

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO IV – NÚMERO VII

2º SEMESTRE 2018

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO IV, Nº VII, 2º SEM. 2018



Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D’Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Home page: www.editorialjurua.com/revistaconsinter/
e-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396

Depósito Legal: 398849/15

DOI: 10.19135/revista.consinter.0007.00

Editor:

David Vallespín Pérez

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona. Su actividad docente abarca tanto los estudios de Grado como los de Doctorado. Ha realizado enriquecedoras estancias de investigación en prestigiosas Universidades Europeas (Milán, Bolonia, Florencia, Gante y Bruselas).

Diretores da Revista:

Germán Barreiro González

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Colaborador Honorífico en el Departamento de Derecho Privado y de la Empresa – Universidad de León (España).

Gonçalo S. de Melo Bandeira

Professor Adjunto e Coordenador das Ciências Jurídico-Fundamentais na ESG/IPCA, Minho, Portugal. Professor Convidado do Mestrado na Universidade do Minho. Investigador do CEDU – Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Doutor e Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho, UCM, de la que ha sido Vicedecana de Estudios, Espacio Europeo de Educación Superior y de Innovación Educativa y Convergencia Europea.

A presente obra foi aprovada pelo Conselho Editorial Científico da Juruá Editora, adotando-se o sistema *blind view* (avaliação às cegas). A avaliação inominada garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a autonomia do Conselho Editorial, consoante as exigências das agências e instituições de avaliação, atestando a excelência do material que ora publicamos e apresentamos à sociedade.

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO IV – NÚMERO VII

2º SEMESTRE 2018

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

Porto
Editorial Juruá
2018

COLABORADORES:

Alice Ribas Dias Bonizzato
Alvaro Luiz Travassos de Azevedo Gonzaga
Ana Isabel Segovia San Juan
Antonio Felipe Delgado Jiménez
Candida Joelma Leopoldino
Carla Benedetti de Oliveira Andrade
Carla Liliane Waldow Esquivel
Carlos de Fuentes G^a-Romero de Tejada
Diogo Basilio Vailatti
Dolores Palacios González
Edna Raquel Hogemann
Eugênio Facchini Neto
Flávio de Azambuja Berti
Francisco Javier Sosa Álvarez
Grasiele Augusta Ferreira Nascimento
Héctor Luis Lovera Esquivel
Icaro Reinaldo Teixeira
Jaime Gallegos Zúñiga
Jesús Víctor Alfredo Contreras Ugarte
José Laurindo de Souza Netto
Jose María Asencio Gallego
José Mauricio Conti
Jozélia Nogueira
Judith Morales Barceló
Karine Silva Demoliner
Luigi Bonizzato
Luísa Munhoz Bürgel Ramidoff
Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos
Marilene Araújo
Mário Luiz Ramidoff
Maritza de la Caridad McCormack Bequer
Marta Madriñán Vázquez
Naiara Posenato
Nilton César da Silva Flores
Ricardo Delgado Preti
Roberta Maria Costa Santos
Roberta Soares da Silva
Rodrigo Polanco Lazo
Tatsiana Ushakova
Thiago Serrano Pinheiro de Souza
Tiago Martinez
Vanessa Fontana
Vinicius Figueiredo Chaves

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Antonio García-Pablos de Molina

Catedrático de Direito Penal da Universidad Complutense de Madrid

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Catedrático de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Fernando Santa-Cecilia García

Profesor Titular de Direito Penal e Criminologia da Universidad Complutense de Madrid

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca

Joan J. Queralt

Catedrático de Direito Penal da Universitat Barcelona

Jordi García Viña

Catedrático de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Universitat de Barcelona

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

María Amparo Grau Ruiz

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario – Universidad Complutense de Madrid

María del Carmen Gete-Alonso y Calera

Catedrática de Direito Civil da Universitat Autònoma de Barcelona

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

ESSA OBRA É LICENCIADA POR UMA LICENÇA *CREATIVE COMMONS*

Atribuição – Uso Não Comercial – Compartilhamento pela mesma licença 3.0 Brasil.

É permitido:

- copiar, distribuir, exibir e executar a obra
- criar obras derivadas

Sob as seguintes condições:



ATRIBUIÇÃO

Você deve dar crédito ao autor original, da forma especificada pelo autor ou licenciante.



USO NÃO COMERCIAL

Você não pode utilizar esta obra com finalidades comerciais.



COMPARTILHAMENTO PELA MESMA LICENÇA

Se você alterar, transformar ou criar outra obra com base nesta, você somente poderá distribuir a obra resultante sob uma licença idêntica a esta.

– Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro para outro, os termos da licença desta obra.

- Licença Jurídica (licença integral):
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/br/legalcode>

Esta revista proporciona acesso público livre e imediato a todo seu conteúdo em ambiente virtual. (www.editorialjurua.com/revistaconsinter)

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objetivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos selecionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de seleção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

CONFLICTOS FUNDAMENTALES EN MATERIA DE CUSTODIA COMPARTIDA: CONTRIBUCIÓN DE LOS PROGENITORES AL SOSTENIMIENTO DE LOS HIJOS Y ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

MAIN CONFLICTS IN MATTERS OF SHARED CUSTODY: CONTRIBUTION OF PARENTS TO THE SUPPORT OF CHILDREN AND ATTRIBUTION OF FAMILY HOME

DOI: 10.19135/revista.consinter.0007.17

*Marta Madriñán Vázquez*¹ – ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6095-9609>

Resumen: La Ley 15/2005, de 8 de julio vino a introducir de forma expresa en nuestro Derecho civil el régimen de guarda y custodia compartida con la finalidad de evitar que, tras la ruptura de la pareja, los hijos dejen de tener una relación fluida con sus progenitores. La guarda y custodia compartida incide de manera importante en los pronunciamientos económicos de las sentencias, y en concreto en lo relativo a la pensión de alimentos y la atribución del uso de la vivienda familiar. Ante el silencio del legislador, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que ha ido perfilando y a través de su interpretación, las ha ido adecuando al régimen de custodia compartida.

Palabras clave: Crisis matrimonial, custodia compartida, interés del menor, alimentos, vivienda familiar

Abstract: Law 15/2005, of July 8, introduced in our civil law the regime of shared custody in order to avoid that, after the breakup of the couple, the children cease to have a fluid relationship with their parents. Shared custody affects in an important way in the economic pronouncements of the sentences, mainly those concerning the alimony and the attribution of the use of the family home. Given that there is a silence of the legislator in this regard, it has been essential the jurisprudence of the Supreme Court for profiling, playing and adapting the law to the regime of shared custody.

Keywords: Divorce, shared custody, Best interest of the child, family home, alimony.

1 CONSIDERACIONES PREVIAS

Sin duda, la crisis económica que acecha hace ya unos años nuestro país ha provocado importantes cambios y modificaciones en todos los ámbitos de nuestra sociedad, y como no podía ser de otro modo, esta situación ha afectado de sobremanera al ámbito familiar, no sólo respecto de las familias bien avenidas, sino también respecto de aquellas cuyos matrimonios, rotos ya, se ven abocados a solicitar la modificación de las medidas adoptadas en su día por dicha situación.

