



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2020 / 2021

TÍTULO:

**Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar.
Análisis jurisprudencial.**

WORK TITLE:

**Joint custody and attribution of the use of the family home.
Case Law analysis.**

AUTORA:

LEIRE GÜEMES OJEDA

DIRECTOR/A:

CARMEN FERNÁNDEZ CANALES

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO 1.- CONSIDERACIONES GENERALES	7
1.1 Concepto de custodia compartida.....	7
1.2 Evolución normativa de la custodia compartida.....	11
CAPÍTULO 2.- CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA	16
2.1 El interés superior del menor	17
2.2 Voluntad del menor y principio de audiencia del menor	20
2.3 Relación de los progenitores entre sí.....	25
2.4 La edad de los hijos.....	27
2.5 Proximidad geográfica del domicilio de los progenitores.....	28
2.6 Corresponsabilidad parental y coparentalidad.....	31
2.7 Principio de no separación de los hermanos	32
2.8 Conciliación de la vida laboral y familiar.....	32
CAPÍTULO 3.- ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR	34
3.1 El uso alternativo o rotatorio de la vivienda familiar por ambos cónyuges y sus hijos.....	36
3.2 La atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor más necesitado de protección.	39
3.3 División material de la vivienda familiar.....	40
3.4 No atribución del uso de la vivienda familiar.....	41
3.5 Limitación temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar.....	42
3.6 Compensación a favor del progenitor no usuario.	45
CONCLUSIONES	47
ANEXOS	51
1. Bibliografía.....	51
2. Páginas web consultadas.....	54
3. Relación de sentencias.....	54
4. Normativa consultada.....	57

RESUMEN

En la realidad social en la que vivimos actualmente, cada vez es mayor el número de casos en los que tras la ruptura de la unidad familiar se adopta el régimen de custodia compartida. El presente trabajo tiene por objeto el estudio de la situación actual en la que se encuentra el régimen de guarda y custodia compartida en el derecho civil común español, así como los distintos criterios que debe tener en cuenta el Juez a la hora de decidir adoptar o no el mismo, los cuales han sido desarrollados por la jurisprudencia ante la ausencia de regulación legal. Por último, abordaremos una de las cuestiones patrimoniales y personales más importantes y que más conflictos genera tras la ruptura conyugal, que es la atribución del uso de la vivienda familiar, concretamente en los casos de custodia compartida, en los cuales no existe regulación legal alguna, pues el artículo 96 CC solo regula la atribución del uso de la vivienda familiar en aquellos casos en los que se adopta la custodia monoparental, razón por la cual los Tribunales se han visto obligados a realizar una constante labor de adaptación de dicho artículo a la realidad social en la que nos encontramos.

PALABRAS CLAVE: custodia compartida; menores; progenitores; criterios; vivienda familiar.

ABSTRACT

In the social reality in which we currently live, there is an increasing number of cases in which, after the breakup of the family unit, a shared custody regime is adopted. The purpose of this paper is to study the current situation of the joint custody regime in the Spanish common civil law, as well as the different criteria to be taken into account by the judge when deciding whether or not to adopt it, which have been developed by the case law in the absence of legal regulation. Finally, we will address one of the most important property and personal issues that generates more conflicts after the marital breakup, which is the attribution of the use of the family home, specifically in cases of shared custody, in which there is no legal regulation, since article 96 CC only regulates the attribution of the use of the family home in those cases in which the single-parent custody is

adopted, reason why the Courts have been forced to carry out a constant work of adaptation of said article to the social reality in which we find ourselves.

KEYWORDS: joint custody; underage; parents; criteria; family home.

INTRODUCCIÓN

Cuando se produce la ruptura conyugal, consecuencia de la crisis de pareja, surge una nueva situación en la vida de los cónyuges, pero la cuestión más importante es la nueva situación que se produce en la vida de los hijos que conviven con aquellos, pues son estos los principales sujetos que van a sufrir las consecuencias de esta nueva situación. En consecuencia, será necesario decidir qué progenitor va a ser el responsable del cuidado y atención de los menores, es decir, los progenitores deben decidir cuál va a ser el régimen de guarda y custodia más adecuado respecto de sus hijos a partir del momento en que se produce la ruptura de la unidad familiar.

En principio, serán los progenitores quienes deban decidir el sistema de guarda y custodia más adecuado para sus hijos. No obstante, en caso de que estos no sean capaces de llegar a un acuerdo al respecto, será el Juez quien determine el régimen de guarda y custodia más beneficioso para los menores, siempre velando por el interés superior del menor, puesto que es el sujeto más vulnerable del proceso.

En el presente trabajo, vamos a realizar un estudio del régimen de guarda y custodia compartida y, sobretodo, de la atribución del derecho al uso de la vivienda familiar en caso de custodia compartida. Fundamentalmente, analizaremos la materia desde un punto de vista doctrinal y jurisprudencial, ya que, como veremos a lo largo del trabajo, se trata de un régimen relativamente “reciente” y por tanto aún existen muchos aspectos sobre la materia que carecen de regulación legal.

Tradicionalmente, los tribunales han adoptado el régimen de custodia monoparental, es decir, atribuían la custodia exclusiva a favor de un solo progenitor, concretamente a favor de la madre, pues al ser la mujer la que normalmente no trabajaba y se dedicaba exclusivamente a las tareas del hogar, era la parte que disponía de más tiempo para el cuidado de los hijos. En la realidad social actual, el sistema de custodia compartida se utiliza con bastante frecuencia y continúan aumentando el número de casos en los que se adopta. El principal motivo por el que en estos últimos años esta modalidad es cada vez más común es el cambio que ha sufrido la dinámica de las familias

como consecuencia de la incorporación de la mujer al mundo laboral, que ha implicado la consiguiente intensificación de la participación de los padres en el cuidado y atención diarios de los menores, de tal forma que el reparto de las tareas y responsabilidades sobre los hijos es equitativo respecto de ambos cónyuges.

Asimismo, otra de las causas que ha motivado el nacimiento de esta modalidad es el derecho de los hijos a relacionarse por igual con ambos progenitores, de tal forma que, tras la ruptura conyugal, alcance un desarrollo emocional y afectivo apropiado con ambos.

Respecto a la estructura del trabajo, en primer lugar trataremos las consideraciones generales del sistema de custodia compartida, es decir, vamos a analizar tanto el concepto como la evolución histórica del mismo, cuestiones fundamentales para introducirnos en la materia objeto del trabajo. A continuación, llevaremos a cabo un estudio de los criterios de atribución del régimen, los cuales han sido desarrollados fundamentalmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo ante la ausencia de regulación legal de los mismos en nuestro ordenamiento jurídico estatal. Posteriormente, realizaremos un estudio del problema de la atribución del uso de la vivienda familiar en la custodia compartida. Finalmente, desarrollaremos una serie de conclusiones a las que habremos llegado tras haber analizado todas las cuestiones vistas a lo largo del trabajo.

Por último, señalar que para el análisis de la materia objeto de este trabajo, desde el punto de vista de la doctrina he empleado tanto manuales como artículos doctrinales de revistas jurídicas y para el estudio jurisprudencial he utilizado tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la jurisprudencia menor.

CAPÍTULO 1.- CONSIDERACIONES GENERALES

1.1 CONCEPTO DE CUSTODIA COMPARTIDA.

El objeto de este trabajo hace necesario que fijemos el concepto de la custodia compartida, el cual fue introducido de forma expresa en el Código Civil con la reforma que se llevó a cabo a través de la Ley 15/2005, de 8 de julio¹, así como realizar un breve análisis de la evolución histórica de la misma.

A pesar de que se trata de una situación legal que en la actualidad es muy frecuente, es cierto que nos encontramos con que el legislador no ha llegado a definir el término de custodia compartida, pues básicamente se ha limitado a utilizarlo sin más, con la única excepción del legislador autonómico valenciano, que en la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, define en su artículo 3.a la custodia compartida como “régimen de convivencia compartida”, de la manera que sigue: *“Por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial”*².

En consecuencia, ha surgido un debate doctrinal y jurisprudencial que se deriva fundamentalmente de la terminología que emplea el legislador para referirse a la custodia compartida, pues en el Código Civil utiliza expresiones como: “ejercicio compartido de la guarda y custodia”, “guarda conjunta” y

¹ 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. Boletín Oficial del Estado, 163, de 9 de julio de 2005.

² Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Boletín Oficial del Estado, 98, de 25 de abril de 2011, p. 5. El Tribunal Constitucional, en sentencia dictada el 16 de noviembre en el recurso de inconstitucionalidad 3859/2011, Ponente Sra. Dña. Adela Asua Batarrita, ha anulado en su totalidad esta ley por invadir competencias del Estado.

“guarda y custodia compartida”, entre otras³, de tal forma que no existe una unanimidad en el empleo de la expresión, considerando quienes están en contra que lo que ocurre es que el legislador está equivocado en lo que respecta a la definición de la figura legal⁴.

A partir de este planteamiento, deducimos que si queremos obtener una definición de lo que significa la custodia compartida debemos de acudir tanto a la doctrina como a la jurisprudencia.

Desde el punto de vista de la doctrina, a pesar de que se encuentra dividida en dos vertientes, ambas coinciden en que la custodia compartida se materializa en los principios de corresponsabilidad y coparentalidad y se caracteriza porque constituye un sistema en el que ambos progenitores ostentan los mismos derechos y obligaciones respecto de sus hijos⁵, de tal forma que a pesar de haber quedado extinta la convivencia entre los mismos ello no repercuta en la medida de lo posible en los hijos, sin que sea necesaria una distribución del régimen de estancia de los mismos estrictamente igualitario, pero sí lógica y justa⁶.

Así, las vertientes en las que se divide la doctrina son, por un lado, los autores que consideran correcto el empleo del término “custodia compartida”, y, por otro lado, los autores que lo consideran inadecuado. Estos últimos fundamentan su posición en el principio de simultaneidad, que defienden que es este el principio con el que se identifica la guarda y custodia. Consideran

³ DOMÍNGUEZ OLIVEROS, I., *¿Custodia compartida preferente o interés del menor?*. 1ª edición, Editorial Tirant, Valencia, 2018, p. 38.

⁴ ORTUÑO MUÑOZ, P., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Editorial Civitas, Navarra, 2006, p. 62, considera que la confusión terminológica es reflejo de una confusión conceptual.

⁵ Así, por ejemplo HERNANDO RAMOS la define como “la asunción compartida de autoridad y responsabilidad, de derechos y obligaciones, entre los padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes”. HERNANDO RAMOS, S., “*El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida*”, *Diario La Ley* núm. 7206, 2009, pp. 1-2.

⁶ ROSA IGLESIAS MARTÍN, C., *La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*, 1ª edición. Editorial Tirant lo Blanch, 2019, p. 81.

que, una vez concluye la convivencia entre progenitores, no es posible hablar ya de guarda y custodia compartida o conjunta, sino que resulta más adecuado hablar de guarda y custodia “sucesiva, “alterna”, o “alternada, puesto que lo que sucede en realidad es que los progenitores se alternarán la convivencia con sus hijos⁷.

Respecto de los autores que consideran adecuada la terminología empleada por el legislador, podemos tener en cuenta la definición que ofrece CRUZ GALLARDO: *“la custodia compartida es un modelo de custodia que no consiste en un simple reparto de períodos de tiempo de convivencia de los hijos. Implica un proyecto educativo común, reflejado en la participación de ambos progenitores en el cuidado y atención del hijo menor de edad, poniendo fin a la figura del progenitor no custodio, mero receptor de los hijos en el domicilio los fines de semana y los períodos de vacaciones”*.⁸

Del mismo modo, la Audiencia Provincial de Barcelona⁹ considera que la *“custodia compartida se puede definir como la asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre padres separados en relación a todo cuanto se centre en los hijos comunes; el respeto al derecho de los niños a continuar contando, afectiva y realmente con un padre y una madre”*. Resulta importante tomar en consideración el punto de vista de un tribunal catalán puesto que, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial, Cataluña es sin duda una de las Comunidades Autónomas que más ha aportado al desarrollo de esta materia.

