2015 (JUR 2015, 244697), 11 febrero 2016 (RJ 2016, 249), 1 marzo 2016 (RJ 2016, 736), 21 diciembre 2016 (RJ 2016, 5998), 19 octubre 2017 (RJ 2017, 4485), 10 enero 2018 (RJ 2018, 61), 6 abril 2018 (JUR 2018, 98197) y 18 abril 2018 (RJ 2018, 1676), entre otras.

14 Vid. BOCG. Senado Núm. II-14-c de 26/05/2005.

15 Vid. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-16-8 de 15/03/2005.

16 Vid. DS. Congreso de los Diputados Núm. 84 de 21/04/2005.

convivencia también trató de introducir en el Código Civil la ubicación de las viviendas de los progenitores como uno de los criterios a valorar para la determinación del régimen de guarda y custodia (art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que le hubiera dado al nuevo art. 92 bis.4 que pretendía introducir en nuestro Código Civil).

Pese a la ausencia de previsión legal en el Derecho común, tanto jurisprudencia¹⁷ como doctrina¹⁸ se vienen mostrando contrarias al establecimiento del régimen de custodia compartida cuando no existe cierta proximidad entre los domicilios de los progenitores. Con ello se pretende garantizar un entorno estable para el menor, evitando las perturbaciones que pudiera causarle el cambio del lugar de residencia, que suele ir acompañado de cambios de colegio, de amistades, de hábitos o rutinas, de actividades, etc. No obstante, también hay quien considera que, aunque la cercanía de los domicilios es recomendable para el establecimiento del régimen de custodia compartida, no es imprescindible¹⁹.

En todo caso, cabe advertir que sólo resulta admisible exigir la proximidad de los domicilios de los progenitores para el establecimiento del régimen de custodia compartida cuando se establece una configuración del mismo en la que son los menores los que cambian de domicilio, ya que si estos permanecen en la misma vivienda y los que van rotando son los padres, creo que resulta irrelevante la distancia geográfica que separe sus domicilios a efectos de la estabilidad y arraigo del menor.

Por lo demás, el problema principal que plantea este criterio consiste en determinar la distancia máxima que puede considerarse aceptable para que proceda el establecimiento de un régimen de custodia compartida.

Al respecto, cabe entender que si ambos progenitores residen en la misma localidad no habrá inconveniente para que el régimen de guarda y custodia compartida pueda desarrollarse con normalidad²⁰. En este sentido, creo que resultaría excesivo exigir que las viviendas de ambos progenitores estuvieran

17 Vid. SSTS 8 octubre 2009 (RJ 2009, 4606), 11 marzo 2010 (RJ 2010, 2340) y 10 enero 2018 (RJ 2018, 61), SAP Málaga 22 octubre 2013 (JUR 2014, 17117) y SAP Tarragona 22 enero 2018 (JUR 2018, 87195).

18 Vid. MECO TEBAR, F.: "La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Comentario a la STS núm. 495/2013, de 19 de julio (EDJ 2013, 149996)", *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, núm. 19, p. 591; y MARTÍN MOLINA, A.: "Cuestiones actuales sobre la custodia compartida", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 15, 2017, p. 4. Vid. también: Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados, Fiscales y Secretarios con Abogados de la AEAFA celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009.

19 Vid. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T.: "Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 22, 2009, p. 102; y HERNANDO RAMOS, S.: "La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia. Especial referencia a la guarda y custodia compartida", *Estudios Jurídicos*, 2010, p. 8.

20 Vid. PINTO ANDRADE, C.: "La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución", *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 9, 2015, p. 163.

ubicadas en el mismo barrio, tal y como sugiere algún autor²¹. De hecho, nuestra jurisprudencia ha valorado positivamente en favor de la custodia compartida el hecho de que los dos progenitores tengan su residencia en el mismo municipio, pese a que no se encuentren en el mismo barrio²².

Los problemas se dan sobre todo en aquellos supuestos en los que los progenitores residen en localidades diferentes, como ocurre en el caso que nos ocupa. Cuando ello sucede, como adelantaba, la jurisprudencia suele mostrarse contraria al establecimiento del régimen de custodia compartida. Por ejemplo, se ha rechazado esta modalidad de custodia cuando uno de los progenitores vivía en Jerez de la Frontera y el otro en Rentería (1102 km)²³, cuando uno vivía en Zaragoza y el otro en Marbella (890 km)²⁴ o cuando uno vivía en Salamanca y otro en Alicante (638 km)²⁵. El rechazo a la custodia compartida es todavía más acusado cuando los progenitores residen en distintos países, en cuyo caso la jurisprudencia se muestra contraria a la misma de forma prácticamente unánime²⁶. Y resulta razonable, pues el cambio de cultura, costumbres, sistema educativo, idioma, clima, etc. puede suponer un importante foco de estrés para el menor.