La incidencia de la recesión económica en los procesos de separación y divorcio son palpables. Entre ellos, la guarda y custodia compartida constituye una

¹ Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

de las medidas que ha generado más debate en los últimos años, entre otras cosas porque la solicitud de custodia compartida o incluso el cambio de custodia exclusiva a compartida, con la única intención de lograr que no sea establecida una pensión, sino que se directamente se determinen los gastos de cada uno de los miembros de la pareja al 50%, eludiendo así la obligación de prestar alimentos.

Sobre esta situación y la respuesta dada por el Tribunal Supremo trata el trabajo que aquí presento, para cuyo desarrollo he intentado proceder a un análisis doctrinal y, en especial, jurisprudencial dado que el hecho expuesto ha influido sobremanera en las propias decisiones judiciales que se han tenido que adaptar a las consecuencias generadas a consecuencia de esta realidad económica y social.

Para el desarrollo del presente trabajo he optado, en primer lugar, por llevar a cabo una sucinta exposición de cuestiones generales en torno a la custodia compartida, respecto de la cual no existe un concepto único, centrándome fundamentalmente en el tratamiento de los criterios jurisprudenciales para que dicho régimen se atribuido a los progenitores. He hecho especial hincapié en la ausencia actual de excepcionalidad, toda vez que en los últimos años el régimen de custodia compartida ha pasado de ser una medida excepcional a lo normal y deseable siempre que así lo aconseje el interés del menor.

Acto seguido me he centrado ya en cómo la custodia compartida afecta a otras cuestiones como son la obligación de alimentos y la asignación del uso de la vivienda familiar. Respecto a estas cuestiones he querido señalar cuál es la doctrina actual del Tribunal Supremo dejando sentado, en relación al primer punto que la custodia compartida no implica la no obligación de pago de alimentos, por lo tanto, entiendo que debería ser denegada en aquellos casos en que uno de los progenitores pretende servirse de ella para eludir la mencionada obligación.

2 CUSTODIA COMPARTIDA: CRITERIOS PARA SU ATRIBUCIÓN

2.1 Consideraciones generales

Una de las medidas esenciales que hay que acordar tras una ruptura matrimonial o de pareja la constituye el determinar el progenitor a cuyo cuidado deben quedar los hijos de ambos. Si bien es cierto que la ruptura de la relación no incide en la titularidad de la patria potestad, aquella sí afecta a su ejercicio, concretamente a uno de los derechos-deberes esenciales que conforman la patria potestad, cual es tener a los hijos en su compañía.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, vino a introducir de forma expresa en nuestro Derecho civil la guarda y custodia compartida y desde entonces, lo cierto es que dicha cuestión ha sido objeto de importantes debates doctrinales y jurisprudenciales. La justificación de dicha inclusión obedece, según establece la Exposición de Motivos de la mencionada Ley, a un intento de evitar que tras la ruptura de la pareja los hijos dejen de tener una relación fluida con sus progenitores².

² Exposición de Motivos, Ley 15/2005, de 8 de julio: “Al amparo de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de modo objetivamente incomprensible, se ha desarrollado una práctica coherente con el modelo pretérito, que materialmente ha impedido en muchos casos que, tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores. La consecuencia de esta

Hasta la reforma mencionada, las resoluciones judiciales se decantaban en la mayoría de los casos por atribuir la custodia a uno de los dos progenitores, principalmente a la madre, pues al no existir una regulación completa sobre la custodia compartida los jueces y magistrados eran reacios a acordarla, incluso los fiscales se mostraban reacios a informar favorablemente al respecto. Ello sin perjuicio de que los progenitores pudieran acordar un ejercicio compartido de la custodia.

A partir del reconocimiento hecho por la Ley 15/2005 el porcentaje de las custodias compartidas ha ido aumentando paulatinamente a lo largo de los años. Sin embargo, en la práctica, la aplicación del art. 92 manifiesta todavía muchas carencias, ya que se trata de una reforma tímida con la que el legislador pudo haber aprovechado la oportunidad para haberla regulado de una manera más detallada y amplia. Por consiguiente, pese a que la guarda y custodia compartida ya se considera lo normal, e incluso lo deseable, hay que admitir que cuenta con muchas carencias, especialmente los pilares básicos de toda custodia, a saber, alimentos y el uso de vivienda familiar.

En efecto, la parquedad con que la actual regulación de la custodia compartida, dada por la Ley 15/2015 al artículo 92.8 CC, supone que el legislador la configuró como una medida excepcional. Sin embargo, el Tribunal Supremo no sólo ha eliminado su carácter de excepcional, sino que, tal como recoge la sentencia de 29 de abril de 2013 entiende que dicho régimen debe “*considerarse normal e incluso deseable*”³. Para ello, eso sí, será necesario que lo soliciten ambos progenitores en la propuesta del convenio regulador, o bien lleguen a este acuerdo durante el procedimiento. También sería posible que sea el juez quien acuerde otorgar el régimen de custodia compartida, a instancia de una de las partes con informe favorable del Ministerio Fiscal. Ahora bien, respecto de este informe, el Tribunal Constitucional⁴ lo ha declarado inconstitucional, de suerte que si bien el Juez deberá solicitar el informe, podrá sin embargo acordar la custodia compartida con independencia de lo declarado por el Ministerio Fiscal en dicho informe.

La excepcionalidad con la que se venía otorgando la custodia compartida parece finalizar con la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 29 de abril de 2013, que se muestra clara y concisa al establecer al respecto que el art. 92 CC “*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*

práctica ha sido que los hijos sufran innecesariamente un perjuicio que puede evitarse. Así pues, cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, ya ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés”:

³ STS de 29 de abril de 2013 (RJA, núm. 3269).

⁴ La STC de 17 de octubre de 2012, (RJA, núm., 185) resuelve la Cuestión de Inconstitucionalidad número 8912/2006, promovida por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, en relación con el artículo 92.8 del Código Civil, por posible contradicción con los artículos 14, 24 y 39 de la Constitución Española. Con estimación de la Cuestión se acuerda declarar la inconstitucionalidad del inciso “**favorable**” contenido en el art. 92.8º del Código Civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por ser contrario a los arts. 117.3 y 24 CE.. En la misma considera lo siguiente: “*En conclusión, ha de afirmarse que la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal ex art. 92.8 CC debe ser declarada contraria a los dispuesto en el art. 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida*”.

*situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea*⁵. Ya la sentencia de 7 de julio de 2011, cuya ponente fue ENCARNA ROCA TRIAS, el TS manifiesta que “*la redacción del art. 92 CC no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario debería considerarse la más normal*”⁶.

Ha sido la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que ha ayudado a seguir trabajando en custodia compartida, y así es como ha pasado de ser un modelo excepcional a lo “*normal y deseable*” pues gracias a ella se hace efectivo el derecho de los niños a relacionarse con ambos progenitores siempre que así sea posible⁷. En efecto, lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial garantizando además a los padres la posibilidad de continuar ejerciendo tanto los derechos como las obligaciones inherentes a la responsabilidad parental y participar con igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los niños, pues esto parece ser también lo más beneficioso para ellos⁸. En tal sentido, la sentencia de 19 de julio de 2013 manifiesta que lo que se pretende con esta medida es “*asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor*”. En definitiva “*aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos*”⁹.