Por otro lado, dentro de la vertiente opuesta a la anterior, cabe tomar en consideración, por ejemplo, la conceptualización de GUILARTE MARTÍN-CALERO: *“la guardia y custodia compartida consiste en la alternancia de los progenitores en la posición del guardador y visitador, lo que les coloca en pie*

⁷ MARTÍNEZ CALVO, J., *La guarda y custodia*, 1ª edición. Editorial Tirant lo Blanch, 2019, pp. 67–68.

⁸ CRUZ GALLARDO, B., *La guarda y custodia de los hijos en la crisis matrimoniales*. Editorial La Ley, Madrid, 2012, p. 424.

⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 08 de noviembre de 2012, sentencia núm. 741/2012, recurso núm. 1011/2011, Consejo General del Poder Judicial, Roj: SAP B 12482/2012.

de igualdad y garantiza el derecho del menor a ser educado y criado por sus dos progenitores a pesar de la ruptura de pareja”.¹⁰

Asimismo, la Audiencia Provincial de Valencia¹¹ ha declarado que la custodia compartida “se desenvuelve en un quehacer más cotidiano y doméstico, que sin lugar a dudas también contribuiría a la formación integral del hijo y que difícilmente podrían compartirse por quienes no viven juntos, lo que supondría de admitirse otra tesis, una invasión de la esfera privada de un progenitor en la del otro, o en otro caso un continuo peregrinaje de los hijos de un hogar al otro, siendo, entonces, más correctamente denominarla en este supuesto, custodia periódicamente alternativa”.

En definitiva, y teniendo en cuenta las distintas definiciones que hemos visto, podemos concluir que la custodia compartida es una situación que se produce como consecuencia del cese de la convivencia de los progenitores, y que tiene por objeto la concreción de un sistema de reparto de los tiempos y

¹⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Comentarios al nuevo artículo 92 del Código Civil”, en GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Comentarios a la Reforma de la separación y el divorcio*, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 156. Existen otros autores que definen la custodia compartida desde el punto de vista de esta tendencia, como por ejemplo, PÁRAMO AGÜELLES: “el ejercicio de la guarda y custodia compartida consiste en establecer un régimen alternativo de convivencia de los hijos con uno u otro progenitor, por semanas, meses, o número de días alternos, en una u otra vivienda.” (DE PÁRAMO AGÜELLES, M., “La guarda y custodia compartida: ¿Una medida excepcional en nuestro derecho positivo?” en *Revista de Derecho Vlex*, nº 75, año 2009, pp. 1-12, p. 3.). Otro ejemplo es PÉREZ UREÑA: “la guarda y custodia compartida es aquel modelo de guarda en el que ambos progenitores se encargan de forma periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos menores”. (PÉREZ UREÑA, A.A., “El interés del menor y la custodia compartida” *Revista de Derecho de Familia*, nº 26, 2005, pp. 275-278, p. 275.).

¹¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 31 de marzo de 2004, sentencia núm. 202/2004, recurso núm. 149/2004, Consejo General del Poder Judicial, Roj: SAP V 1454/2004.

estancia de los hijos con cada uno de los progenitores, de forma igualitaria, pero siempre atendiendo a la circunstancias concretas en cada caso y fundamentalmente al interés del menor, en el que ambos progenitores asumen un conjunto de derechos y obligaciones equitativo sobre el cuidado, educación y las necesidades económicas de los hijos, de tal forma que se crea una situación ficticia similar a la que existía antes de la ruptura de los progenitores.

1.2 EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

El origen de la guarda y custodia compartida es relativamente nuevo, tanto en el ordenamiento jurídico español como en el ámbito internacional, pues fue en el Estado de California, en 1979, cuando surgió por primera vez, teniendo por objeto que la intervención en la crianza y educación de los hijos sea llevada a cabo de forma conjunta por ambos progenitores. No obstante, la regulación positiva de la custodia compartida ha tenido lugar en nuestro país hace poco más de una década, concretamente fue introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio¹², la que introdujo este término en nuestro ordenamiento jurídico por vez primera¹³.

A pesar de que el sistema de custodia compartida no contaba con una regulación positiva antes de la reforma de la Ley 15/2005, cabía la posibilidad de adoptar el mismo, puesto que nuestro Derecho tampoco lo prohibía. Sin embargo, generalmente, era la guarda y custodia exclusiva a favor de uno de los progenitores el régimen que se solía adoptar. Mientras tanto, con carácter general, las decisiones judiciales se limitaban a otorgar la guarda y custodia de los hijos a favor de un progenitor¹⁴ (que solía ser la madre), estableciendo un régimen de comunicación, estancias o visitas a favor del otro progenitor

¹² 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. Boletín Oficial del Estado, 163, de 9 de julio de 2005.

¹³ MARTÍNEZ CALVO, J., Op, cit, pp. 51-54.

¹⁴ En este sentido, dice DE COSSÍO MARTÍNEZ, M., *Las medidas en los casos de crisis matrimoniales*, Editorial McGraw-Hill Interamericana, 1997. p. 20: “Lo normal y recomendable es atribuir la guarda y custodia a uno sólo de los padres, ya que de ordinario otra cosa privaría de estabilidad a los menores, si bien podrá llevarse a cabo de forma rotatoria o hasta determinada edad, en

(normalmente el padre), y atribuyendo el uso de la vivienda familiar a los hijos y al progenitor custodio.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Valencia¹⁵ dijo que: *“Es criterio de esta Sala, salvo supuestos puntuales, que pudieran presentarse, que pudiesen aconsejarla, la no concesión a los padres en situaciones de separación o divorcio, de la guardia y custodia compartida de los hijos, criterio antedicho coincidente con el de la generalidad de las otras Audiencias Provinciales, cabiendo citar a título de ejemplo, la Sentencia de la A.P. de Madrid de 31 de octubre de 1.995, que considera: "Se plantea por la parte recurrente una solución de guarda compartida, medida que dentro del Derecho de Familia español podría calificarse de excepcional; tanto es así que el propio legislador, sin prohibirla expresamente, no ha contemplado tal posibilidad”*.

Durante la fase preconstitucional, la atribución de la custodia de los hijos a uno u otro progenitor se basaba en el criterio de culpabilidad¹⁶, es decir, en los supuestos de disolución del matrimonio la custodia de los hijos quedaba en manos del progenitor no culpable. Esto se debe a que la disolución del matrimonio era causal, y el progenitor responsable de la causa de dicha disolución debía ser castigado con la pérdida de la guarda y custodia de sus hijos¹⁷.

La Constitución Española entró en vigor en el año 1978, momento en que se inicia el período democrático en España, surgiendo por tanto la

supuestos extraordinarios, tales como aquellos en los que los cónyuges continuaran viviendo en el mismo domicilio”.

¹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 10 de enero de 2001, sentencia núm. 2/2001, recurso núm. 295/2000, Consejo General del Poder Judicial, Roj: SAP V 63/2001.

¹⁶ La redacción del artículo 70 en el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil es la siguiente: *“Ejecutoriada la nulidad del matrimonio, quedarán los hijos varones mayores de tres años al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges, quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos. Si la mala fe fuere de ambos, el Tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del número 2 del artículo 73.”*

¹⁷ DE PEREA TORRES, J.M., “La custodia compartida: una nueva alternativa exigida por la nueva realidad social”, en *Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2011, p. 9.

necesidad de actualizar y adecuar la normativa vigente a la norma suprema de nuestro país, incluyendo lógicamente el Derecho de familia. Fue en 1981 cuando comenzó a llevarse a cabo esta tarea de adaptación a la realidad social en materia de Derecho de familia, produciéndose dos reformas importantes; por un lado, la que se llevó a cabo a través de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, con la cual se introdujo la idea de que la patria potestad se ejercería conjuntamente por ambos progenitores en un plano de igualdad¹⁸; por otro lado, la que se articuló a través de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, con la cual se introduce la facultad de extinguir el matrimonio a través del divorcio¹⁹ así como el principio del interés superior del menor, que trata de superar el criterio de culpabilidad en cuanto a la atribución de la guarda y custodia de los hijos²⁰. Sin embargo, el artículo 159 del Código Civil establecía que *“los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo”*²¹.

Es en el año 1990 cuando mediante la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación

¹⁸ La redacción del artículo 156 es la siguiente: *“La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro.”*

¹⁹ En este sentido, la redacción del artículo 85 es la siguiente: *“El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.”*

²⁰ En este sentido, la redacción del artículo 92 es la siguiente: *“...Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años.... Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos.”*

²¹ GARCÍA RUBIO, M.P. Y OTERO CRESPO, M., “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 8, febrero, 2006. p. 77.

por razón de sexo se modifica el artículo 159²² del Código Civil, de tal forma que deja de formar parte de su redacción la idea de que los hijos menores de siete años quedarán al cuidado de la madre²³. Después de esta reforma, dice CRUZ CALLARDO²⁴ que el criterio de culpabilidad fue definitivamente sustituido por el principio del interés superior del menor, y que el legislador ya no estimaba la designación de la guarda y custodia de los hijos como un castigo hacia el progenitor culpable.

En 1996 se consagra el principio de interés superior del menor con la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que fue modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia²⁵.

Finalmente, como ya hemos señalado, la regulación positiva de la custodia compartida se produjo con la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se

²² En este sentido, la redacción del artículo 159 es la siguiente: *“Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.”*

²³ Auto del Tribunal Constitucional, de 18 de diciembre de 1990, Auto núm. 438/1990, cuestión de inconstitucional núm. 1226/1989, Tribunal Constitucional, ECLI:ES:TC:1990:438A. Fundamento Jurídico 1º: *“con la modificación operada por la Ley 11/1990, el Legislador ha eliminado de la redacción del citado precepto aquello que el Juzgado consideró posiblemente inconstitucional, la preferencia en favor de la madre del cuidado de los hijos e hijas menores de siete años en caso de separación de los padres y a falta de mutuo acuerdo entre los mismos, preferencia que ha sido suprimida en la nueva redacción que establece la Ley 11/1990, dictada, según su Preámbulo, con el fin de «eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad».”*

²⁴ CRUZ GALLARDO, B., Op. Cit. pp. 54 y 55.

²⁵ En este sentido, y en virtud del artículo 1.2: *“Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan...los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.”*

modifican el Código Civil y la Ley Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, si bien es cierto que, aunque previamente no fuera expresamente reconocida por ley, cabía la posibilidad de adoptar este régimen, aunque solo se atribuía con carácter excepcional por ciertos Tribunales. Es con esta Ley con la que se produce un gran avance en materia de custodia compartida, pues precisa por vez primera los principios de corresponsabilidad parental y coparentalidad. La ley 15/2005, de 8 de julio, modificó el artículo 92 del Código Civil, concretamente, el nuevo régimen de guarda y custodia compartida se introdujo en su apartado número cinco²⁶, y este artículo prevé que la custodia compartida podrá ser concedida por el Juez bien en el supuesto de que ambos progenitores lo hubieran solicitado en la propuesta de convenio regulador o bien en el supuesto de que ambos progenitores llegasen a este acuerdo a lo largo del procedimiento, o cuando lo hubiera determinado el Juez a instancia de uno de los progenitores durante el proceso contencioso²⁷. Así, el Juez podrá bien estimar la custodia compartida cuando considere que es la mejor forma de protección del interés superior del menor o bien desestimar esta modalidad cuando considere que el interés del menor no queda suficientemente protegido, pues no es un régimen obligatorio que deba darse en todo caso, sino solo en determinados supuestos²⁸.