Aunque en ocasiones se ha establecido la custodia compartida en supuestos en los que los progenitores residían en localidades diferentes, suele tratarse de casos en los que dichas localidades no están excesivamente distantes entre sí. Así, a modo de ejemplo, se ha adoptado la custodia compartida cuando uno de los progenitores vivía en Valencia y el otro en Torrent (11 km)²⁷, cuando uno vivía en Zaragoza y el otro en María de Huerva (15 km)²⁸ o cuando uno vivía en Denia y otro en Gandía (34 km)²⁹. En estos casos en los que la lejanía no es excesiva, considero habrá que tener muy en cuenta el tiempo efectivo que el menor debe dedicar a los desplazamientos. No podemos obviar que en ocasiones puede llevar más tiempo ir de un punto a otro de una gran ciudad que recorrer el trayecto entre dos municipios. Y es que, si el tiempo que el menor ha de dedicar a los desplazamientos no impide que pueda asistir al mismo centro educativo y

21 Vid. DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M. S.: "Guarda y custodia compartida: de su negación jurisprudencial a su admisión en el proyecto de ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio", en AA.VV.: *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI* (coord. por LASARTE ÁLVAREZ, C.), El Derecho, Madrid, 2005, p. 725.

22 Vid. SAP A Coruña 17 abril 2008 (JUR 2008, 225590) y SAP Madrid 22 diciembre 2008 (JUR 2009, 88147).

23 Vid. STS 10 enero 2018 (RJ 2018, 61).

24 Vid. SAP Zaragoza 20 julio 2012 (JUR 2012, 276585).

25 Vid. STS 19 octubre 2017 (RJ 2017, 4484).

26 Vid. SAP Baleares 23 enero 2018 (JUR 2018, 64737), en la que el tribunal rechaza la custodia compartida debido a que el padre vivía en España y la madre en Brasil y SAP Tarragona 2 febrero 2018 (JUR 2018, 85484), en la que se descarta la custodia compartida porque uno de los progenitores vivía en Marruecos y el otro en España.

27 Vid. SAP Valencia 11 diciembre 2013 (JUR 2014, 81374).

28 Vid. STSJ Aragón 9 octubre 2013 (RJ 2013, 8497).

29 Vid. STSJ Valencia 6 septiembre 2013 (RJ 2013, 6660).

mantener una relación fluida con su círculo familiar y afectivo, creo que no hay impedimento para adoptar un régimen de custodia compartida pese a que los progenitores vivan en distintas localidades. En otro caso, la ejecución del régimen de custodia compartida puede resultar más complicada, y, de adoptarse, cabe entender que será necesario que la alternancia se lleve a cabo en todo caso por años o por cursos escolares³⁰, pues lo contrario implicaría cambios de colegio durante el curso, lo que desde luego no parece compatible con el interés superior del menor.

De hecho, en el supuesto que estamos analizando, en el que Dña. Natividad habitaba en Madrid y Dña. Paulina en Alicante, localidades que distan entre sí 400 kilómetros, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial establecen un régimen de guarda y custodia compartida distribuido por cursos escolares. Sin embargo, ni uno ni otro abordan una cuestión que, a mi modo de ver, tenía cierta relevancia en el supuesto analizado. Y es que, cuando existen diferencias lingüísticas entre ambos territorios, como es el caso, creo que sería conveniente que la propia sentencia por la que se establezca el régimen de custodia compartida impusiera que los menores acudan a centros educativos que utilicen una misma lengua vehicular y un programa de estudios semejante.

En cualquier caso, el Tribunal Supremo considera que la distancia de 400 kilómetros existente entre las localidades constituye un escollo insalvable para el establecimiento del régimen de custodia compartida y fija la doctrina que ya he anticipado, por la que declara la imposibilidad de afrontar un sistema de custodia compartida con menores en edad escolar cuando exista una distancia geográfica considerable entre los domicilios de los progenitores custodios, por acarrear una situación de desarraigo del menor y someterle a cambios intermitentes de colegios y de sistema sanitario e incluso, como ocurre en el caso analizado, con diferencias lingüísticas en su proceso de aprendizaje.