Ahora bien, resulta esencial tener en cuenta que lo dicho no impide que, en atención a las circunstancias del caso en concreto, resulte más adecuado establecer una custodia monoparental. Ahora bien, lo que se pretende, insisto, es aproximar el régimen de custodia al modelo de convivencia normalizada, garantizando con ello a los progenitores la posibilidad de que sigan ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la responsabilidad parental en igualdad y siempre, eso sí, en atención al beneficio de los menores¹⁰.

2.2 Concepto de custodia compartida

El Código civil no da un concepto de qué debe entenderse por custodia compartida, sin embargo, se ha escrito mucho al respecto, pudiendo entender que

⁵ STS de 29 de abril de 2013 (RJA, núm. 3269).

⁶ STS de 7 de julio de 2011 (RJA, núm. 5008).

⁷ *Id.*, STS de 25 de abril de 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100184).

⁸ *Cfr.*, PÉREZ GALVÁN, M^a., “La guarda y custodia compartida en los Tribunales antes y después de 2005”, *La Ley Derecho de Familia*, 2016, edición digital, www.laley.es

⁹ STS de 19 de abril de 2013 (RJA, núm. 2651)

¹⁰ *Cfr.*, PÉREZ GALVÁN, M^a., *op. cit.* En el mismo sentido se manifiestan las SSTS de 4 de febrero de 2016 (RJA, núm. 260). En virtud de esta, en los casos en los que exista violencia de género, se debe tener en cuenta lo que lleva consigo la custodia compartida. Así, tras citar el art. 2. LO 2/1996, modificado por la LO 8/2015 de 22 de julio, que exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno “libre de violencia” y el art. 92.7 CC, según el cual, “No procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres está incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la vida física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”. Esta doctrina ha sido reiterada en numerosas sentencias dictadas por el TS, entre otras: STS de 4 de marzo de 2016 (RJA núm. 979).

es aquélla en la que ambos progenitores se encargan conjuntamente, ya sea periódica, ya rotatoriamente del cuidado de los hijos y de su educación. Así pues, supone la distribución de las funciones y la responsabilidad parental que los padres asumen sobre sus hijos, una vez separados. Para ello pueden optar o bien por el rotar en el ejercicio de esas funciones, o bien alternarse según su disponibilidad y siempre atendiendo al bien del menor¹¹. Todo ello, se ha dicho por algún autor con el que coincidimos, sin necesidad de que el menor pernocte en la vivienda del progenitor. En efecto, este aspecto puede ser cuestionable, no lo niego, pero lo verdaderamente importante, más allá de dónde duerme el menor, es la dedicación y la preocupación del progenitor en la vida del niño. Pensemos, por ejemplo, en el niño que, pese a no dormir con su padre, éste se ocupe de todas sus tareas diarias hasta que, una vez haya cenado el menor, vaya a dormir en casa de su otro progenitor. ¿No podríamos considerar esto como un supuesto de custodia compartida?¹². Verdaderamente, considerar lo contrario, podría dar lugar a situaciones injustas. Imaginemos que el padre o la madre tenga un trabajo nocturno, una interpretación restrictiva de la custodia compartida por considerar la pernocta un requisito básico dificultaría que en el ejemplo señalado se pudiera establecer la custodia compartida para el niño. Así las cosas, se ha considerado que tal vez podría darse dos modalidades de custodia compartida, a saber, con pernocta y sin pernocta, sin negar que en este último supuesto podría resultar más complicado que los progenitores tengan a los niños en su compañía exactamente el mismo tiempo¹³.

2.3 Criterios a tener en cuenta para decretar la custodia compartida

Dicho esto, debemos valorar cuáles son los requisitos o factores a tener en cuenta por el Juez para que decida atribuir la custodia compartida a ambos progenitores.

Es a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009 cuando, ante el silencio del legislador, y siguiendo los precedentes de Derecho comparado, se fijan los criterios a tener en cuenta para proceder a establecer el régimen de custodia compartida¹⁴.

A tal efecto, el factor esencial que pesa sobre todos los demás es el interés del menor. Sin duda, el régimen de guarda y custodia compartida debe estar presidido por el principio del interés superior del niño, que constituye, como no puede ser de otra forma, la razón jurídica fundamental a tener en consideración para acordar cualquier medida relacionada con los menores. Siempre, ante el cambio de situación del núcleo familiar, resulta preciso priorizar el interés de los niños para así procurarles una adaptación adecuada a las nuevas circunstancias por encima de

¹¹ SERRANO CASTRO F. A., “Efectos de la crisis económica en la fijación de las pensiones alimenticia y compensatoria”, *Elderecho.com*, ed. digital www.elderecho.com, 2011.

¹² La respuesta debería ser afirmativa pues como señala CORDERO CUTILLAS, I., (“Algunos aspectos de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”, *AC*, marzo 2013, p. 346) “porque ese progenitor participa de la vida del menor asumiendo sus deberes y responsabilidades con independencia de que pernocte o no con él”).

¹³ ESCRIBANO TORTAJADA, P., “Guarda y custodia compartida y atribución de la vivienda familiar”, *La Ley*, 2016, ed. digital www.laleydigital.es.

¹⁴ STS de 8 de octubre de 2009 (RJA, núm. 4606).

cualquier otro interés¹⁵. Así se establece en la Convención de los Derechos del Niño de la ONU y en varios preceptos del Código civil.

A tal efecto, la sentencia del TS de 1 de octubre de 2010 argumentó que la medida de la guarda y custodia compartida debe acordarse en interés del menor, que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión, criterio que es independiente de las opiniones de quien deba adoptar dicha medida y que debe basarse en razones objetivas debiendo evitarse decisiones arbitrarias¹⁶.

En el mismo sentido, la ya mencionada sentencia de 29 de abril 2013 establece como doctrina jurisprudencial que *“la interpretación de los artículos 92. 5, 6 y 7 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 convivan”*¹⁷.

Resulta inquestionable que el interés del menor ha de prevalecer sobre cualquier otro criterio. En tal sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene identificando en los últimos años el interés del menor con el ejercicio de la guarda y custodia compartida. Así, si la guarda y custodia compartida es la que satisface de un modo más adecuado el interés del menor y lo prioritario es su salvaguarda, ello implica que en resumidas cuentas sea prioritario para el Tribunal Supremo este sistema de guarda y custodia, salvo, eso sí, que las circunstancias del caso en concreto lo desaconsejen. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2016, que se estudiará más adelante, al tratar la obligación de alimentos, viene a confirmar también la guarda y custodia compartida como el sistema deseable en los casos de ruptura matrimonial frente a la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores con un simple derecho de visitas al otro¹⁸.