²⁶ En este sentido, la nueva redacción del artículo 92.5 del Código Civil sería la siguiente: *“Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”*.

²⁷ Párrafo decimonoveno de la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de Julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio: *“Se pretende reforzar con esta ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. En este sentido, se prevé expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida. También el Juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión con ese contenido.”*

²⁸ Jéssica Delgado Sáez, <https://app.vlex.com/#vid/685513913>, VLEX. 28 de abril de 2021.

CAPÍTULO 2.- CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

En la regulación normativa de la custodia compartida introducida con la Ley 15/2005 no se establecieron en el Código Civil las pautas o criterios tan necesarios para la concesión de la misma. En consecuencia, desde entonces, tanto los tribunales como las legislaciones autonómicas competentes para regular esta materia se han visto obligadas a establecer distintos criterios, hasta el momento en que intervino el Tribunal Supremo, que mediante su Sentencia de 29 de abril de 2013²⁹ establece una lista abierta de criterios que deberán de tener en cuenta los jueces en cuanto a la adopción de esta modalidad, convirtiéndose así en doctrina jurisprudencial³⁰.

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2013, sentencia núm. 257/2013, recurso núm. 2525/2011, Consejo General del Poder Judicial, Roj: STS 2246/2013. El Tribunal Supremo, en el párrafo tercero del fallo consagra como doctrina una serie de criterios al establecer lo siguiente: *“Se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.”*

³⁰ ROSA IGLESIAS MARTÍN, C., Op.cit, pp. 195-200. Añade la autora que *“La enmienda nº 32 del Grupo Mixto...propuso la inclusión de algunos parámetros... En concreto, la propuesta era incluir al final del párrafo séptimo del art. 92 CC lo siguiente: “Para el otorgamiento de la guarda y custodia compartida, el Juez valorará la edad de los hijos, el lugar de residencia de los progenitores, la disponibilidad de un domicilio adecuado por ambos progenitores para el cuidado de los hijos e hijas, el horario laboral de los progenitores, así como otras circunstancias relevantes que posibiliten la custodia compartida sin graves quebrantos en la vida cotidiana de los hijos e hijas”. Dicha enmienda fue rechazada. “*

El 25 de junio de 2020, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial ha aprobado una Guía³¹ de criterios que deben tener presentes los jueces para la concesión de la custodia compartida. Fundamentalmente, el texto demanda que la legislación sea modificada a fin de regular de forma clara y completa la custodia compartida, de tal forma que en la norma se prevean dichos criterios, el régimen de estancia con ambos progenitores, las aportaciones de los progenitores en materia de alimentos de los hijos o el modo en que se atribuye el uso de la vivienda familiar en caso de que se concediera este régimen; que los órganos judiciales en primera y segunda instancia se especialicen en materia de familia y la mejora en la comunicación entre los juzgados de familia y los juzgados penales para garantizar la seguridad de los menores en los casos de violencia doméstica o de género³².

2.1 EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

En materia de menores, el interés superior del menor o “favor filii” es uno de los principios más importantes de Derecho, y, por tanto, concretamente del Derecho de Familia, de tal forma que ha de ser el primero de los criterios a tener en cuenta para la toma de decisiones en esta materia³³. En este sentido, la supremacía del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo ha sido reconocida en el artículo 2.1³⁴ de la Ley Orgánica 1/1996, de

³¹ Consejo General del Poder Judicial, *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*, España, 2020.

³² Comunicación Poder Judicial, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-aprueba-la-Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-para-decidir-sobre-la-custodia-de-los-hijos-tras-la-ruptura-matrimonial-->, Consejo General del Poder Judicial. 29 de abril de 2021.

³³ En la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 15 de enero de 2001, sentencia núm. 4/2001, recurso núm. 3966-1997, Tribunal Constitucional, ECLI:ES:TC:2001:4. FJ3, el Tribunal Constitucional establece lo siguiente: “*en materia de guarda y custodia de los hijos menores el criterio decisivo de atribución es el interés del menor*”.

³⁴ La redacción del artículo 2.1 es la siguiente: “*Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las*

15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por su parte, el artículo 11.2. a) de la misma Ley, configura esta supremacía como un principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores. Asimismo, la tutela del interés superior del menor en caso de custodia compartida también se prevé en el artículo 92 del Código Civil modificado por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que ha entrado en vigor recientemente, concretamente el 25 de junio de este año (2021), en el que se determina que deberá adoptarse la modalidad de la custodia compartida siempre que de esta forma se proteja adecuadamente el interés superior del menor.

Sin embargo, lo cierto es que no existe hoy en día una definición concreta de este principio, puesto que la Ley Orgánica 1/1996 se limita a admitir la supremacía del mismo, sin definirlo, tratándose así de un concepto jurídico indeterminado. En consecuencia, ante la ausencia de un concepto jurídico determinado del interés superior del menor, será el Juez quien deba analizar caso por caso, pues cada menor se encuentra en una situación familiar y personal muy distinta, de tal forma que lo que puede resultar beneficioso para un menor puede ser perjudicial para otro, y, asimismo, lo que puede resultar beneficioso para un menor a cierta edad, puede resultar perjudicial para ese mismo menor pasado cierto tiempo. Así, el Juez realiza una doble tarea: por un lado, debe precisar cuál es el interés superior del menor y, por otro lado, debe

instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.” Asimismo, el interés superior del menor también ha sido admitido a nivel internacional, y, en concreto, también a nivel europeo. En el ámbito internacional se reconoce a través del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989, que España ratificó el 30 de noviembre de 1990, y que prevé lo siguiente: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*. A nivel europeo, el principio se reconoce en el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada por el Parlamento Europeo el 15 de noviembre de 2000, que prevé lo siguiente: *“En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial.”*

determinar qué considera que es mejor para los menores según las circunstancias en que se encuentren en cada caso concreto, pues el objetivo es alcanzar la solución más justa y adecuada³⁵.

De esta indeterminación se deriva una ventaja y, a su vez, un inconveniente: por su parte, la ventaja consiste en el hecho de que esta fórmula permite la adaptación del contenido del interés superior del menor a cada caso en concreto, lo cual permite que se tengan en cuenta las circunstancias particulares de cada caso en concreto, mientras que el inconveniente consiste en el hecho de que la solución que se obtiene es fruto de una consideración del Juez, de lo que el Juez considera más adecuado en cada caso, y, por tanto, se aprecia una óptica muy subjetiva, la cual provoca que exista riesgo de inseguridad jurídica. En este sentido, podemos considerar que en cierta medida

³⁵ En este sentido, se ha pronunciado tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo:

- Auto del Tribunal Constitucional, Sección Primera, de 1 de febrero de 2001, auto núm. 28/2001, recurso núm. 5258/2000, Tribunal Constitucional, ECLI:ES:TC:2001:28A: *“Ahora bien, la determinación de cuál sea ese interés superior del menor en el caso concreto es un asunto ajeno a esta jurisdicción de amparo, por corresponder su determinación a los órganos judiciales y no a este Tribunal Constitucional, que únicamente podrá comprobar si en la motivación de las resoluciones judiciales se tuvo en cuenta fundadamente dicho interés, y si no se ha incurrido en la lesión de algún derecho fundamental en los términos indicados.”*

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, sentencia núm. 623/2009, recurso núm. 1471/2006, Roj: STS 5969/2009 Consejo General del Poder Judicial: *“Es cierto que en materia de guarda y custodia compartida, el Código civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de la pareja y que resulta muy difícil concretar en qué consista este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican....el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta.”*

es más beneficioso que la normativa no determine de forma exacta cuál es el interés superior del menor así como la forma de concretar el mismo³⁶.

Por último, cabe mencionar que doctrina y jurisprudencia se han posicionado a favor de distintas perspectivas en cuanto a la finalidad y el concepto del principio del interés superior del menor, pues mientras que una de las perspectivas pretende alcanzar el beneficio de los menores, es decir, lo que es mejor para ellos, la otra perspectiva persigue eludir el perjuicio del menor. En consecuencia, podemos deducir que la segunda perspectiva surge como consecuencia de la imposibilidad en determinadas situaciones de alcanzar una solución idónea, que beneficie a los menores³⁷.

2.2 VOLUNTAD DEL MENOR Y PRINCIPIO DE AUDIENCIA DEL MENOR.

El derecho del menor a ser oído consiste básicamente en que el menor manifieste su opinión, la cual permitirá al Juez, junto con otros elementos, como pueden ser el informe del Ministerio Fiscal, el informe pericial psicosocial que emitiera el Equipo Psicosocial adscrito al Juzgado u otros informes técnicos, valorar si resulta adecuado o no adoptar el régimen de custodia compartida u otro distinto.

Es importante tener presente la voluntad del menor para determinar el régimen de guarda y custodia, pues son los hijos menores los principales sujetos que se van a ver afectados por la decisión que se adopte. Así, surge el derecho de los hijos menores a ser oídos en cualquier procedimiento judicial o administrativo que les afecte, y así lo prevén los apartados 2 y 6 del artículo 92 del Código Civil, que establecen lo siguiente: *“El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.”* (apartado 2), *“En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez*

³⁶ DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C., “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el Derecho Positivo Español” en *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, nº 3, año 2012, pp. 46- 59, pp. 51-53.

³⁷ IVARS RUIZ, J., *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 26

deberá...oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor...” (apartado 6). Asimismo, esta audiencia de los hijos menores se prevé en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en concreto en los artículos 770.4³⁸, en cuanto a los procesos contenciosos, y 777.5³⁹, respecto de los procesos de mutuo acuerdo, en los que la audiencia del menor no aparece inicialmente como obligatoria, lo cual resulta contradictorio con las anteriores previsiones normativas del Código Civil.⁴⁰

El Tribunal Supremo se ha manifestado al respecto, concretamente en la Sentencia de 20 de octubre de 2014, en la que dice lo siguiente: *“La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil , viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio...Para que el Juez o tribunal*

³⁸ En este sentido, la redacción literal del artículo 770.4 es la siguiente: *“Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años. En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.”*

³⁹ Por su parte, la redacción literal del artículo 777.5 es la que sigue: *“Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días.”*

⁴⁰ ESPÍN ALBA, I., “Custodia compartida y mejor interés del menor. Criterios de atribución de la custodia compartida en la doctrina jurisprudencial del tribunal supremo”, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, volumen 21, año 2019, pp. 65-86, pp. 75-78.

pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada”⁴¹.

A tenor del pronunciamiento del Tribunal Supremo, deberán ser oídos los hijos mayores de 12 años en todo caso, así como los menores de 12 años que presenten juicio suficiente, y el Juez solo podrá denegar la comparecencia o audiencia de los mismos mediante resolución motivada en el interés superior del menor⁴². Sin embargo, la audiencia no implica bajo ningún concepto un deber u obligación para el menor, de tal forma que puede decidir libremente no ejercitar este derecho⁴³.

El Juez debe tener en cuenta una serie de elementos a efectos de valorar la voluntad que hubiera manifestado el menor:

- A) La edad del menor; atendiendo sobretodo a su grado de madurez o a su capacidad para comprender la situación familiar y personal en la que se encuentra, pues cada etapa evolutiva de los menores comprende ciertas particularidades de juicio y entendimiento.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2014, sentencia núm. 413/2014, recurso núm. 1229/2013, Consejo General del Poder Judicial, Roj: 4233/2014.