Una vez descartada la custodia compartida con base en la lejanía de las residencias de los progenitores, y, dado que el argumento es precisamente el de tratar de garantizar la estabilidad y arraigo del menor, parece que lo razonable sería que la guarda y custodia se atribuyera preferentemente al progenitor que viva en la misma localidad en la que residía la familia con anterioridad a la ruptura³¹. No obstante, habrá que tener en cuenta el resto de las circunstancias concurrentes en el caso para determinar qué solución es más beneficiosa para el interés superior del menor. De hecho, ya hemos visto que en el supuesto objeto de análisis el

30 Vid. SIMÓN GIL, M.: "Aportaciones del trabajo social a la pericial de familia", en AA.VV.: *Custodia compartida y protección de menores* (ed. por TAPIA PARREÑO, J. J.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 2 (2009), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, p. 198.

31 Vid. SERRANO GARCÍA, J.A.: "La custodia individual como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida", *Revista de Derecho civil aragonés*, núm. 18, 2012, p. 21.

Tribunal Supremo opta por atribuir la guarda y custodia a Dña. Paulina por ser lo más conveniente para el interés superior del menor, pese a que ello conlleve un cambio en su lugar de residencia.

Por último, considero que si Dña. Paulina trasladara su residencia de nuevo a Madrid o Dña. Natividad estableciera su domicilio en Alicante, podría resultar motivo suficiente para la interposición de una demanda de modificación de medidas basada en la alteración sustancial de las circunstancias que conlleva dicho cambio domiciliario (art. 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y arts. 90.3 y 91 del Código Civil), sobre todo si tenemos en cuenta que la lejanía existente entre los lugares de residencia de los progenitores es el principal argumento en el que se basa la exclusión del régimen de custodia compartida en el presente caso. En todo caso, una vez más, el cambio del régimen de guarda y custodia estaría condicionado a que ello resultara lo más conveniente al interés superior del menor, pues es el fin último al que debe atenderse.

IV. EL TRASLADO UNILATERAL DEL MENOR Y SU INCIDENCIA EN LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA.

El art. 19 CE recoge el derecho de todos los españoles a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional, por lo que, con carácter general, todas las personas son libres para trasladar su domicilio de una localidad a otra. El problema surge cuando quien desea cambiar su lugar de residencia tiene a su cargo a un menor de edad, pues el ejercicio compartido de la patria potestad impide que pueda adoptar dicha decisión de forma unilateral.

Y es que, lo habitual tanto en los supuestos de normalidad familiar como en los de ruptura es que el ejercicio de la patria potestad pertenezca de forma conjunta a ambos progenitores. Así se deduce del art. 92.4 del Código Civil, que prevé que los supuestos de nulidad, separación y divorcio no alteran el ejercicio conjunto de la patria potestad, salvo que excepcionalmente las partes hayan acordado o el juez haya decidido establecer el ejercicio individual en favor de uno de los progenitores. Es decir, ambos padres mantienen intactos los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la patria potestad, independientemente de quién se encuentre junto al menor en cada momento. Es indudable que hay algunas decisiones que por su escasa relevancia o por tener un carácter urgente, pueden y deben ser adoptadas por el progenitor que se encuentre junto al menor. Pero cuando se trata de decisiones de mayor importancia, resulta necesario en todo caso el consentimiento de ambos progenitores, o, en su defecto, autorización judicial. Téngase en cuenta que el art. 156.2 del Código Civil, que se refiere a los supuestos de desacuerdo entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, les faculta para que puedan acudir al juez a fin de que este otorgue a uno u otro

la capacidad de decidir; y, por ende, no ampara que la decisión pueda tomarse prescindiendo del consentimiento del otro progenitor y de la autorización del juez.

Pues bien, el traslado del lugar de residencia del menor se encuentra dentro de las decisiones que pueden calificarse como de mayor importancia, y, por tanto, no puede adoptarse de forma unilateral por uno de los progenitores. Obviamente, no tendrán el mismo tratamiento los supuestos en los que el cambio se produce dentro de la propia localidad y aquellos otros en los que se traslada el lugar de residencia a otra ciudad o incluso al extranjero. En el primer caso, lo habitual es que el cambio sea prácticamente irrelevante desde el punto de vista del interés superior del menor; mientras que en el resto de los casos existe una alta probabilidad de que dicho interés superior pueda verse afectado. Por ello, si atendemos a la jurisprudencia, observamos que la autorización de traslado de domicilio del menor suele condicionarse a que no quede afectado su desarrollo emocional, la progresión de su personalidad, su estabilidad o el contacto con sus progenitores y hermanos³².