En resumidas cuentas, el Tribunal Supremo viene considerando prioritario el sistema de guarda y custodia compartida porque entiende que éste es el que más se acomoda al interés del menor, habida cuenta que es el que más se aproxima al que existía con anterioridad a la ruptura de sus progenitores, salvo, claro está, que en el supuesto en concreto resultara acreditado que resulta más favorable para el interés del menor un sistema de guarda y custodia exclusivo¹⁹.

Existen, no obstante, otros requisitos que el Juez debe tener en cuenta al dictar este tipo de resoluciones. En efecto, pese a que el artículo 92 CC no lo determine expresamente, el párrafo 6 del precepto habla de recabar informe del

¹⁵ Como bien manifiesta la profesora PÉREZ CONESA, “Es este criterio el que debe tomarse en consideración para acordar cualquier medida relacionada directamente con los menores. Se trata de que los efectos derivados de la ruptura de la convivencia de sus padres no tengan una repercusión negativa en el desarrollo de los hijos menores (PÉREZ CONESA, C., *La custodia compartida*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 17 y 18).

¹⁶ STS de 1 de octubre de 2010 (RJA, núm. 7302)

¹⁷ STS de 29 de abril de 2013 (RJA, núm. 3269)

¹⁸ STS de 11 de febrero de 2016 (RJA, núm. 249).

¹⁹ STS de 2 de julio de 2014 (RJA, núm. 4250).

Ministerio Fiscal, así como de oír a ciertas personas como son el menor, las partes, el equipo técnico y, por último, valorar las alegaciones y pruebas correspondientes²⁰.

Asimismo, tal y como se desprende de la ya mencionada sentencia de 2013, uno de los criterios esenciales para determinar si resulta o no factible la guarda y custodia compartida ha de ser la relación entre los padres. En ocasiones los padres separados o divorciados mantienen una buena relación, lo que, para muchos autores, debe constituir un presupuesto necesario de cara a determinar este tipo de régimen de guarda y custodia, pues de no existir armonía, esta medida resultaría inviable²¹.

La relación entre los padres resulta, sin duda, esencial y decisiva. Así, el respeto mutuo entre ambos constituye uno de los requisitos que se viene aplicando por la jurisprudencia para atribuir la custodia compartida. A tal respecto, en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 7 de marzo, sobre guarda y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores, se manifiesta que: “En todo caso, ha de partirse para para admitir la guarda y custodia compartida debe valorarse especialmente la existencia de una buena relación entre los progenitores que les permita postergar su desencuentro personal en aras al beneficio del hijo común”.

En todo caso, si no existiera buena relación, lo cual resulta normal en una situación de crisis y ruptura en la que se encuentran, no pueden hacer partícipes a los niños de los problemas y tensiones que existen entre ellos. Ahora bien, nuestra más actual jurisprudencia existente al respecto ha sentado la base de que esta situación no implica de modo tajante que los padres no puedan obtener la custodia compartida en aquellos casos en que su relación no sea amistosa. En tal sentido, la sentencia del TS de 25 de noviembre de 2013 establece la necesidad de respeto entre los progenitores, añadiendo que, sin embargo, una mala relación entre ellos, no puede ser obstáculo para que se establezca una custodia compartida, siempre y cuando el interés de los menores resulte preservado²².

Así lo ha puesto de relieve el Tribunal Supremo en la sentencia de 16 de octubre de 2014, que mantiene que lo esencial es que esa ausencia de cordialidad entre los progenitores no afecte al menor. En el mismo sentido, la sentencia de 11 de febrero de 2016 dictamina que “*el hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, pues lo insólito sería una situación de entrañable convivencia. Partiendo de ello, no apreciamos en autos factores que permitan entender que los progenitores no podrán articular medidas adecuadas en favor de sus hijos, sobre los que ya han sabido tomar acuerdos de consumo*”.

²⁰ Art. 92.6 CC: “En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”.

²¹ ROMERO COLOMA, A., “La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica”, *Diario La Ley*, 8 de noviembre de 2010, p. 4. En el mismo sentido, *vid.*, ESCRIBANO TORTAJADA, P., *op. cit.*; VIVAS TESÓN, I., “La guarda y custodia compartida de los hijos en la práctica judicial más reciente”, *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas internacionales sobre las Reformas en Derecho de Familia*, coord., LASARTE ÁLVAREZ, C., Madrid, El Derecho, 2005, p. 758.

²² STS DE 25 de noviembre de 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100681)

Existe cierto sector doctrinal, con el que coincido plenamente que, favorable a la última tendencia jurisprudencial, entiende que la conflictividad entre los progenitores no debe suponer, a todas luces, un obstáculo insalvable para acordar el régimen de custodia compartida. Obviamente, tras un proceso de ruptura matrimonial es normal que la relación entre la ya fracturada pareja no sea todo lo cordial que se desearía. Sin embargo, imponer este requisito de forma taxativa conduciría a excluir el régimen de custodia compartida en la práctica totalidad de los casos, de modo que bastaría con que uno de los progenitores que deseara una custodia exclusiva decidiera no colaborar. A mayor abundamiento, imponer un régimen de custodia compartida podría favorecer la relación entre progenitores, toda vez que se verían obligados a una mayor cooperación en los aspectos que atañen al menor. Por tanto, debe considerarse más adecuado valorar la relación existente entre ellos junto al resto de las circunstancias del caso concreto y no entender que la mala relación debe “constituir en sí misma una causa de denegación automática del régimen de custodia compartida”²³.

Respecto de este requisito, la jurisprudencia más reciente se encuentra recogida en la sentencia TS de 17 de febrero de 2017 donde incluso se llega a establecer una custodia compartida pese a que los progenitores tan sólo se relacionasen vía correo electrónico²⁴.

El problema aquí se plantea cuando esas malas relaciones, que en principio parecen entrar dentro de la lógica de una ruptura de pareja, exceden del ámbito de esta ruptura existiendo denuncias penales entre las partes, ya que ello no sólo implicaría una mala relación entre los progenitores, sino también cuestiones que podrían afectar de manera grave a los menores. En este sentido se ha pronunciado la sentencia de 26 de mayo de 2016 al denegar la guarda y custodia compartida por estar el padre incurso en un procedimiento de violencia de género²⁵.

El juez debe, además, tener en cuenta la dinámica familiar existente antes de la ruptura, lo que resulta esencial a la hora de determinar la participación o implicación y presencia de cada uno de los progenitores en el menor y así fijar el régimen de custodia que más se parezca. A tal efecto, resulta lógico tener en cuenta cuál de los dos progenitores venía asumiendo el cuidado de los menores con anterioridad a la ruptura o si éste era llevado a cabo por ambos. En todo caso, entiendo y comparto la opinión de MARTÍNEZ CALVO, quien considera que esto debe valorarse sin dejar de tener en cuenta el derecho que atañe al menor a relacionarse con ambos progenitores, así como el derecho de ambos a tener a sus hijos en su compañía en un plano de igualdad²⁶.