⁴² Así lo prevé el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula el derecho a ser oído y escuchado y cuya redacción literal es la siguiente: *“Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión.”*

⁴³ Así lo declara la Convención sobre los Derechos del niño, adpotada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en su artículo 12, cuya redacción literal es la siguiente: *“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de*

B) La existencia de posibles manipulaciones e influencias externas en la voluntad del menor; el caso más típico consiste en la influencia o presión que ejerce uno de los progenitores, o ambos, sobre el menor para tratar de provocar en éste cierto rechazo hacia el otro progenitor, conducta que hoy en día resulta detectable a través de los Equipos Psicosociales, que valoran aspectos como la justificación sobre la que los menores fundamentan su voluntad, la continuidad, la coherencia respecto del resto de las pruebas, etc. En consecuencia, el Juez debe comprobar que el deseo del menor no se encuentra viciado por la influencia de sus progenitores, lo cual es muy probable que suceda al tratarse de sujetos fácilmente influenciados, sobretodo a través del ofrecimiento por parte de los progenitores de ciertos beneficios de distinta naturaleza, y que además suelen encontrarse sumergidos en un conflicto de lealtades. Existe un conjunto de personas que consideran que esta situación en la que el menor es manipulado por uno de los progenitores para ponerle en contra del otro progenitor se trata del denominado Síndrome de Alienación Parental. Sin embargo, el SAP no ha sido reconocido por la Organización Mundial de la Salud, por lo que resulta más que cuestionable su aval científico⁴⁴. Asimismo, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, afirma que se trata de un síndrome sin aval científico en distintos artículos, como por ejemplo en el artículo 11.3, en el que establece que *“Los poderes públicos tomarán las medidas necesarias para impedir que planteamientos teóricos o criterios sin aval científico que presuman interferencia o manipulación adulta, como el llamado síndrome de alienación parental, puedan ser tomados en consideración”*.

un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

⁴⁴ Carolina García, <https://elpais.com/mamas-papas/2021-05-03/sindrome-de-alienacion-parental-un-termino-sin-base-cientifica-que-oculta-el-maltrato-infantil.html>, EL PAÍS. 8 de julio de 2021.

En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de abril de 2018⁴⁵, en la que establece que *“El interés de la menor no ha de coincidir necesariamente con su voluntad que, como en este caso ha considerado la Audiencia, puede estar condicionada por alguno de los progenitores en perjuicio del otro.”*⁴⁶.

C) Por último, la posibilidad de que la voluntad del menor no coincida con aquello que resulta más beneficioso para el mismo, con lo que más le conviene, es decir, con su interés superior; esto puede suceder bien porque realmente se trate el verdadero deseo o capricho del menor o bien, como ya hemos anunciado, por influencias en la voluntad del mismo. En este sentido, se ha reiterado la doctrina jurisprudencial, como podemos observar, por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 29 de junio de 2005⁴⁷, en la que se establece que: *“Por ello los Tribunales deben tratar de indagar cual es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso no sólo a corto plazo, sine lo que es aún más importante, en el futuro y en esta búsqueda de lo beneficioso para el menor debe tomarse en consideración que aquello que el niño quiere no es, necesariamente, aquello que le conviene, ni tiene porque coincidir lo adecuado con su*

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de abril de 2018, sentencia núm. 206/2018, recurso núm. 2568/2017, Consejo General del Poder Judicial, Roj: 1351/2018.

⁴⁶ Otra sentencia en la que podemos observar esta misma consideración es, por ejemplo:

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de octubre de 2012, sentencia núm. 633/2012, recurso núm. 912/2011, Consejo General del Poder Judicial, Roj: STS 633/2012: *“Todos ellos se han tenido en cuenta para resolver sobre lo que aquí interesa y es evidente que la valoración conjunta de este informe y la exploración realizada en ambas instancias antes de pronunciarse generó la duda de si lo expresado por los menores responde a una voluntad real de cambiar de progenitor custodio, abandonando a su madre, y no a la manipulación por parte de su padre derivada del propio conflicto matrimonial en el que no solo están en juego derechos de las partes sino los intereses de los niños directamente afectados por la resolución que se dicte.”*

⁴⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección núm. 5, de 29 de junio de 2005, sentencia núm. 291/2005, recurso núm. 2/2005, Consejo General del Poder Judicial, Roj: SAP IB 906/2005.

opinión. Es por que el propio Código Civil en su artículo 92 ello dispone la obligatoriedad de dar audiencia a los hijos mayores de doce años, pero no a los menores de dicha edad.”

En definitiva, a pesar de que estos son algunos de los elementos que pueden desaconsejar el carácter prioritario de la voluntad del menor, es fundamental tenerla en cuenta a la hora de adoptar el régimen de guarda y custodia de los mismos, eso si, debiendo atender el Juez también a otros medios de prueba distintos (como por ejemplo los informes psicosociales) y realizar un control suficiente y necesario sobre dicha voluntad, sin perder de vista lo que es realmente beneficioso y conveniente para el menor, independientemente de su voluntad, pues el deseo expresado por los menores en la audiencia no resulta vinculante para el Juez.⁴⁸

2.3 RELACIÓN DE LOS PROGENITORES ENTRE SÍ.

Es habitual que las crisis matrimoniales que desembocan en la disolución del matrimonio no cesen con la finalización del mismo, sino que las relaciones conflictivas entre los cónyuges se prolongan con posterioridad a la misma, de tal forma que, esta conducta de los progenitores o, incluso, la ausencia de comunicación o relación entre ambos afecta considerablemente a las relaciones paterno-filiales y obstaculiza la aplicación práctica del régimen de guarda y custodia compartida. Es por ello que resulta necesario analizar si en estos supuestos va a ser posible la adopción y aplicación práctica del régimen de guarda y custodia compartida, o si, por el contrario, deberá excluirse esta alternativa.

El Tribunal Supremo ha dicho que *“La custodia compartida conlleva como premisa la necesidad 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 efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad...Pero ello no empece a*

*que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia...”*⁴⁹.

En este sentido, el Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente manifestando que la existencia de relaciones conflictivas entre los progenitores cuyo nivel de controversia no sea superior respecto del nivel usual que se da en situaciones de crisis matrimonial no impide la adopción del régimen de guarda y custodia compartida⁵⁰, convirtiéndose estas relaciones en relevantes a efectos de determinar este régimen solo en aquellos casos que afecten negativamente al interés superior del menor⁵¹.

De acuerdo con esta línea jurisprudencial, podemos concluir que la custodia compartida es un sistema que en lo que a las relaciones entre progenitores se refiere, a pesar de ser viable y aconsejable⁵² aún en aquellos supuestos que se de un cierto grado razonable de conflictividad entre los mismos, exige que exista respeto mutuo y suficiente responsabilidad y capacidad por parte de los progenitores para alcanzar y mantener cierta estabilidad y consenso educacional frente a los hijos, lo cual facilitará, a su vez, la toma de decisiones respecto de los mismos, puesto que son unos meros

⁴⁸PINTO ANDRADE, C., “La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución” en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, nº 9, año 2015, pp. 143-145, pp. 171-172.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2018, sentencia núm. 242/2018, recurso núm. 2556/2017, Consejo General del Poder Judicial, Roj: 1478/2018.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de mayo de 2017, sentencia núm. 296/2017, recurso núm. 10372016, Consejo General del Poder Judicial, Roj: 1792/2017.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2011, sentencia núm. 579/2011, recurso núm. 813/2009, Consejo General del Poder Judicial, Roj: STS 813/2009.

⁵² Como puso de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2016 :“*si la mera constatación de no ser fluidas las relaciones entre los progenitores fuese suficiente para denegar la guarda y custodia compartida, se lanzaría un mensaje que iría en contra del interés del menor, pues lo que éste exige es un mayor compromiso de los progenitores y una mayor colaboración, a fin de que los efectos de la crisis matrimonial afecten lo menos posible a los hijos y la situación familiar se resuelva en un marco de normalidad*”.

espectadores de lo ocurrido que se han visto envueltos en esta desagradable situación.

2.4 LA EDAD DE LOS HIJOS.

Según la edad de los hijos, será más conveniente un régimen de guarda y custodia u otro, pues es evidente que las necesidades varían mucho en función de que se trate de un niño de seis meses o de un adolescente de quince años. Es por ello que el Juez deberá tener en cuenta la edad de los hijos a la hora de fijar el régimen de guarda y custodia.

El criterio que se ha seguido tradicionalmente respecto de los menores de corta edad es el conocido como “doctrina de los primeros años” o “tierna infancia”, que consistía en la determinación de la custodia exclusiva a favor de la madre cuando se trate de menores de corta edad, basándose fundamentalmente en el hecho de que los menores necesitan una estabilidad máxima y en la teoría del progenitor natural, que consiste principalmente en que la mujer ejerce las funciones parentales mejor que el hombre⁵³.

Esto cambió con la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de modificación del Código Civil, que modificó el artículo 159 del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, pues en virtud de dicho artículo los hijos menores de siete años quedaban al cuidado de la madre, pero ahora quedarán al cuidado del progenitor que decida el Juez si no existe acuerdo de los progenitores.

No obstante, la edad de los hijos debe ser tomada en cuenta, pues la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor en su artículo 2.3.a) prevé que es uno de los criterios a tener en cuenta a la hora de determinar el interés superior del menor. En el caso de los menores que aún permanecen en la etapa de lactancia, la mayoría de la jurisprudencia tiende a adoptar un régimen de guarda y custodia exclusivo a favor de la madre. En cuanto a los menores de corta edad que ya no se encuentran en período de lactancia, la jurisprudencia no consigue establecer

⁵³ DOMÍNGUEZ OLIVEROS, I. Op.cit., pp. 359-364.

un criterio unánime, pues por un lado, nos encontramos con la vertiente que defiende que es más conveniente adoptar un régimen de custodia exclusiva, generalmente a favor de la mujer, y por el contrario, como consecuencia de la aparición de nuevos estudios que consideran que para evitar un retroceso en las relaciones entre los progenitores y los hijos es necesario un contacto frecuente entre los mismos y que además la teoría del progenitor natural responde a un prejuicio social que no se corresponde con la situación social de los hombres de hoy en día⁵⁴, ha surgido una vertiente cada vez más frecuente que critica esta postura y que considera que a pesar de que la edad deba ser un criterio a tener en cuenta, no significa que sea más beneficioso un régimen exclusivo⁵⁵, y que, en caso de que procediera por la corta edad de los menores, se adoptara de forma provisional hasta que sea posible la adopción de la custodia compartida.⁵⁶

2.5 PROXIMIDAD GEOGRÁFICA DEL DOMICILIO DE LOS PROGENITORES.

⁵⁴ PINTO ANDRADE, C. Op.cit., pp. 169-171.

⁵⁵ En este sentido, podemos observar pronunciamientos del Tribunal Supremo como por ejemplo, la STS de 4 de abril de 2018, en la que dice que en la sentencia recurrida se excluye la guarda y custodia compartida porque el menor se encontraba en período de lactancia cuando se dictaron las medidas provisionales, momento en el que el menor tenía dos años de edad y estaba adaptado al entorno materno, pero que ninguna de estas afirmaciones justifican la medida acordada, añadiendo que *“La sentencia recurrida petrifica la situación del menor, de cuatro años de edad en estos momentos, con el único argumento de que se encuentra adaptado al entorno materno, sin razonar al tiempo sobre cuál sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior; y ello, desde la perspectiva del interés del niño, es contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, como ha recordado con reiteración esta Sala a partir de la sentencia 658/2015, de 17 de noviembre.”*

⁵⁶ MARTÍNEZ CALVO, J., “Incidencia de la edad del menor en la determinación del régimen de custodia. Comentario a la STS de España, núm. 182/2018, de 4 de abril” en *Revista Boliviana de Derecho*, nº 28, año 2019, pp. 444-457, pp. 447-452.