En el caso que estamos analizando, Dña. Paulina se llevó a la menor Victoria de la localidad donde residía, dándola de baja del centro educativo al que asistía y trasladándola junto a ella a Alicante, donde la inscribió en el padrón municipal y la matriculó en otro colegio. Al respecto, alega que concurría una causa justificada, pues había perdido su puesto de trabajo en Madrid. No obstante, si bien dicha coyuntura podría justificar la necesidad de trasladarse a Alicante junto a su hija, ya hemos visto que no cabe adoptar una decisión de tal trascendencia sin el consentimiento del otro progenitor o autorización judicial.

Cuando ello ocurre y uno de los progenitores se traslada junto al menor prescindiendo del consentimiento del otro progenitor o de la correspondiente autorización judicial, pueden derivarse diferentes consecuencias civiles o penales, en las que no me voy a detener por exceder del objeto de este estudio. Aquí nos interesa determinar si entre las consecuencias civiles derivadas de la conducta del progenitor que se traslada junto al menor de forma unilateral se comprende la exclusión de dicho progenitor del ejercicio de la guarda y custodia.

En el supuesto que estamos analizando, el Tribunal Supremo considera que, aunque la conducta de Dña. Paulina es reprobable, no es motivo suficiente para excluirle del ejercicio de la guarda y custodia, dado que no resulta lo más conveniente para el interés superior del menor en el caso concreto³³. Para ello tiene en cuenta especialmente el resultado del informe elaborado por el equipo

32 Vid. SSTS 26 octubre 2012 (RJ 2012, 9730) y 11 diciembre 2014 (RJ 2014, 6539).

33 En términos semejantes se había pronunciado con anterioridad en su Sentencia de 18 de abril de 2018 (RJ 2018, 1676).

psicosocial, pues como reconoce el tribunal, es el principal elemento de juicio con el que cuenta en el caso. Dicho informe se decanta por atribuir la guarda y custodia a Dña. Paulina, ya que había sido la cuidadora principal de la menor.

Por lo tanto, una vez más, la decisión que adopte el juez dependerá de lo que resulte más recomendable para el interés superior del menor, pues como vengo reiterando, es el principal criterio al que se debe atender en la adopción de cualquier decisión en la que pueda resultar afectado un menor de edad³⁴.

³⁴ Vid. en este sentido: SSTS 19 noviembre 2015 (RJ 2015, 5495) y 12 enero 2017 (RJ 2017, 12).

BIBLIOGRAFÍA

DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S.: "Guarda y custodia compartida: de su negación jurisprudencial a su admisión en el proyecto de ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio", en AA.VV.: *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI* (coord. por LASARTE ÁLVAREZ, C.), El Derecho, Madrid, 2005.

DE DIOS PÉREZ, J. F.: "El impacto en los hijos de la separación de la pareja y su relación con la Modalidad individual o compartida de custodia", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 11, 2016.

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

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: "La necesidad de una completa regulación de dos cuestiones trascendentales en la futura Ley estatal de custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 11, 2016.

HERNANDO RAMOS, S.: "La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia. Especial referencia a la guarda y custodia compartida", *Estudios Jurídicos*, 2010.

LÓPEZ JARA, M.: "Aspectos procesales de la guarda y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 11, 2016.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T.: "Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 22, 2009.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. por MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.), Edisofer, 5ª ed., Madrid, 2016.

MARTÍN MOLINA, Alejandro A.: "Cuestiones actuales sobre la custodia compartida", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 15, 2017.

MECO TÉBAR, F.: "La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Comentario a la STS núm. 495/2013, de 19 de julio (EDJ 2013, 149996)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015.

MÉNDEZ TOJO, R.: "La guarda y custodia compartida: una solución deseable", *Actualidad Civil*, núm. 1, 2017.

MORENO TORRES, J.: "Presente y futuro de la consideración del interés del menor en las decisiones judiciales y administrativas", *Revista de Derecho de familia*, núm. 64, 2014.

PINTO ANDRADE, C.: "La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución", *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 9, 2015.

SERRANO GARCÍA, J. A.: "La custodia individual como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida", *Revista de Derecho civil aragonés*, núm. 18, 2012.

SIMÓN GIL, M.: "Aportaciones del trabajo social a la pericial de familia", en AA.VV.: *Custodia compartida y protección de menores* (ed. por TAPIA PARREÑO, J. J.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 2 (2009), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.

TAMAYO HAYA, S.:

- "El ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia en la reforma del Derecho Civil en materia matrimonial", en AA.VV.: *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI* (coord. por LASARTE ÁLVAREZ, C.), El Derecho, Madrid, 2005.
- "La custodia compartida como alternativa legal", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, 2007.

TENA PIAZUELO, I.: "La ruptura de pareja con hijos: la opción por la custodia compartida", en *Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia*, Universidad de Montevideo, 2008.