²³ Vid., MARTÍNEZ CALVO, J., “Determinación del régimen de guarda y custodia: criterios jurisprudenciales (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo nº 257/2013, de 29 de abril)”, La Ley Derecho de familia, 4 de mayo de 2015, ed. digital www.laleydigital.es. En el mismo sentido, TAMAYO HAYA, S., “El ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia en la reforma del Derecho Civil en materia matrimonial”, *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas internacionales sobre las Reformas en Derecho de Familia*, coord., LASARTE ÁLVAREZ, C., Madrid, El Derecho, 2005, p. 749. *Idem* “La custodia compartida como alternativa legal”, *RCDI*, núm. 700, 2007, p. 700; GARCÍA PRESAS, I., *Guarda y custodia de los hijos*, Lisboa, Juruá, 2015, p. 56.

²⁴ STS de 17 de febreo de 2017 (Id Cendoj: 28079110012017100085).

²⁵ (STS de 26 de mayo de 2016Id Cendoj: 28079110012016100338).

²⁶ MARTÍNEZ CALVO, J., *op. cit.*

La aptitud de los progenitores resulta también un factor importante a tener en cuenta. Resulta evidente la necesidad de que los progenitores tengan capacidad y predisposición para mantener acuerdos y un entendimiento fluido entre ellos respecto de las responsabilidades que afectan a los menores. Así, una actitud negativa o poco conciliadora por parte de uno de los progenitores de cara al respeto de los derechos u obligaciones del otro, podría llegar a constituir una causa para no fijar un régimen de custodia compartida o incluso para cambiar de este régimen al de custodia exclusiva del otro progenitor²⁷

De cara a preservar la estabilidad del menor, que es lo esencial, resulta conveniente también la proximidad de domicilio de los padres para no perturbar la rutina diaria de aquel, y que los horarios laborales sean propicios o permitan el cuidado de los menores. En tal sentido se manifiesta de forma reiterada nuestra jurisprudencia, destacando al respecto la sentencia de 21 de diciembre de 2016, en la que se expresa taxativamente lo siguiente: “*resulta así que, aunque concurren varios de los requisitos que normalmente habrían de dar lugar al establecimiento del régimen de custodia compartida, existe una circunstancia que lo desaconseja por suponer una alteración de la vida normal de la menor, sobre todo cuando ya alcanza la edad escolar, ya que ambos progenitores residen en poblaciones que distan entre sí unos cincuenta kilómetros y ello supondría que en semanas alternas la menor habría de recorrer esa considerable distancia para desplazarse del colegio*”²⁸.

También la disponibilidad laboral es un requisito esencial para que se acuerde una custodia compartida, así como contar con apoyos familiares entre otras cuestiones. Este criterio ha sido analizado por la sentencia TS de 15 de octubre de 2014 en la que se ha determinado que el TS confirma la atribución a la madre de la guarda y custodia de los hijos y declara no haber lugar a que ésta decida sobre el cambio de residencia de los menores. Declara la Sala que no es beneficioso para los hijos establecer un sistema de custodia compartida, ya que la madre se ha dedicado en exclusiva a su cuidado, habiendo dejado de trabajar por ello. La prueba practicada pone de manifiesto la conflictividad de la hija con la familia paterna y su ayuda sería necesaria por la escasa disponibilidad de tiempo del padre. No se autoriza a la progenitora a cambiar el actual lugar de residencia de los hijos menores, debiendo protegerse el superior interés de éstos, pues resultaría perjudicial y afectaría a su estado emocional²⁹.

Otro de los requisitos a tener en cuenta para establecer un régimen de custodia compartida es la opinión del menor. Ciertamente no se trata sólo de un requisito o criterio a tener en cuenta a la hora de fijar el régimen de custodia, sino que también se trata de un derecho y como tal, el juez deberá velar por su cumplimiento. Así lo manifiesta expresamente el artículo 92.2 CC, en virtud del cual: “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”. En todo caso, según dispone el artículo 92.6 CC, “antes de acordar el

²⁷ Cfr., GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Criterios de atribución de la custodia compartida: a propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre d 2009”, *InDret*, núm. 3, 2010, p. 14; PÉREZ CONESA, C., *op. cit.*, p. 50

²⁸ STS de 21 de diciembre de 2016 (RJA núm. 5998).

²⁹ STS de 15 de octubre de 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100490).

régimen de guarda y custodia, el Juez deberá (...) oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal". No es de extrañar que se deba tener en cuenta la voluntad de los menores, pues son ellos los que van a convivir con los padres. Ello, no obstante, no implica que el juez deba proceder según los deseos de aquellos, los menores serán oídos si bien sus deseos no son vinculantes.

El juez deberá también recabar los informes exigidos legalmente. Nos referimos aquí, no sólo al informe del Ministerio Fiscal, sino también a los dictámenes de los equipos psicosociales. Respecto a estos no es potestativo del juez el recabarlos. Ahora bien, aunque el resultado de los mismos constituye un criterio importante a tener en cuenta, carecen de carácter vinculante a la hora de decidir el régimen de custodia.

Respecto del informe favorable del Ministerio Fiscal al que alude el artículo 92.8 CC, éste ya no se configura como un requisito esencial para acordar el régimen de custodia compartida, desde que el Tribunal Constitucional lo declarara inconstitucional en la ya mencionada sentencia. En conclusión, la inexistencia de un informe favorable del Ministerio Fiscal no resulta ya admisible como fundamento para negar la admisión del régimen de custodia compartida. Es cierto que el informe debe ser tenido en cuenta por el juez, quien lo valorará junto a las otras pruebas que obren en su poder. Ahora bien, su decisión a la hora de decidir sobre la procedencia o no del régimen de custodia compartida no se encuentra ya supeditada al pronunciamiento favorable del Ministerio Fiscal. Lo contrario supondría, en palabras del Tribunal Constitucional una intrusión del Ministerio Público en la potestad jurisdiccional y atentaría contra el principio de separación de poderes³⁰. La decisión del juez a este respecto debe estar presidida por el principio *favor filii* por lo que en su decisión debe buscar el pronunciamiento más beneficioso para este.

Dicho esto, y en lo que aquí interesa, la fijación de la guarda y custodia compartida incide de manera importante en los pronunciamientos económicos de las sentencias, y en concreto en la pensión de alimentos y la atribución del uso de la vivienda familiar. Cuestiones estas, que como ya hemos señalado, el CC parece obviar y que distan, tanto en su forma de establecimiento como en su cuantificación, de la custodia exclusiva, de suerte que ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo el que los ha ido perfilando y a través de su interpretación, los ha ido adecuando al régimen de custodia compartida.

3 RELACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA CON OTRAS MEDIDAS

3.1 La obligación de alimentos a favor de los hijos menores

En lo relativo a la pensión de alimentos a favor de los hijos menores, resulta habitual que, cuando el sistema de custodia resuelto sea el de custodia individual o exclusiva, se fije una pensión de alimentos que el progenitor no custodio debe abonar al custodio. La pensión se corresponderá con la proporción en la que éste debe contribuir a los gastos de los hijos. Esta obligación se encuentra regulada en el art. 93 CC, que, igual que ocurre con otros preceptos, no fue reformado para adecuarlo al sistema de custodia compartida.

³⁰ STC de 17 de octubre de 2012, *cit.*, FJ 2 y 4.