La proximidad geográfica⁵⁷ del domicilio de los progenitores tiene gran influencia en la atribución o no del régimen de custodia compartida, puesto que garantiza la estabilidad del entorno y bienestar de los hijos, ya que les permite mantener puntos de referencia fundamentales para ello, como son sus amistades, centro educativo, actividades extraescolares, centro de salud, etc. Así, el arraigo social, familiar y escolar de los hijos depende de este criterio⁵⁸. En consecuencia, resulta necesario precisar si el hecho de que los domicilios de ambos progenitores se hallen lejanos el uno del otro excluye la adopción de la custodia compartida.

Ante la ausencia de previsión legal, la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto considerando que en estos casos resulta inviable el establecimiento de este régimen. El Tribunal Supremo en concreto, se ha venido mostrando contrario al régimen de custodia compartida en caso de que los progenitores tengan su domicilio en localidades distintas y separadas por una distancia considerable⁵⁹, pues de lo contrario, ello supondría una situación de desarraigo de los hijos por quedar éstos sometidos a constantes cambios escolares, familiares, sociales, de rutina, hábitos, etc, rompiendo así la estabilidad del entorno del menor.⁶⁰

⁵⁷ En todo caso, es evidente que no es exigible la proximidad de los domicilios de los progenitores para la adopción de la custodia compartida cuando son los progenitores quienes van rotando, siendo los menores los que permanecen en la misma vivienda.

⁵⁸ Este criterio se encuentra directamente relacionado con lo previsto por el artículo 2.3.d) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual se tendrán que tener en cuenta una serie de elementos generales a la hora de ponderar los criterios conforme a los cuales se define el interés superior del menor, en concreto: *“d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.”*

⁵⁹ Por ejemplo, el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de enero de 2018 establece la imposibilidad de establecer un sistema de custodia compartida puesto que la madre residía en Jerez de la Frontera y el padre en Rentería (1102 km). Otro ejemplo es la Sentencia de 19 de octubre de 2017, en el que un progenitor residía en Salamanca y el otro en Alicante (638km)

⁶⁰ ESPÍN ALBA, I. Op.cit., p. 73.

Así, en caso de que ambos progenitores residan bien en la misma localidad bien en localidades distintas pero no excesivamente distantes entre sí⁶¹ será aconsejable la adopción de la custodia compartida.

Por último, cabe hacer referencia un supuesto poco frecuente, se trata de aquellos casos en los que procede la custodia compartida a pesar de existir una distancia excesiva entre los domicilios de ambos progenitores, se trata del régimen de guarda y custodia compartida distribuido por años o por cursos escolares, en virtud del cual los menores convivirán con cada progenitor en años alternos⁶². También se ha previsto la adopción de la custodia compartida a través de los denominados períodos de alternancia lectivos y no lectivos, que consisten en que los hijos conviven con un progenitor durante las vacaciones y con el otro progenitor durante el período escolar⁶³.

⁶¹ En estos casos en los que los progenitores viven en localidades distintas pero no excesivamente distantes, hay que tener en cuenta que el tiempo de los desplazamientos del menor le permita acudir al mismo centro educativo y conservar una relación fluida con su círculo familiar y afectivo. En esta línea se pronuncia el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de junio de 2017, estableciendo que procede el régimen de custodia compartida a pesar de que los domicilios de ambos progenitores se encuentran en localidades distintas, ya que el hijo se encuentra escolarizado en un centro de educación equidistante de ambas localidades y el tiempo efectivo de desplazamiento entre las mismas es de cuarenta y tres minutos. En sentido contrario falló la Audiencia provincial de Barcelona en una sentencia de 28 de julio de 2020, en la que denegó la custodia compartida a pesar de que la distancia entre los domicilios de ambos progenitores no era importante, porque consideró que “dificultaba el traslado diario y la práctica de actividades extraescolares”.

⁶² El Juzgado de Primera Instancia en Madrid, en Sentencia de 7 de junio de 2016, optó establecer el régimen de guarda y custodia compartida distribuido por periodos anuales, de tal forma que cada progenitor, que vivían a 400 km de distancia, tendrían la custodia de la menor Victoria en años alternos desde el 1 de septiembre hasta el 30 de junio. No obstante, El Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de enero de 2020 puso fin a este régimen y estableció un régimen de guarda y custodia exclusiva.

⁶³ MARTÍNEZ CALVO, J., “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)” en *Revista Boliviana de Derecho*, nº 30, año 2020, pp. 702-717, pp. 705-713.

Al igual que en el resto de criterios, este tampoco es absoluto, siendo necesario analizar caso por caso tanto la distancia como las circunstancias que se pudieran ver afectadas por la misma, teniendo siempre presentes el resto de criterios que persiguen como siempre el mejor interés del menor.

2.6 CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y COPARENTALIDAD.

En general, el principio de corresponsabilidad parental puede definirse como el reparto igualitario de los derechos y obligaciones que los cónyuges deben cumplir respecto de sus hijos. En virtud de este principio de corresponsabilidad parental, son varias las legislaciones que prevén la elaboración por ambos progenitores de Planes de Responsabilidad Parental, de tal forma que se determine de forma precisa las obligaciones de alimentos, residencia, cuidado, educación correspondientes a cada uno de ellos respecto de sus hijos, así como otros asuntos relevantes cuya previsión se considere necesaria⁶⁴.

Por su parte, podemos definir el principio de coparentalidad como el derecho de los hijos a conservar la continuación de las relaciones afectivas con ambos progenitores ⁶⁵.

Se podría decir que estos dos principios constituyen la base de la custodia compartida, en el sentido de que este régimen tiene por objeto preservar dentro de lo posible la situación anterior a la ruptura de los progenitores. No obstante, y como hemos visto anteriormente, se trata de principios subordinados al interés superior del menor.

2.7 PRINCIPIO DE NO SEPARACIÓN DE LOS HERMANOS.

Este principio se concreta en el artículo 92.10 del Código Civil, que establece que el Juez adoptará el régimen de guarda y custodia procurando no separar a los hermanos, y los tribunales consideran lo tienen presente debido a su importancia para el desarrollo personal y afectivo entre los hijos.

⁶⁴ LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos*. Editorial La Ley, Madrid, 2008, pp. 348-367.

⁶⁵ LATHROP GÓMEZ, F., Op. cit, pp. 381-383.

No obstante, el Tribunal Supremo se reitera diciendo que es cierto que no se trata de un mandato imperativo y absoluto, sino que tanto la jurisprudencia como el legislador consideran que es recomendable en los casos de ruptura entre los progenitores, por tanto, cabe la separación de los hermanos siempre que las circunstancias del caso concreto y fundamentalmente el interés superior del menor lo aconsejen⁶⁶.

2.8 CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR.

La adopción del régimen de custodia compartida implica un cuidado y atención constante y diario de los hijos, por tanto, a la hora de determinar la adopción de un régimen de guarda y custodia u otro, es necesario tener en cuenta la disponibilidad en tiempo real de los progenitores para ejercer los derechos y responsabilidades respecto de los hijos que este régimen implica. Es cierto que en determinados momentos los progenitores pueden ser auxiliados por terceras personas en la realización de ciertas tareas, como por ejemplo la recogida en el centro escolar, pero en la custodia compartida quienes asumen la responsabilidad y el cuidado de los hijos son sus progenitores, y es por ello que los Tribunales tienden a valorar la disponibilidad de los mismos⁶⁷.

En consecuencia, con carácter general los Tribunales entienden que si uno de los progenitores no cuenta con la disponibilidad que requiere este régimen, será más apropiada la custodia exclusiva, pues consideran que es preferible evitar que el progenitor que se encuentre en esta situación delegue el cuidado y atención de los hijos en terceras personas, siendo posible que el otro progenitor desempeñe dicha responsabilidad. Por tanto, procederá la custodia

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de septiembre de 2015, sentencia núm. 530/2015, recurso núm. 1537/2014, Consejo General del Poder Judicial, Roj: STS 3890/2015.

⁶⁷ En este sentido, por ejemplo, se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid, Sala de lo Civil, en Sentencia de 18 de julio de 2017, recurso núm. 857/2017, en la que decidió que continuara la custodia exclusiva a favor de la madre, manifestando que el régimen de custodia compartida solicitado por el padre no procede por ser incompatible el ejercicio de las funciones parentales con la jornada laboral del mismo.

compartida siempre que esa delegación no vaya más allá del apoyo normal que la familia pudiera facilitar al progenitor⁶⁸.

⁶⁸ DOMÍNGUEZ OLIVEROS, I. Op.cit., pp. 333-336.

CAPÍTULO 3.- ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

La atribución del uso de la vivienda familiar es una de las cuestiones patrimoniales y personales más importantes en las rupturas conyugales y, por tanto, uno de los asuntos que más conflictos genera. El uso de la vivienda familiar, según la doctrina del Tribunal Supremo y Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública es un derecho familiar⁶⁹.

Las medidas sobre atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los cónyuges se regulan en el artículo 96 del Código Civil. La solución que nos ofrece este artículo es la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores y al cónyuge custodio, salvo que exista acuerdo entre los cónyuges aprobado por el Juez. En caso de que un cónyuge sea custodio de algunos hijos y el otro cónyuge lo sea de otros, el Juez resolverá lo procedente. En consecuencia, con carácter general, el uso de la vivienda familiar se atribuye a los hijos y al progenitor en cuya compañía queden. El Tribunal Supremo ha expresado reiteradamente que *“La atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 del CC”*⁷⁰.

Respecto del art. 96 CC, está pendiente de entrar en vigor la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que dará nueva redacción⁷¹ a dicho artículo.

⁶⁹ LINACERO DE LA FUENTE, M., *Derecho de la Persona y de las Relaciones Familiares*. Editorial Tirant lo Blanch, 2021. p. 491.

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública se denominaba entre 1909 y 2020 “Dirección General de los Registros y del Notariado”.

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2020, sentencia núm. 351/2020, recurso núm. 4122/2019, Consejo General del Poder Judicial, Roj: STS 2039/2020.

⁷¹ Esta nueva redacción recoge tres novedades importantes, que son:

1.- La atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor custodio es hasta que los hijos alcanzan la mayoría de edad, por tanto, se introduce una

Resulta extraño que la modificación del artículo 92 del Código Civil y la consiguiente introducción del régimen de guarda y custodia compartida a través de la Ley 15/2005, de 8 de julio no haya supuesto asimismo la adaptación de otras medidas como son la atribución del uso de la vivienda familiar o la prestación de alimentos, sobretodo teniendo en cuenta que el propio Tribunal Supremo considera que el este régimen es prioritario respecto del régimen de custodia exclusiva a favor de un progenitor.

Como hemos podido observar al analizar las soluciones que nos ofrece el artículo 96 del Código Civil, entre las mismas no existe ninguna que resuelva el supuesto de la custodia compartida. Ante esta ausencia de previsión legal, el Tribunal Supremo se ha visto obligado a manifestarse al respecto, declarando que no procede la aplicación del primer párrafo del mencionado artículo, ya que los hijos no quedan bajo la custodia exclusiva de uno de los cónyuges, por lo que debe aplicarse por analogía el párrafo cuarto del mismo (supuestos de guarda y custodia exclusiva con separación de hermanos), de tal forma que, en caso de que no exista acuerdo de los progenitores, el Juez resolverá lo procedente⁷².

En consecuencia, a la hora de determinar la atribución del uso a un cónyuge u otro, el Juez deberá valorar todos los intereses afectados: el interés más necesitado de protección⁷³, las circunstancias concurrentes en cada caso,

limitación temporal. En caso de que hubiera varios hijos, la atribución del uso de la vivienda es hasta que el menor de ellos alcanza la mayoría de edad.