Ya se ha dicho al principio de este trabajo que habiéndose establecido un régimen de custodia compartida, los cónyuges eran eximidos del pago de alimentos, lo que propició, a partir de la crisis económica que vivimos desde hace unos años, que la petición de custodias compartidas o incluso la solicitud de cambio de custodia exclusiva a compartida, hubiera aumentado encarecidamente, lo cual no sería perjudicial si ello no fuera porque dicha petición se hacía con el único fin de eludir el pago de estas pensiones. Sin embargo, adelantamos aquí, que la custodia compartida no implica que no deba fijarse una pensión de alimentos, en consecuencia, no debe ser considerada como un medio que evite por sí mismo la prestación de alimentos. No olvidemos que, en virtud del art. 93.1 CC “El juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”³¹.

Hasta finales de 2015 el TS venía estableciendo, respecto del tema que nos ocupa, que cada progenitor satisficiera los alimentos el tiempo que estuviera con los hijos y que no se estableciera, a cargo de ninguno de ellos, la obligación de abonar pensión de alimentos alguna, debiendo sufragar ambos progenitores los gastos ordinarios, como pueden ser los gastos propios del inicio del curso escolar, al 50%. En cuanto a aquellos gastos extraordinarios, normalmente se establece que serán abonados por partes iguales por ambos progenitores, independientemente del progenitor al que corresponda la custodia del menor al tiempo de surgir una concreta situación de necesidad (ejemplo de este tipo de gastos serían los gastos médicos o farmacéuticos que no resulten cubiertos por la Seguridad Social, clases de apoyo escolar o actividades extraordinarias que se hubieran consensuado por las dos partes). En tal sentido, la sentencia de 14 de octubre de 2015 determinó que “*a falta de acuerdo, el reparto del tiempo de custodia será semanal y satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%*”³².

Ante esta tesitura, cabe plantearse la cuestión de si este reparto paritario debe proceder siempre que se atribuya la custodia compartida, o si, por el contrario, esta contribución tan igualitaria debe ceder en aquellos casos en que exista una desproporción de los ingresos de los progenitores³³.

Efectivamente, podría ocurrir, que uno de los progenitores no pudiera afrontar su obligación de alimentos por carecer de recursos económicos. En cuyo caso, sería el otro progenitor quien estaría obligado a pagar una pensión durante los períodos en los que el menor se encuentra bajo la guarda de quien carece de recursos económicos. Ahora bien, tal consideración exige que el progenitor “se encuentre en situación de desempleo sin cobrar subsidio o prestación alguna”³⁴.

³¹ PÉREZ CONESA, C., *op. cit.*, p.83. En el mismo sentido, CLARAMUNT BIELSA, M.M. manifiesta que, si bien no debe generalizarse, “la custodia compartida se utiliza como herramienta de negociación de más o menos pensiones. La custodia compartida no puede ser impuesta y jamás debería otorgarse ante indicios de que la misma es solicitada como medida de negociación de otras variables dentro del proceso de ruptura” (*cf.*, “Custodia compartida” *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 870, 2013, ed. digital www.westlaw.com).

³² STS 14 de octubre de 2015 (RJA, núm. 4746).

³³ *Vid.*, COSTAS RODAL, L., “Custodia compartida y prestaciones alimenticias cuando hay desproporción en los ingresos de los progenitores. Comentario a la STS de 11 de febrero de 2016”, *Revista doctrinal Aranzadi, Civil-Mercantil*, núm. 5/2016. Visto en www.westlaw.com.

³⁴ *Cfr.*, COSTAS RODAL, L., *op. cit.*

Constituye este el caso previsto por la sentencia de 11 de febrero de 2016³⁵, que vino a modificar el sistema establecido al declarar el TS que la guarda y custodia compartida no exime del pago de la pensión de alimentos si existía desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges. A tal efecto, la Sala confirmó que el padre debe pasar a su exmujer una pensión para la manutención de sus dos hijas mayores, temporalmente, por considerar que “*los menores no pueden quedar al socaire de que la madre pueda o no encontrar trabajo*”, lo cual no supone que posteriormente pudiera llevarse a cabo modificación en el caso de que se produjeran algunas variaciones sustanciales de las circunstancias, tal como determina expresamente el Código Civil³⁶. El Tribunal consideró que la cuantía de los alimentos debe ser proporcional al caudal o medios de quien los da (art. 146 CC), y de este modo respondió a la alegación del recurrente, que entendía que al adoptarse el sistema de custodia compartida no es necesario el pago de alimentos, haciéndose cargo de los mimos cada progenitor durante el tiempo en que tengan la custodia de los menores.

En el mismo sentido se manifestó la sentencia de 23 de marzo de 2016 donde el Tribunal desestima la alegación del recurrente, que entiende que al adoptarse el sistema de custodia compartida no es necesario el pago de alimentos, pues cada uno de los progenitores se hará cargo de estos durante el periodo que tenga la custodia compartida de los menores. Declara el Tribunal que la custodia compartida no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, o, como en este caso, cuando la progenitora no perciba salario o rendimiento alguno, ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los percibe, pero también al caudal de quien los da³⁷.

Consecuentemente la custodia compartida no exime del pago de alimentos, y no sólo por la razón especificada *supra*, sino que existen otras razones que avalan tal postura. Y es que una ruptura de pareja jamás exime a los padres de sus obligaciones con los hijos (art. 92.1 CC). La obligación de alimentar a los hijos constituye una manifestación directa del deber constitucional expresado en el artículo 39.3 CE³⁸. Además, alimentar a los hijos constituye, según dispone el art. 154.1 CC, uno de los deberes que comprende la patria potestad y, por lo tanto, los padres están sujetos a ello, incluso en el supuesto en que hubieran sido privados de la misma³⁹, toda vez que dicha obligación está fundamentada en la relación de filiación⁴⁰.

³⁵ STS de 11 de febrero de 2016 (RJA, núm. 249).

³⁶ Art. 91 CC: “En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias”.

³⁷ STS de 23 de marzo de 2016 (RJA, núm. 55).

³⁸ COSTAS RODAL, L., *op. cit.*

³⁹ Art. 110 CC: “El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”.

Art. 111.4 CC: “Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor (...) Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos”.

⁴⁰ *Id.*, PÉREZ CONESA, C., *op. cit.*, p. 83; COSTAS RODAL, L., *op. cit.*

Aclarado esto, lo cierto es que el número de solicitudes de custodia compartida ha descendido todo cual nos lleva a pensar, como ya he apuntado en un principio, que, si bien no se puede generalizar, la custodia compartida se ha venido utilizando como una herramienta para la negociación de las pensiones, de suerte que coincido con CLARAMUNT BIELSA en el hecho de que no debería otorgarse este régimen de custodia cuando existieran indicios de que la misma es solicitada como una medida de negociación de otras variables dentro del procedimiento de ruptura⁴¹.

En conclusión, la obligación de alimentar a la prole resulta incondicional y como tal, existe independientemente del sistema de custodia establecido, ya que los menores tienen unas necesidades que se deben sufragar. En cualquier caso, si uno de los progenitores no pudiera atender a dicha obligación por carecer de recursos económicos, la obligación deberá recaer en el otro, pues esta obligación no termina, aunque en ciertos periodos del año los menores convivan con el otro progenitor, todo lo cual deriva del ejercicio de la patria potestad, que es inexcusable para sus progenitores⁴². En todo caso, esta solución sólo procederá cuando el otro progenitor se encuentre en situación de desempleo y que no reciba ningún subsidio o prestación. Es decir, debe tratarse de una pobreza absoluta por carecer de ingresos y rendimiento alguno sobre bienes de los que pudiera ser titular, o carecer de cualquier tipo de patrimonio que le pudiera permitir afrontar la obligación que pesa sobre él de alimentar a los hijos⁴³.

Distinto será que a la hora de determinar la contribución se disponga judicialmente que cada uno de los progenitores cumpla con su deber de alimentos durante el tiempo de permanencia que les corresponda con el menor. En todo caso, las distintas fórmulas para determinar cómo han de contribuir los padres a la pensión de alimentos resulta muy variada, aunque lo más común es que se establezca que los padres asuman directamente los alimentos en sentido estricto en su domicilio cuando el menor esté en su compañía y que tanto los gastos ordinarios como los extraordinarios sean abonados por partes iguales, siempre y cuando los progenitores cuenten con recursos económicos similares⁴⁴.

3.2 Atribución del uso de la vivienda familiar

La cuestión sobre el uso y disfrute de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida ha causado una gran problemática en los juzgados, lo que ha propiciado que sean numerosas las sentencias dictadas al respecto. En efecto, el vacío legal existente al respecto ha propiciado el hecho de que la atribución del uso de la vivienda familiar constituya, sin duda uno de los puntos más conflictivos en el momento de la ruptura conyugal. Obviamente, si ambos progenitores tienen su propia vivienda no suele ser complicado el llegar a un acuerdo. El problema se produce cuando no es así, en cuyo caso, resulta frecuente que este régimen de custodia sea solicitado de forma torticera para dificultar la liquidación de la vivienda⁴⁵.

⁴¹ CLARAMUNT BIELSA, M.M., *op. cit.*

⁴² *Cfr.*, COSTAS RODAL, L., *op. cit.*

⁴³ En este sentido, la STS de 4 de marzo de 2016 (RJA, núm.....) exige la concurrencia de causa y declara que no hay causa que la justifique porque el padre, que es quien solicitaba las prestaciones alimenticias, se encuentra dado de alta como autónomo en su condición de ingeniero.

⁴⁴ PÉREZ CONESA, C., *op. cit.*, p. 83.

⁴⁵ *Cfr.*, PÉREZ GALVÁN, Mª, *op. cit.*

La omisión del legislador respecto del uso de la vivienda en los casos de custodia compartida está dando no pocos problemas en la práctica a los que la jurisprudencia trata de otorgar una solución. En efecto, el art. 96 CC, que regula la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de nulidad, separación y divorcio es un precepto desfasado y superado por la realidad, que omite el supuesto que aquí se está tratando, lo cual supone un problema importante por cuanto cada vez son más numerosas las sentencias judiciales que otorgan la custodia compartida a ambos progenitores. Es por ello que no es de extrañar que el precepto deba ser modificado, toda vez que, resulta incuestionable que las circunstancias actuales no son las mismas que cuando se introdujo el precepto en nuestro Código Civil tras la Ley 30/1981. La sociedad ha cambiado con respecto a esta fecha, entre otras muchas razones, nos encontramos con que hoy en día, y así se ha expuesto en páginas anteriores de este trabajo, la atribución de la custodia compartida a ambos progenitores va cobrando una mayor trascendencia y cada vez son más numerosas las sentencias que otorgan este tipo de custodia⁴⁶.

Parece haberse iniciado hace algunos años una línea jurisprudencial que aboga, como solución para la atribución del uso de la vivienda familiar en la custodia compartida, por la *limitación temporal* cuando se trata de vivienda privativa de uno de los progenitores. En este sentido, debemos reseñar la STS de 10 de enero de 2018⁴⁷, que viene a confirmar la doctrina jurisprudencial según la cual, atribuida la custodia compartida a ambos progenitores, no procede atribuir indefinidamente el uso de la vivienda familiar a uno de ellos, sino que este uso ha de ser limitado hasta el momento en que se proceda a la división de la cosa común y, en cualquier caso, por un periodo máximo que, en este caso, se estableció en dos años a partir de la sentencia de casación. A partir de dicho momento, se procederá a una utilización alternativa por seis meses del domicilio familiar y así sucesivamente hasta que se liquide el condominio.

En la línea de lo expuesto *supra*, cabe destacar la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de octubre de 2014, según la cual, para decidir sobre la atribución del uso de la vivienda familiar se aplica la norma contenida en el art. 96.2 CC de modo que el juez resolverá lo que proceda en función de las circunstancias concurrentes en cada caso. Además, se inclina por la utilización del criterio de la atribución temporal de la vivienda, tras la adecuada ponderación entre el interés más necesitado de protección y el régimen de titularidad de la vivienda⁴⁸. Para el supuesto de vivienda ganancial, sin embargo, parece ser que la solución más justa es la de la desafectación de la vivienda familiar a fin de proceder a su enajenación.

Pero analicemos el caso más sucintamente. Dispone el art. 96.1 y 2 CC que: “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda

⁴⁶ En tal sentido *vid.*, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar, una propuesta de *lege ferenda*”, *La Ley Derecho de familia*, núm. 16, 2017, ed. digital, www.laleydigital.es, quien aboga por una modificación del precepto

⁴⁷ STS de 10 de enero de 2018 (RJA, núm. 18453), que sigue la doctrina jurisprudencial sentada en sentencias anteriores como la de 22 de octubre de 2014 (RJA, núm. 5023), STS de 24 de octubre de 2014 (RJA, núm. 5180), STS de 16 de septiembre de 2016 (RJA, núm. 4449) o STS de 22 de septiembre de 2017 (RJA, núm. 4407).

⁴⁸ STS de 24 de octubre de 2014 (RJA, núm. 5180). El TS reitera que, ante el vacío legal en lo relativo al uso de la vivienda, debe aplicarse por analogía el art. 96.2 CC, el interés más necesitado de protección.

familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente”.

Por tanto, el precepto sienta una regla general para el supuesto de custodia individual, pero omite referencia alguna para los supuestos en que la custodia es compartida. Este vacío legal obliga al juez a decidir y este, *a priori*, parece que puede optar por atribuir la vivienda a cualquiera de los progenitores⁴⁹. Para la toma de decisión, el juez opta por acudir al artículo 96 CC. Ahora bien, la interpretación del precepto no está exenta de problemas a la hora de proceder a su aplicación.

En principio, visto que el párrafo primero del precepto no contempla la posibilidad de que sean los dos progenitores quienes ejerzan la custodia de forma compartida, el TS ha se ha decidido, como no podía ser de otra manera, por una aplicación analógica del art. 96.2 CC que prevé la atribución de la vivienda cuando uno de los hijos queda a cargo de un progenitor y otros a cargo de otro, de suerte que será el Juez quien deba resolver “lo procedente”⁵⁰.