2.- En caso de existir hijos en situación de discapacidad, estos se equiparan a los hijos menores, determinando la autoridad judicial el plazo de duración del derecho de uso de la vivienda familiar.

3.- Extinguido el uso de la vivienda familiar, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI del CC, relativo a los alimentos entre parientes.

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de febrero de 2018, sentencia núm. 95/2018, recurso núm. 2866/2917, Consejo General del Poder Judicial, Roj: STS 503/2018.

⁷³ El interés más necesitado de protección entiende el Tribunal Supremo en Sentencia 183/2017, de 14 de marzo, que es "*aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres*".

la capacidad económica de ambos cónyuges, el titular jurídico de la vivienda, así como la existencia de otras viviendas⁷⁴.

Así pues, son los tribunales quienes han llevado a cabo (y continúan haciéndolo) la tarea de adaptar el mencionado artículo 96 CC a la actual realidad social, en la que cada vez es más frecuente y predominante el régimen de custodia compartida. De acuerdo con el estudio jurisprudencial y doctrinal, podemos establecer los siguientes modelos de atribución del uso de la vivienda familiar:

3.1. EL USO ALTERNO O ROTATORIO DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR AMBOS CÓNYUGES Y SUS HIJOS.

Una de las soluciones previstas por los tribunales es el sistema de uso alterno o rotatorio de la vivienda familiar, comúnmente conocido como “casa nido”, modalidad en la que son los hijos quienes permanecen en la vivienda familiar, siendo sus progenitores quienes van rotando en función de los períodos de tiempo que les hubieran sido asignados para el cuidado de aquellos: semanalmente, mensualmente, anualmente, etc. Esta alternativa pretende mantener a los menores en su entorno vital, en la vivienda familiar, al igual que el artículo 96.1 CC, que perseguía el mismo fin⁷⁵.

Esta alternativa puede resultar menos perjudicial para los menores afectados por la crisis conyugal, pues afianza una cierta estabilidad al permanecer éstos en su entorno vital, permite la disponibilidad directa e inmediata de los objetos esenciales y básicos de los menores, en su caso,

⁷⁴ ROSA IGLESIAS MARTÍN, C., Op.cit, pp. 304-306.

En este sentido, se pronuncia el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de octubre de 2014, en la que establece que “Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso en cada caso con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos o de un tercero.

⁷⁵ CHAPARRO MATAMOROS, P., *Derecho de uso y Vivienda Familiar: su Atribución Judicial en los Supuestos de Crisis Familiares*. Editorial Tirant lo Blanch, 2018. p. 340.

incluso evita la adaptación de otras viviendas a las necesidades especiales de los menores, etc.

No obstante, la adopción de esta modalidad conlleva dos grandes problemas fácilmente perceptibles. En primer lugar, el principal inconveniente es el económico, pues el establecimiento de esta alternativa obliga a cada uno de los progenitores a disponer de una segunda vivienda en la que poder habitar durante los períodos de tiempo en los que no les corresponda el cuidado de sus hijos, y, por ende, tampoco el uso de la vivienda familiar. En consecuencia, el uso alterno de la vivienda familiar conlleva la existencia de, al menos, tres viviendas: la vivienda familiar, y las viviendas particulares de cada progenitor, lo que implicaría duplicar ciertos gastos como el IBI, seguro del hogar, gastos de la comunidad, arrendamiento, etc, gastos que, a su vez, provocarían satisfacer en peor medida otros gastos relativos al cuidado de los menores, como pueden ser los alimentos. Es por ello que se trata de una situación difícil de asumir económicamente. Puede suceder que los progenitores compartieran de igual modo la segunda vivienda o vivienda particular a efectos de ahorrar gastos y que su economía no se viera tan perjudicada, pero esta situación solo complicaría más la situación y seguramente aumentarían los problemas.

Asimismo, el uso alterno de la vivienda familiar también resulta problemático desde el punto de vista de la relación personal entre los progenitores, pues esta modalidad exige un mínimo de entendimiento entre aquellos, ya que de lo contrario podría surgir una situación contraproducente. Es por ello que esta medida suele adoptarse cuando el régimen de custodia compartida ha sido establecido de mutuo acuerdo por ambos progenitores⁷⁶.

En virtud de lo expuesto, podemos deducir que los conflictos que provoca el uso alterno de la vivienda familiar son más numerosos que las ventajas, siendo aquellos asimismo más gravosos y perjudiciales de lo que beneficiosas son éstas. Es por ello que con carácter general el Tribunal

76 AVIÑÓ BELENGUER, D., "Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida" en *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 12, año 2020, pp. 194-219, pp. 204-205.

Supremo se muestra reacio a conceder esta medida, como hemos podido observar en numerosas Sentencias, como por ejemplo:

- La STS núm.15/2020, de 16 de enero de 2020, F.J. 5º, en la que establece que “la rotación en la vivienda familiar no es un sistema que vele por el interés de los menores, ni es compatible con la capacidad económica de los progenitores”⁷⁷.
- La STS núm. 396/2020, de 6 julio 2020, en la que se establece que no procede el uso alternativo de la vivienda familiar por ser incompatible con la capacidad económica de los progenitores, y considerando que la madre no posee el interés más necesitado de protección, el TS atribuyó el uso temporal de la vivienda familiar a las hijas y a la madre por un período máximo de un año⁷⁸.

Sin embargo, también existen resoluciones judiciales que establecen el uso alternativo del domicilio familiar, como por ejemplo la SAP Tarragona, núm. 147/2012, de 28 de marzo, establece que “En este caso nos encontramos ante un hijo que ha venido desarrollando sus actividades cotidianas en el ámbito cercano al domicilio familiar, los progenitores presentan ingresos similares y ambos poseen acceso a otra vivienda en otras localidades, lo que facilita el desarrollo de este uso alternativo de la vivienda familiar y determina que no exista un especial interés necesitado de protección en ninguno de los dos, lo que permite atribuir un uso compartido de un inmueble que pertenece a ambos y los dos asumen sus gastos y cargas”.

Por último, cabe añadir una breve referencia a la solución que establece el legislador catalán en los casos de custodia compartida. El artículo 233-20.1 del Código Civil Catalán determina que los cónyuges pueden “*acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados*”. Sin embargo, esta solución solo puede ser acordada por los progenitores, no pudiendo el

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de enero de 2020, sentencia núm. 15/2020, recurso núm. 826/2019, Consejo General del Poder Judicial, Roj: STS 61/2020.

juez imponerla contra la voluntad de aquellos. Esto se debe a que el artículo 233-20.3.a) del CCCat establece que *“la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado”* cuando *“la guarda de los hijos queda compartida o distribuida entre los progenitores”*. No obstante, en este último caso la atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges, *“debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas”* (art. 233-20.5).

3.2 LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR AL PROGENITOR MÁS NECESITADO DE PROTECCIÓN.

Otra posible solución en caso de adopción del régimen de guarda y custodia compartida es la atribución del uso exclusivo de la vivienda familiar a un solo progenitor, que será el progenitor más necesitado de protección, es decir, aquel que desde un punto de vista objetivo tiene más difícil acceder a una vivienda, ya sea por inexistencia de recursos económicos, inestabilidad laboral, problemas de salud, etc. Esta valoración tiene por objeto alcanzar una solución justa e igualitaria para ambos progenitores⁷⁹.

La jurisprudencia se decanta mayoritariamente por este sistema, en el que serán los hijos quienes deben cambiar de domicilio, de tal forma que habitarán en la vivienda familiar con el progenitor más necesitado de protección durante los períodos de tiempo que estén bajo su guarda, y habitarán en otra vivienda distinta con el otro progenitor durante los períodos de tiempo que estén bajo la guarda de este último. Esta medida encuentra su fundamento en que cuando existen desequilibrios económicos entre los cónyuges, en estos

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de julio de 2020, sentencia núm. 396/2020, recurso núm. 1754/2019, Consejo General del Poder Judicial, Roj: STS 2093/2020.

⁷⁹ FLORES MARTÍN, J., “El ejercicio de la custodia compartida en la vivienda común y empobrecimiento patrimonial de los progenitores. Comentario a la STS 215/2019, de 5 de abril (JUR 2019, 142129), en *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, nº 49, año 2019.

casos será necesario garantizar el derecho de habitación de los menores cuando se encuentren bajo la guarda del progenitor que necesita una vivienda digna y apropiada en la que poder ejercer el cuidado de aquellos. En todo caso, el Juez debe tratar de compatibilizar el interés del menor y el interés del progenitor al que se pretende atribuir el uso exclusivo⁸⁰.

A pesar de que con el establecimiento de esta medida se logra evitar muchos de los problemas económicos y relativos a la relación personal que surgían entre los cónyuges con la adopción de la anterior alternativa, la desventaja aquí que es que tiene lugar una cierta desvinculación de los menores con su entorno vital cuando abandonan la vivienda familiar durante el período de guarda correspondiente al progenitor que no disfruta del uso de la vivienda familiar. Sin embargo, teniendo en cuenta la realidad social en la que nos encontramos actualmente, autores como CHAPARRO MATAMOROS⁸¹ han desmitificado la consideración del “entorno vital” como elemento básico para los menores, pues hoy en día el cambio o ampliación del entorno resulta ser una ventaja para éstos, ya que ello conlleva la consiguiente ampliación de su círculo de relaciones personales, así como un importante desarrollo personal y aprendizaje social, sobretodo existiendo hoy en día la posibilidad de comunicarse con familiares y amigos a través de las nuevas tecnologías que permiten mantener el contacto en todo momento.

3.3 DIVISIÓN MATERIAL DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Otra posible solución en los casos de custodia compartida consiste en que la que antes era vivienda familiar, siempre que sea susceptible de ello (por ejemplo, casa unifamiliar de varias plantas o grandes dimensiones con accesos independientes al exterior), sea objeto de división mediante las reformas oportunas y se adjudique una planta a cada cónyuge. Esta alternativa resulta ventajosa en varios sentidos; por un lado, a nivel económico, pues ninguno de los progenitores se ve obligado a adquirir una segunda vivienda, y, por otro lado, el menor permanece en su entorno habitual, de tal forma que la

⁸⁰ ÁLVAREZ OLALLA, M., “Última jurisprudencia del TS en materia de Custodia Compartida” en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 3, año 2018.

separación de sus progenitores no implicará que el menor deba realizar traslados de vivienda constantes, siendo su desplazamiento mínimo, lo cual favorece asimismo la existencia de un contacto habitual y permanente con ambos progenitores, lo cual permitirá que los menores conserven fuertes lazos con ambos⁸².

En todo caso, para que la petición de división de la vivienda familiar sea posible, el Tribunal Supremo exige que se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que la división material de la vivienda en cuestión sea físicamente posible.
2. Que las dos viviendas resultantes sean habitables e independientes.
3. La inexistencia de relaciones conflictivas e irreparables entre los progenitores.
4. Que la división de la vivienda familiar sea una solución necesaria y más beneficiosa para proteger todos los intereses en juego de cada caso en concreto.

3.4 NO ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Cabe la posibilidad de que los progenitores hubieran acordado o los tribunales hubieran recomendado la convivencia de los menores con los progenitores en dos viviendas distintas a la vivienda familiar, de tal forma que cada progenitor disponga de su propia vivienda en la que van a convivir con sus hijos durante el período de guarda que les hubiera sido asignado. Esta situación suele darse cuando ambas partes disponen de una vivienda adecuada en la que habitar con los menores durante los períodos correspondientes: ya sea porque disponen de ella por ser de su propiedad o a través de arrendamiento; por la enajenación de la vivienda familiar a terceros y posterior adquisición o arrendamiento de otras viviendas nuevas; por la adquisición de la vivienda familiar por uno de los progenitores; o por la existencia de viviendas propiedad de familiares o de las nuevas parejas de los

⁸¹ CHAPARRO MATAMOROS, P., Op. cit, pp. 348-349.