GONZÁLEZ DEL POZO⁵¹ encuentra una clara identidad de razón entre custodia compartida y custodia partida o repartida para fundamentar la aplicación analógica del art. 96.2 CC a la hora de solventar el conflicto de la atribución del uso de la vivienda familiar cuando el ejercicio de la guarda o custodia es conjunto o compartido. Y es que entiende el magistrado que en ambos casos la guarda y custodia sobre los menores es ejercida por ambos progenitores y no sólo por uno de ellos. La diferencia radica en que en la custodia compartida cada progenitor la ejerce sobre todos los hijos, que permanecen juntos, durante periodos alternos; mientras que en el supuesto de custodia partida, cada progenitor la ejercerá de forma permanente o indefinida sólo sobre uno o varios hijos. Así, “mientras que en la guarda compartida, lo que se reparte son los periodos de tiempo en que cada progenitor ejercita la función de guarda y custodia de todos los hijos menores comunes, en la guarda partida, se produce una distribución o reparto de los hijos entre los progenitores y se separa a los hermanos, ejerciéndose la custodia sobre cada uno o varios de ellos por un progenitor de forma permanente e indefinida”.

A tal efecto, el TS considera que el juez debe ponderar, por un lado el interés más digno de protección, que será el derecho del menor a una vivienda adecuada que le permita compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus padres, y por otro lado, si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los miembros de la pareja, de ambos o de un tercero.

⁴⁹ SOLÉ RESINA, J., “La guarda y custodia tras la ruptura”, *Custodia compartida. Derechos de los hijos y de los padres* (GETE-ALONSO, C., y SOLÉ RESINA, J.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 129.

⁵⁰ En tal sentido se manifiesta la STS de 6 de abril de 2016 (RJA núm. 1321) afirmando que la Sala: “ha entendido que debe aplicarse analógicamente el párrafo segundo del art. 96 CC, que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la custodia de otro, remitiendo al juez resolver lo procedente (...) Ahora bien, existe un interés sin duda más prevalente (STS de 15 de marzo de 2013) que es el de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades que, conforme a la regla dispuestas en el art. 96 CC, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio (...)”.

⁵¹ Cfr., GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida”, *Diario La Ley*, núm. 7206 segundo trimestre de 2011, ed. digital www.laleydigital.es.

Hecha la ponderación, se puede decir que el TS ha optado por atribuir la vivienda al progenitor en quien concurre un interés de protección más necesitado, en función, principalmente, de la diferencia de medios económicos⁵².

Resulta incuestionable, y a ello hemos hecho alusión en páginas anteriores, que para tomar una decisión en torno al uso de la vivienda familiar, se ha de acudir prioritariamente, al igual que para cualquier toma de decisión relativa a conflictos matrimoniales, al interés y beneficio del menor. Sin duda satisfacer este interés exige garantizar al menor la posibilidad de alojarse en una vivienda digna donde pueda crecer y desarrollarse tanto en el plano personal como en el familiar, educativo, afectivo, etc.

Nos encontramos, no obstante, ante un supuesto en que los hijos se encuentran bajo la custodia conjunta de ambos progenitores, lo que nos obliga a tener en cuenta también que estos son de igual condición y, por lo tanto, ostentan el mismo derecho en aras a la atribución de la vivienda. Por lo tanto para determinar cuál de ellos tiene un derecho preferente a la atribución del uso de la vivienda, debe atenderse también a las circunstancias y necesidades de los mismos y así poder precisar cuál representa el interés familiar más necesitado de protección. En conclusión, en los supuestos de custodia compartida habrá de atenderse, no sólo al interés del menor sino también al interés del progenitor más necesitado de protección⁵³.

Así pues, el uso de la vivienda familiar se asignará a uno de los progenitores en aquellos supuestos en los que, atendiendo al criterio del interés del más necesitado de protección, no se pueda garantizar la vivienda del menor en los periodos en que queden en su compañía de otro modo. En todo caso dicha atribución tendrá carácter temporal y se procederá a la misma por un plazo razonable de tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ OLALLA, M^a.P., “Última jurisprudencia del TS en materia de custodia compartida”, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2018.
- CLARAMUNT BIELSA, M.M., Custodia compartida” Actualidad jurídica Aranzadi, núm. 870, 2013.
- CORDERO CUTILLAS, I., (“Algunos aspectos de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”, *AC*, marzo 2013.
- COSTAS RODAL, L., “Custodia compartida y prestaciones alimenticias cuando hay desproporción en los ingresos de los progenitores. Comentario a la STS de 11 de febrero de 2016”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2001.
- ESCRIBANOTORTAJADA, P., “Guarda y custodia compartida y atribución de la vivienda familiar”, *La Ley*, 2016.
- GARCÍA PRESAS, I., *Guarda y custodia de los hijos*, Lisboa, Juruá, 2015.
- GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida”, *Diario La Ley*, núm. 7206 segundo trimestre de 2011.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Criterios de atribución de la custodia compartida: a propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre d 2009”, *InDret*, núm. 3, 2010.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar, una propuesta de *lege ferenda*”, *La Ley Derecho de familia*, núm. 16, 2017.

⁵² Vid., ÁLVAREZ OLALLA, M^a. P., “Última jurisprudencia del TS en materia de custodia compartida”, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2018, ed. digital, www.westlaw.com.

⁵³ Cfr., GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., *op. cit.*

- MARTÍNEZ CALVO, J., “Determinación del régimen de guarda y custodia: criterios jurisprudenciales (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo nº 257/2013, de 29 de abril)”, *La Ley Derecho de familia*, 4 de mayo de 2015.
- PÉREZ CONESA, C., *La custodia compartida*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.
- PÉREZ GALVÁN, M^a. “La guarda y custodia compartida en los Tribunales antes y después de 2005”, *La Ley Derecho de Familia*, 2016.
- RÓMERO COLOMA, A., “La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica”, *Diario La Ley*, 8 de noviembre de 2010.
- SERRANOCASTRO, F.A., “Efectos de la crisis económica en la fijación de las pensiones alimenticia y compensatoria”, *Elderecho.com*, 2011.
- SOLÉ RESINA, J., “La guarda y custodia tras la ruptura”, *Custodia compartida. Derechos de los hijos y de los padres* (GETE-ALONSO, C., y SOLÉ RESINA, J.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- TAMAYO HAYA, S., “El ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia en la reforma del Derecho Civil en materia matrimonial”, *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas internacionales sobre las Reformas en Derecho de Familia*, coord. LASARTE ÁLVAREZ, C., Madrid, El Derecho, 2005.
- “La custodia compartida como alternativa legal”, *RCDI*, núm. 700, 2007.
- VIVAS TESÓN, I., “La guarda y custodia compartida de los hijos en la práctica judicial más reciente”, *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas internacionales sobre las Reformas en Derecho de Familia*, coord., LASARTE ÁLVAREZ, C., Madrid, El Derecho, 2005,