⁸² LEGERÉN MOLINA, A., "Comentario a la STS de 30 de abril de 2012. Posibilidad de dividir materialmente la vivienda familiar en supuestos de crisis matrimonial en base a lo establecido por el artículo 96 CC", en *CCJC*, nº 90, 2012.

ex cónyuges. Estos son algunos de los ejemplos con los que nos podemos encontrar en la práctica, aunque pueden darse otros menos convencionales. Al no existir en estos supuestos un interés más necesitado de protección, el Juez no se pronuncia sobre la atribución del uso de la vivienda familiar⁸³.

Las ventajas que podemos observar como consecuencia de la adopción de esta alternativa son, por un lado, la mayor facilidad y celeridad a la hora de llevar a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales y, por otro lado, se evitan los problemas que pudieran derivarse de la toma de decisiones respecto del destino que cada progenitor quisiera someter a la vivienda, pues en caso de que la relación entre ambas partes fuera conflictiva la existencia de una vivienda en común podría empeorar dicha relación y generaría una situación indeseable para todos.

3.5 LIMITACIÓN TEMPORAL A LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

También es importante analizar aquí la cuestión relativa a la limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor más necesitado de protección. Se trata de un asunto de gran relevancia puesto que cabe la posibilidad de que el progenitor no usuario sea el titular único o cotitular de la vivienda habitual, y, como tal, estará interesado en que la atribución sea por tiempo limitado. Sin embargo, lo que sucede es que este interés choca con el superior interés del menor, que consiste en contar con un domicilio en el que poder habitar durante los períodos de guarda correspondientes al progenitor usuario.

Como hemos visto, en caso de que se adopte la custodia monoparental, el uso de la vivienda familiar se atribuye automáticamente a los menores y al progenitor al que se hubiera atribuido aquella, independientemente de quién sea el titular jurídico de la vivienda: ya sea la vivienda un bien ganancial o un bien privativo del cónyuge no custodio. El Tribunal Supremo ha manifestado que el artículo 96.1 CC debe aplicarse de forma literal, lo cual comporta que la atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de custodia monoparental

⁸³ AVIÑÓ BELENGUER, D., Op. cit., pp. 207-208.

es indefinida, es decir, no puede ser sometida a límites temporales, y esto se debe al principio del superior interés del menor⁸⁴.

Sin embargo, el tratamiento de esta cuestión es distinto en los supuestos en los que el régimen adoptado sea el de la custodia compartida y el uso de la vivienda familiar se atribuye al progenitor más necesitado de protección en virtud de la aplicación analógica del artículo 96.2 CC previsto para el matrimonio sin hijos. El juez, tras haber analizado los intereses afectados, podrá atribuir el uso de la vivienda familiar al progenitor más necesitado de protección a pesar de que o bien no sea el propietario de ésta o bien que sea copropietario, pero esa atribución no puede ser indefinida, sino que debe ser por un tiempo determinado⁸⁵, pues en estos casos la atribución del uso se basa en la necesidad de uno de los progenitores y no en el interés de los menores. Además, debe tratarse de un período de tiempo prudencial, y, por tanto, la determinación del mismo no puede ser arbitraria, sino que la determinación

⁸⁴ Así lo ha manifestado en reiteradas ocasiones, como por ejemplo en las sentencias de 1 y 14 de abril , 21 de junio y 30 de septiembre de 2011 , que fijan como doctrina jurisprudencial la siguiente: "la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC ". Así como también la STS 17 de octubre 2013 manifiesta que el artículo 96 CC establece "que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio".

⁸⁵ Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de noviembre de 2015, núm. 658/2015, recurso núm. 1889/2014, Consejo General del Poder Judicial, Roj: STS 5218/2015; *"Esta Sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con ella conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 C. Civil , aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, con el fin de facilitar a ella y a la menor (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia (STS 9 de septiembre de 2015; rec. 545 de 2014), transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales."*

debe ser razonable, para lo cual el Juez deberá tener en cuenta las circunstancias de cada caso concreto, tratando de conciliar los intereses en juego: por un lado, el interés del progenitor no usuario que es propietario único o copropietario de la vivienda familiar cuyo derecho de uso queda en suspenso, y, por otro lado, el interés de los hijos menores de contar con un domicilio en el que poder habitar durante los períodos de guarda correspondientes al progenitor usuario.

Cabe señalar que en caso de que una vez finalizado el período de tiempo de uso fijado, si la situación de necesidad del progenitor usuario perdura, cabe la posibilidad de solicitar la prórroga del mismo con el fin de evitar que los menores queden desamparados durante los períodos de guarda del progenitor usuario⁸⁶.

Podríamos decir que el fundamento del establecimiento de limitaciones temporales en la atribución del uso de la vivienda familiar consiste en ayudar al progenitor necesitado de más protección a evolucionar y rehacer su situación económica y laboral, de tal forma que ello le permita satisfacer la necesidad de vivienda de los menores⁸⁷.

En caso de que existiera igualdad de condiciones económicas entre ambos progenitores, es decir, cuando no hubiera un progenitor más necesitado

86 COSTAS RODAL, L., "Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS" en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 11, año 2016.

87 Como bien se manifiesta en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de julio de 2016, sentencia núm. 522/2016, recurso núm. 2187/2015, Consejo General del Poder Judicial, Roj: STS 3888/2016: "*Es cierto que la situación económica de uno de los progenitores puede dificultar en algunos casos la adopción del régimen de custodia compartida [...]. Pero es el caso que esta medida no ha sido cuestionada y que en el momento actual es posible extender el uso hasta los dos años contados desde esta sentencia [...]. Se trata de un tiempo suficiente que va a permitir a la esposa rehacer su situación económica puesto que si bien carece en estos momentos de ingresos, cuenta con apoyos familiares y puede revertir, por su edad, y cualificación (química) la situación económica mediante al acceso a un trabajo, que incremente los ingresos que recibe tras la ruptura personal definitiva de su esposo, y le permita, como consecuencia, acceder a una vivienda digna para atender a las necesidades del hijo durante los períodos de efectiva guarda*"

de protección, la vivienda familiar queda sin adscripción, de tal forma que el Juez no podrá atribuir el uso de aquella, pudiendo, eso si, fijar un plazo para el desalojo de la vivienda por el progenitor usuario⁸⁸ para su posterior liquidación⁸⁹.

3.6 COMPENSACIÓN A FAVOR DEL PROGENITOR NO USUARIO.

La atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor más necesitado de protección implica desde el punto de vista tanto económico como personal una cierta desigualdad entre ambas partes, ya sea el progenitor no usuario de la vivienda familiar el propietario o copropietario de la misma, pues éste se ve privado de su derecho a disponer de la vivienda o bien a la explotación de la misma. Es por ello que, la posibilidad de establecer una compensación económica a favor del progenitor propietario y no usuario podría ayudar a equilibrar la situación generada.

En este sentido, a pesar de que nuestro Código Civil carece de regulación legal, existen varias normas autonómicas que regulan esta cuestión, que son las siguientes:

1. Ley de 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (Valencia). El Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de esta Ley, ya que la Comunitat Valenciana carece de competencia para legislar en Derecho civil. La solución que aporta esta norma se regula en su artículo 6.1, en el que se establece una compensación a cargo del progenitor usuario, y a favor

⁸⁸ En este sentido, podemos observar por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de octubre de 2014, sentencia núm. 576/2014, recurso núm. 164/2014, Consejo General del Poder Judicial, Roj: STS 4084/2014: *“la vivienda que fue familiar queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia y no consta que la madre necesite una especial protección, así que quedará sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación, en su caso, por lo que esta Sala fija un plazo prudencial a la demandada para desalojarlo de seis meses”*

del progenitor titular, la cual se determinará teniendo en cuenta *“las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso”*.

2. Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (País Vasco). La solución que aporta esta norma se prevé en el artículo 12.7, que establece que la compensación se determinará *“teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquiler de viviendas similares y la capacidad económica de los miembros de la pareja”*.

⁸⁹ PARDO PUMAR, M.J., “El uso de la vivienda en supuestos de guarda y custodia compartida: análisis de la doctrina jurisprudencial” en *Revista de*

CONCLUSIONES

Finalizado el estudio del sistema de la custodia compartida y de la atribución del uso de la vivienda familiar, y habiendo logrado una visión general de la materia, expondremos a continuación un conjunto de ideas que sintetizan las cuestiones que hemos analizado a lo largo del trabajo.

I. La custodia compartida es uno de los posibles sistemas de guarda y custodia, que se regula positivamente en el ordenamiento jurídico español a través de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, y nace como consecuencia de la necesidad de adoptar un régimen de guarda y custodia que se adapte a la realidad social actual, una realidad social en la que ya no es la mujer la que se ocupa de las tareas del hogar y del cuidado y atención de los hijos por disponer de más tiempo para ello, sino que nos encontramos en una sociedad en la que la mujer se ha incorporado progresivamente al mundo laboral y por tanto el hombre se ha involucrado en la participación del cuidado de los hijos, de tal forma que ambos progenitores se reparten de forma equitativa las tareas y responsabilidades sobre los mismos. Asimismo, esta modalidad surge como consecuencia del derecho de los hijos a relacionarse por igual con ambos progenitores.

II. Teniendo en cuenta las distintas definiciones doctrinales y jurisprudenciales que hemos visto, podemos concluir que la custodia compartida tiene por objeto la concreción de un sistema de reparto de los tiempos y estancia de los hijos con cada uno de los progenitores, de forma igualitaria, pero siempre atendiendo a la circunstancias concretas en cada caso y fundamentalmente al interés del menor, en el que ambos progenitores asumen un conjunto de derechos y obligaciones equitativo sobre el cuidado, educación y las necesidades económicas de los hijos, de tal forma que se crea una situación similar a la que existía antes de la ruptura de la unidad familiar.

III. En la regulación normativa de la custodia compartida introducida con la Ley 15/2005 no se establecieron en el Código Civil las pautas o criterios tan necesarios para la concesión de la misma. En consecuencia, el Tribunal Supremo establece una lista abierta de criterios que deberán de tener en cuenta los jueces a la hora de decidir la adopción de esta modalidad.

IV. Los tribunales han manifestado en numerosas ocasiones que la custodia compartida es la modalidad que mejor garantiza el interés superior del menor, pues permite a los menores conservar una relación estable con ambos progenitores.

V. En relación con el párrafo anterior, la adopción de la custodia compartida no va a ser siempre aconsejable, pues ello dependerá de las circunstancias concretas de cada caso y de la ponderación de los correspondientes criterios, de tal forma que tras dicho análisis el Juez determinará la viabilidad o no de la medida.

VI. Algunos de los criterios más relevantes a tener en cuenta a la hora de determinar si la custodia compartida resulta más beneficiosa para los menores son: la voluntad manifestada por los menores, de tal forma que procederá la medida siempre que coincida con su mayor beneficio y tengan suficiente juicio; la relación que tuvieran los progenitores entre sí, siendo la custodia compartida viable aún en aquellos supuestos que se de un cierto grado razonable de conflictividad entre los mismos; la edad de los hijos; la ubicación de los domicilios de los progenitores; la corresponsabilidad parental y coparentalidad; el número de hijos (principio de no separación de los hermanos); así como la posibilidad de conciliación de la vida laboral y familiar de los progenitores, pues con carácter general los Tribunales entienden que si uno de los progenitores no cuenta la disponibilidad que requiere este régimen, será más apropiada la custodia exclusiva; y, en suma, cualquier otro criterio relevante a efectos de garantizar el interés superior del menor.

VII. En vista de las ideas expuestas, podemos concluir la necesidad de reforma del Código Civil a fin de establecer un concepto único e inequívoco de custodia compartida así como un conjunto de criterios a seguir a la hora

de determinar la viabilidad o no de la custodia compartida en cada caso concreto.

VIII. Ante la ausencia de regulación legal de la cuestión relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia compartida, el Tribunal Supremo se ha manifestado al respecto determinando que el primer párrafo del artículo 96.1 CC no es aplicable, sino que debe aplicarse analógicamente el párrafo cuarto del artículo 96.1 CC. Esto se debe a que en el sistema de custodia compartida no podemos hablar de una única vivienda familiar, pues al quedar el menor al cuidado de ambos progenitores habrá dos viviendas, e incluso, en caso de que se hubiera adoptado la modalidad de la vivienda nido, existirían tres domicilios distintos.

IX. En caso de que las partes no hubieran alcanzado un acuerdo, es el Juez quien debe adoptar una decisión sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, para lo cual debe tener en cuenta los intereses en juego, que son: el interés superior del menor, es decir, el derecho de los hijos menores a disponer de una vivienda durante los períodos de guarda del progenitor más necesitado de protección, así como el interés del titular o cotitular no usuario de la vivienda.

X. En la custodia compartida, la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe someterse a un límite temporal prudencial para satisfacer los intereses en juego, pues de lo contrario, una atribución indefinida sería excesivamente gravosa para el propietario o copropietario de la vivienda no usuario, cuyo derecho de uso de la vivienda quedará en suspenso, no pudiendo disponer de ella ni obtener ningún rendimiento por explotación de la misma. Además, el límite temporal se justifica también porque se basa en el interés del progenitor más necesitado de protección, y no solo en el interés superior del menor como sucede en los casos de custodia exclusiva, de tal forma que se le atribuye el uso de la vivienda al progenitor más necesitado de protección por el período de tiempo que fuera necesario para que su situación de necesidad desaparezca, por lo que con ello se pretende ayudar al progenitor usuario a evolucionar y rehacer su

situación económico-laboral de tal forma que ello le permita satisfacer la necesidad de vivienda de los menores⁹⁰.

XI. En vista de las ideas expuestas podemos llegar a la conclusión de la necesidad de reformar el artículo 96 del Código Civil por regular la atribución del uso de la vivienda familiar únicamente para aquellos supuestos en los que se adopte el régimen de custodia monoparental, es por ello que es necesario ajustar la normativa a la realidad social en la que nos encontramos actualmente, que no es otra que la utilización cada vez más frecuente de la custodia compartida. El legislador debería regular esta cuestión recogiendo flexiblemente las principales soluciones que ha ido aportando el Tribunal Supremo así como las alternativas previstas por las legislaciones autonómicas sobre la materia.

⁹⁰ Como bien se manifiesta en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de julio de 2016, sentencia núm. 522/2016, recurso núm. 2187/2015: *“Es cierto que la situación económica de uno de los progenitores puede dificultar en algunos casos la adopción del régimen de custodia compartida [...]. Pero es el caso que esta medida no ha sido cuestionada y que en el momento actual es posible extender el uso hasta los dos años contados desde esta sentencia [...]. Se trata de un tiempo suficiente que va a permitir a la esposa rehacer su situación económica puesto que si bien carece en estos momentos de ingresos, cuenta con apoyos familiares y puede revertir, por su edad, y cualificación (química) la situación económica mediante al acceso a un trabajo, que incremente los ingresos que recibe tras la ruptura personal definitiva de su esposo, y le permita, como consecuencia, acceder a una vivienda digna para atender a las necesidades del hijo durante los períodos de efectiva guarda”*

ANEXOS

- BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ OLALLA, M., “Última jurisprudencia del TS en materia de Custodia Compartida” en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 3, año 2018.

AVIÑÓ BELENGUER, D., “Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida” en *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 12, año 2020, pp. 194-219.

CHAPARRO MATAMOROS, P., *Derecho de uso y Vivienda Familiar: su Atribución Judicial en los Supuestos de Crisis Familiares*. Editorial Tirant lo Blanch, 2018.

CRUZ GALLARDO, B., *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. Editorial La Ley, Madrid, 2012.

COSTAS RODAL, L., “Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS” en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 11, año 2016.

DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C., “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el Derecho Positivo Español” en *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, nº 3, año 2012, pp. 46- 59.

DE COSSÍO MARTÍNEZ, M., *Las medidas en los casos de crisis matrimoniales*, Editorial McGraw-Hill Interamericana, 1997.

DE PEREA TORRES, J.M., “La custodia compartida: una nueva alternativa exigida por la nueva realidad social”, en *Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2011.

DOMÍNGUEZ OLIVEROS, I., *¿Custodia compartida preferente o interés del menor?* 1ª edición, Editorial Tirant, Valencia, 2018.

ESPÍN ALBA, I., “Custodia compartida y mejor interés del menor. Criterios de atribución de la custodia compartida en la doctrina jurisprudencial del tribunal supremo”, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, volumen 21, año 2019, pp. 65-86.

FLORES MARTÍN, J., “El ejercicio de la custodia compartida en la vivienda común y empobrecimiento patrimonial de los progenitores. Comentario a la STS 215/2019, de 5 de abril (JUR 2019, 142129), en *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, nº 49, año 2019.

GARCÍA RUBIO, M.P. Y OTERO CRESPO, M., “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 8, febrero, 2006. p. 77.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Comentarios al nuevo artículo 92 del Código Civil”, en GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Comentarios a la Reforma de la separación y el divorcio*, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 156.

HERNANDO RAMOS, S., *El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida*, *Diario La Ley* núm. 7206, 2009.

IVARS RUIZ, J., *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos*. Editorial La Ley, Madrid, 2008.

LINACERO DE LA FUENTE, M., *Derecho de la Persona y de las Relaciones Familiares*. Editorial Tirant lo Blanch, 2021.

MARTÍNEZ CALVO, J., “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)” en *Revista Boliviana de Derecho*, nº 30, año 2020, pp. 702-717.

MARTÍNEZ CALVO, J., “Incidencia de la edad del menor en la determinación del régimen de custodia. Comentario a la STS de España, núm. 182/2018, de 4 de abril” en *Revista Boliviana de Derecho*, nº 28, año 2019, pp. 444-457.

MARTÍNEZ CALVO, J., *La guarda y custodia*, 1ª edición. Editorial Tirant lo Blanch, 2019.

LEGERÉN MOLINA, A., “Comentario a la STS de 30 de abril de 2012. Posibilidad de dividir materialmente la vivienda familiar en supuestos de crisis matrimonial en base a lo establecido por el artículo 96 CC”, en *CCJC*, nº 90, 2012.

ORTUÑO MUÑOZ, P., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Editorial Civitas, Navarra, 2006.

PARDO PUMAR, M.J., “El uso de la vivienda en supuestos de guarda y custodia compartida: análisis de la doctrina jurisprudencial” en *Revista de Estudios Institucionales*, nº 10, año 2019, pp.07-20.

PÉREZ UREÑA, A.A., “El interés del menor y la custodia compartida” en *Revista de Derecho de Familia*, nº 26, 2005, pp. 275-278.

PINTO ANDRADE, C., “La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución” en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, nº 9, año 2015, pp. 143-145.

ROSA IGLESIAS MARTÍN, C., *La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*, 1ª edición. Editorial Tirant lo Blanch, 2019.

- PÁGINAS WEB CONSULTADAS

Jéssica Delgado Sáez, <https://app.vlex.com/#vid/685513913>, VLEX. 28 de abril de 2021.

Comunicación Poder Judicial, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-aprueba-la-Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-para-decidir-sobre-la-custodia-de-los-hijos-tras-la-ruptura-matrimonial-->, Consejo General del Poder Judicial. 29 de abril de 2021.

Carolina García, <https://elpais.com/mamas-papas/2021-05-03/sindrome-de-alienacion-parental-un-termino-sin-base-cientifica-que-oculta-el-maltrato-infantil.html>, EL PAÍS. 8 de julio de 2021.

- RELACIÓN DE SENTENCIAS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 15 de enero de 2001, sentencia núm. 4/2001, recurso núm. 3966-1997, Tribunal Constitucional, ECLI:ES:TC:2001:4.

Auto del Tribunal Constitucional, de 18 de diciembre de 1990, Auto núm. 438/1990, cuestión de inconstitucionalidad núm. 1226/1989, Tribunal Constitucional, ECLI:ES:TC:1990:438A.

Auto del Tribunal Constitucional, Sección Primera, de 1 de febrero de 2001, auto núm. 28/2001, recurso núm. 5258/2000, Tribunal Constitucional, ECLI:ES:TC:2001:28A

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, sentencia núm. 623/2009, recurso núm. 1471/2006, Consejo General del Poder Judicial, Roj: STS 623/2009.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2011, sentencia núm. 579/2011, recurso núm. 813/2009, Consejo General del Poder Judicial, Roj: STS 813/2009.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de octubre de 2012, sentencia núm. 633/2012, recurso núm. 912/2011. Consejo General del Poder Judicial, Roj: STS 633/2012.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2013, sentencia núm. 257/2013, recurso núm. 2525/2011, Tribunal Constitucional, ECLI:ES:TC:2013:257A.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2014, sentencia núm. 413/2014, recurso núm. 1229/2013, Consejo General del Poder Judicial, Roj: STS 4233/2014.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de octubre de 2014, sentencia núm. 576/2014, recurso núm. 164/2014, Consejo General del Poder Judicial, Roj: STS 4084/2014.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de septiembre de 2015, sentencia núm. 530/2015, recurso núm. 1537/2014, Consejo General del Poder Judicial, Roj: STS 3890/2015.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de noviembre de 2015, núm. 658/2015, recurso núm. 1889/2014, Consejo General del Poder Judicial, Roj: STS 5218/2015.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de julio de 2016, sentencia núm. 522/2016, recurso núm. 2187/2015, Consejo General del Poder Judicial, Roj: STS 3888/2016.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de mayo de 2017, sentencia núm. 296/2017, recurso núm. 1037/2016, Consejo General del Poder Judicial, Roj: STS 1792/2017.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de febrero de 2018, sentencia núm. 95/2018, recurso núm. 2866/2017, Consejo General del Poder Judicial, Roj: STS 503/2018.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de abril de 2018, sentencia núm. 206/2018, recurso núm. 2568/2017, Consejo General del Poder Judicial, Roj: STS1351/2018.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2018, sentencia núm. 242/2018, recurso núm. 2556/2017, Consejo General del Poder Judicial, Roj: STS 1478/2018.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de enero de 2020, sentencia núm. 15/2020, recurso núm. 826/2019, Consejo General del Poder Judicial, Roj: STS 61/2020.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2020, sentencia núm. 351/2020, recurso núm. 4122/2019, Consejo General del Poder Judicial, Roj: STS 2039/2020.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de julio de 2020, sentencia núm. 396/2020, recurso núm. 1754/2019, Consejo General del Poder Judicial, Roj: STS 2093/2020.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 10 de enero de 2001, sentencia núm. 2/2001, recurso núm. 295/2000, Consejo General del Poder Judicial, Roj: SAP V 63/2001.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 31 de marzo de 2004, sentencia núm. 202/2004, recurso núm. 149/2004, Consejo General del Poder Judicial, Roj: SAP V 1454/2004.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección núm. 5, de 29 de junio de 2005, sentencia núm. 291/2005, recurso núm. 2/2005, Consejo General del Poder Judicial, Roj: SAP IB 906/2005.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 08 de noviembre de 2012, sentencia núm. 741/2012, recurso núm. 1011/2011, Consejo General del Poder Judicial, Roj: SAP B 12482/2012.

- NORMATIVA CONSULTADA

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

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.

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

Ley de 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica