

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
-FACULTAD DE DERECHO-**



CUSTODIA COMPARTIDA Y VIVIENDA FAMILIAR

Alumna: Marta Iglesias Reina

Tutor/a: Prof.^a Matilde Cuenca Casas

Calificación: Notable (8)

MÁSTER UNIVERSITARIO EN DERECHO PRIVADO

Septiembre 2013

ABREVIATURAS:

AJPI: Auto de Juzgado de Primera Instancia

Art: Artículo.

CC: Código Civil.

CCCat: Código Civil de Cataluña.

CDFa: Código de Derecho Foral de Aragón.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LH: Ley hipotecaria.

RH: Reglamento hipotecario.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

CUSTODIA COMPARTIDA Y VIVIENDA FAMILIAR.

ÍNDICE:

I. INTRODUCCIÓN.....	Pág. 3
II. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	
1. Concepto.....	Pág. 7
2. El favor filii o interés superior del menor.....	Pág. 11
II. REGULACIÓN ESTATAL DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.	
1. Introducción.....	Pág. 14
2. Tramitación parlamentaria de la Ley 15/2005, de 8 de julio.....	Pág. 17
3. La autonomía de la voluntad de los progenitores. La intervención del Juez.....	Pág. 21
4. La prohibición legal de otorgamiento de la custodia compartida.....	Pág. 26
5. La custodia compartida de mutuo acuerdo:	
a) La cláusula abierta del art. 92.5 CC.....	Pág. 28
b) El régimen de los arts. 92.6 y 9 CC.....	Pág. 33
6. La custodia compartida contenciosa	
a) El carácter excepcional del art. 92.8 CC.....	Pág. 37
b) El informe del Ministerio Fiscal. Especial referencia a la STC 185/2012, de 17 de octubre:.....	Pág. 41
b.1) Vulneración del art. 117.3 CE en relación con el art. 39 CE.....	Pág. 44
b.2) Vulneración del art. 24.1 y 2 CE.....	Pág. 46
b.3) Vulneración del art. 14 CE.....	Pág. 47
7. De la excepcionalidad a la generalidad de la custodia compartida. STS 257/2013, de 29 de abril.....	Pág. 49
III. REGULACIÓN AUTONÓMICA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	Pág. 53
IV. LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA CUSTODIA COMPARTIDA	

1.	Contexto actual.....	Pág. 58
2.	Concepto y protección de la vivienda familiar.....	Pág. 59
3.	Derecho de uso de la vivienda familiar en guarda y custodia compartida.	
	a) El tradicional automatismo del art. 96.1 CC. Obstáculo para la atribución de la custodia compartida.....	Pág. 67
	b) Inexistencia de criterios legales. Aplicación analógica del art. 96.2 CC.....	Pág. 71
	c) Modalidades de uso de la vivienda compartida.....	Pág. 74
	c.1) Modalidad niño-nido.....	Pág. 76
	c.2) Modalidad niño-maleta.....	Pág. 79
	c.3) Otras modalidades.....	Pág. 83
4.	Problemática del uso de la vivienda familiar en la guarda y custodia compartida.	
	a) La importancia económica del derecho de uso de la vivienda familiar.....	Pág. 85
	b) Carácter privativo de la vivienda familiar.....	Pág. 90
	c) Carácter ganancial de la vivienda familiar.....	Pág. 94
	d) Vivienda familiar en arrendamiento.....	Pág. 100
	e) Situación de precario.....	Pág. 106
V.	COMENTARIO DEL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL EN CASO DE NULIDAD, SEPEPARACION Y DIVORCIO.....	Pág. 109
VI.	CONCLUSIONES.....	Pág. 115
VII.	BIBLIOGRAFÍA	

CUSTODIA COMPARTIDA Y VIVIENDA FAMILIAR.

I. INTRODUCCIÓN.

La guarda y custodia compartida aparece por vez primera en el ordenamiento jurídico-civil como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio¹. Este cuerpo legal constituye una pieza fundamental en el ámbito del Derecho de familia en la medida en la que, no solo elimina la causalidad de las separaciones y divorcios, simplificando notablemente el procedimiento judicial, sino que incrementa la autonomía de la voluntad de los cónyuges en los procesos matrimoniales, lo que tendrá una importancia fundamental en materia de guarda y custodia².

El legislador toma nota de lo que venía siendo una demanda social³ por parte de determinados grupos o sectores de la sociedad, principalmente las asociaciones de padres separados, que veían que, como consecuencia del modelo legal vigente hasta la fecha, centrado en el otorgamiento de la guarda y custodia en exclusiva a uno solo de los progenitores, la relación con sus hijos se veía reducida a un régimen de visitas, comunicaciones y estancias que dificultaban el ejercicio de sus derechos y deberes paterno-filiales. No puede olvidarse que es obligación del legislador⁴ ofrecer los instrumentos necesarios para que ambos progenitores puedan cumplir con sus

¹Ley 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 (BOE-A-2005-11864).

²La Exposición de Motivos de la Ley explica que *“La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio”. Y continúa diciendo “se pretende reforzar (...) la libertad de decisión de los padres respecto el 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”*

³Algunos autores consideran que dicha demanda social no era tal al entender que con anterioridad al año 2005 los padres difícilmente luchaban por la atribución de la guarda y custodia al ser atribuida mayoritariamente a las madres, especialmente en casos de menores de corta edad. En el 90% de los casos, los padres no discutían en los procedimientos consensuales que a la madre debería atribuírsele la guarda y custodia. DEBEN ALFONSO, M. *“Hacia una custodia impuesta y dividida”*, <www.hera2001.com/custodiareponsable/noticiasD.asp? Id= 89> EN: RIVERA ALVÁREZ, J.M, RIVERA *“La custodia compartida: génesis del nuevo art. 92 del Código Civil”*, Cuadernos de Trabajo Social; Vol 18, año 2005 (137 - 162, 11/2005), Pág. 156.

⁴Es mandato constitucional, de acuerdo con el artículo 39 CE, al establecer que:
1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

obligaciones de forma ecuánime. Y ello, no para satisfacer los intereses de los progenitores tras la ruptura, sino en atención siempre del interés supremo en todo proceso matrimonial que es el *favor filii* o interés del menor⁵.

Hasta el año 2005, la metódica general por parte de los Tribunales consistía en otorgar la guarda y custodia de los menores a la madre⁶, atribuyéndole asimismo el uso de la vivienda familiar, lo que determinaba que el padre acabase adquiriendo el rol de “padre-visitador”. A ello habría que sumarle la cuestión económica, en la medida en la que el progenitor que abandonaba el domicilio conyugal se veía obligado a procurarse un nuevo inmueble en el que alojarse, lo que supone una carga económica antes inexistente, así como abonar la pensión alimenticia correspondiente para los hijos comunes y, no en pocas ocasiones, continuar abonando la mitad de la hipoteca que grava la vivienda familiar⁷. Todo ello colocaba al cónyuge no custodio en una situación económica muy gravosa en relación con su situación anterior lo que constituía un nuevo foco de hostilidades entre los progenitores.

Con la incorporación de la custodia compartida, se trata de fomentar que ambos progenitores se responsabilicen de forma ecuánime de sus obligaciones parentales con sus hijos una vez se haya producido la ruptura⁸. Sin embargo, la puesta en marcha de este modelo de guarda presenta importantes dificultades desde un punto de vista material o económico⁹. La organización de la convivencia del menor con uno y otro progenitor presenta notables problemas a la hora de proceder a la atribución del uso de la vivienda familiar. La falta de cualquier previsión legislativa al respecto

2. *Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación (...)*

⁵ Así lo pone de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 2011 (JUR 2011/7382), cuando argumenta que: “*La guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores. La norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad de ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor, exigencia constitucional establecida en el art. 39.2 CE (...)*”

⁶ Así se refleja en la STS de 9 de junio de 2003 (RJ 2003/5137): “*La niña a quien necesita a su lado es a su madre debido su corta edad, sin perjuicio, de que se fije un amplio marco de visitas, estancias y comunicaciones para mantener habituales relaciones con su padre y sus abuelos*”.

⁷ GONZÁLEZ DEL POZO, JP. “*A vueltas con la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos comunes*”. El Derecho, Grupo Francis Lefevbre, junio, 2010 «http://www.elderecho.com/civil/vueltas-atribucion-vivienda-familiar-comunes_11_184555003.html» Pág. 2.

⁸ ROMERO COLOMA, A.M. “*La guarda y custodia compartida. Una medida familiar igualitaria*”. Colección Scientia Iuridica. Madrid, 2011, pág. 73

⁹ SAN SEGUNDO MANUEL, T. “*Maltrato y separación: repercusiones en los hijos*”. EN: Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, pág. 145

ha determinado una importante labor interpretativa por parte de la doctrina y la jurisprudencia de los últimos años¹⁰.

En el presente trabajo se analiza el régimen jurídico de la guarda y custodia compartida prevista en el art. 92 del Código Civil (en adelante, CC). Se pondrá especial interés en mostrar los requisitos materiales y los esfuerzos económicos que exige *la puesta en práctica* de este modelo de guarda, especialmente en un contexto de crisis económica como el actual.

Con la reciente Sentencia 185/2012, de 17 de octubre, del Tribunal Constitucional se pone fin al debate suscitado en torno a la subordinación al informe favorable del Ministerio Fiscal de la concesión de la custodia compartida a solicitud de un solo progenitor. Con la declaración de inconstitucionalidad del inciso “favorable”, se da un paso más hacia el abandono de la concepción de la custodia compartida no consensuada como una medida excepcional. Siguiendo esta misma línea, el Tribunal Supremo en su Sentencia 257/2013, de 29 de abril, asienta doctrina jurisprudencial al interpretar que la redacción del art. 92 CC no determina que la custodia compartida “*se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable*”.

Al amparo de la promulgación de un nuevo proyecto de ley estatal en materia de custodia compartida¹¹, se analizarán las deficiencias del régimen jurídico vigente a efectos de aportar posibles soluciones al respecto. En relación con el uso de la vivienda familiar, se pone de manifiesto la insuficiencia del régimen previsto en el art. 96 CC a la hora de conjugar el interés del menor de ostentar una vivienda digna en la que residir y los intereses patrimoniales de los progenitores. La ecuación propugnada por dicho precepto, basada en la asociación del uso de la vivienda familiar a la titularidad de la custodia de los menores, ha traído consigo numerosas situaciones complejas,

¹⁰TAPIA PARREÑO, J.J. “*La custodia compartida en la doctrina de las Audiencias Provinciales*”. EN: “*Custodia compartida y protección de menores*”. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, 2009. Págs. 232 y ss.

¹¹Como indica la autora ZÚÑIGA, Á., “*La custodia compartida*”. Escritura pública, N.º. 78, 2012 (págs.64-66), pág. 65, el pasado 13 de junio de 2012, Ruiz-Gallardón se comprometió a promulgar la nueva Ley nacional de Custodia compartida antes de que terminase el año y “*solucionar así ciertas lagunas en su aplicación. El futuro texto, del que solo se conocen las generalidades, priorizará el derecho del menor por encima del de los padres e impulsará que sea el juez el que tenga libertad de elegir el modelo que considere más conveniente para el niño, custodia compartida o monoparental, así como el tiempo que deberá permanecer con cada uno de ellos*”.

caracterizadas por un importante desequilibrio de los intereses económicos de los cónyuges dependiente de la titularidad de la custodia de los menores¹².

La guarda y custodia compartida no ostenta un perfecto encaje legal en el vigente art. 96 CC, en la medida en la que sigue dando respuesta a un modelo de guarda monoparental. Ante la ausencia de criterios legales de atribución de la vivienda familiar, la discrecionalidad judicial opera en toda su magnitud a la hora de articular el modelo convivencial de los menores en un régimen de custodia compartida. La praxis judicial de los últimos años, unida al estudio de las circunstancias de cada supuesto concreto, constituyen las herramientas del Juzgador a la hora de integrar el superior interés del menor como criterio rector principal de toda decisión relativa a la vivienda familiar. En este sentido, se atenderá a las normativas autonómicas reguladoras de la custodia compartida a la hora de analizar las diferencias concurrentes respecto al modelo legislativo estatal y las posibles soluciones a adoptar.

¹²PICONTÓ NOVALES, T. “*La custodia compartida a debate*”. Cuadernos “Bartolomé de las Casas”. Edit. Dykinson, Madrid, 2012, pág. 61.

II. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

1. Concepto.

La guarda y custodia compartida, alternada o sucesiva constituye una modalidad de ejercicio de la guarda y custodia de los menores tras la ruptura del matrimonio o de la convivencia *more uxorio*. En virtud del artículo 154 del Código Civil, la patria potestad está integrada por un halo de derechos-deberes de los progenitores, entre los que se halla el de “*tenerlos en su compañía*”¹³. En este sentido, y con carácter general, la guarda y custodia de los hijos se identifica con el cuidado y atención diario que se ejerce a través de la convivencia habitual con el menor¹⁴.

El punto de partida a la hora de aproximar un concepto de guarda y custodia compartida se centra en la nota de la corresponsabilidad parental. Este modelo de guarda se ha definido como “la situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio -o situación análoga en parejas de hecho-, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad en igualdad de condiciones y derechos sobre los mismos”¹⁵. Tras la ruptura de la pareja y, con ello, el cese de la convivencia de los progenitores, el ejercicio de los derechos y deberes con respecto a los hijos menores se ve enormemente dificultado en comparación con la situación de normalidad matrimonial. Surge así la necesidad de establecer un régimen de convivencia que les permita relacionarse con ellos por periodos de tiempo igualitarios, en la medida de lo posible, de forma racional y teniendo siempre presente el interés superior del menor¹⁶.

A título ejemplificativo, resulta de especial relevancia la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 12 de enero de 2007¹⁷, en la que se ofrece una definición acertada de la custodia compartida: “Es una modalidad de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación

¹³El Código Civil, en sede de regulación de las relaciones paterno-filiales, establece en su artículo 154 que “*La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos (...) Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades: velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (...)*”

¹⁴IVARS RUIZ, J. “*Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*”. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008. Pág.37

¹⁵DE LA IGLESIA MONJE, M.I. “*Custodia compartida de ambos progenitores*”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm 702, pág. 1822.

¹⁶Esta fue la idea expresada por DÍEZ GONZÁLEZ, R.M, portavoz del Grupo Parlamentario Unión, Progreso y Democracia en la presentación de la Proposición no de Ley en materia de custodia compartida ante el Congreso de los Diputados el 9 de abril de 2012.

¹⁷SAP Barcelona de de 12 enero de 2007 (JUR 2007/178637)

de pareja, en la que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro”. De nuevo, se pone de manifiesto la importancia de la coparentalidad y el ejercicio de obligaciones en pie de igualdad entre ambos progenitores en aras de satisfacer el cuidado cotidiano de los menores.

A mi juicio, si bien la guarda y custodia compartida comprende un reparto equitativo del tiempo de compañía con el hijo, éste no constituye el eje central sobre el que ha de girar este sistema de guarda¹⁸. No en pocas ocasiones se considera que el ejercicio de una custodia compartida¹⁹ descansa en llevar a cabo una pernocta compartida. Dicha concepción determinaría que lo que diferencia un sistema de guarda y custodia compartida de una exclusiva radica básicamente en un factor temporal²⁰. El error es patente. La finalidad principal del régimen de custodia compartida consiste en satisfacer los intereses y necesidades diarias del menor del modo más óptimo posible, en cuyo caso se establece la posibilidad de que los padres compartan las funciones básicas del cuidado diario del menor, pese a que las relaciones sentimentales entre ellos se hayan roto. Por ello, considero que es perfectamente viable articular una custodia compartida en

¹⁸Sin embargo, algunos autores consideran que la guarda y custodia compartida se basa únicamente en un reparto igualitario del tiempo. PÉREZ-SALAZAR RESANO “*La guarda y custodia compartida y el régimen de visitas: los puntos de encuentro familiar*”, Custodia Compartida y protección de menores, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2009. Pág. 252, opina que “*no se trata (...) de compartir la patria potestad, que es un conjunto de derechos y de deberes más amplio, sino de que los periodos de estancias del menor con uno y con otro de los progenitores sean tan amplios para ambos que podamos hablar de un reparto equitativo del tiempo (...)*”.

¹⁹Para IVARS RUÍZ, *op.cit.* Págs. 52 y ss, el concepto de custodia compartida resulta equívoco en la medida en la que los progenitores no comparten la custodia, sino que se suceden o alternan en el ejercicio de la misma. También lo entiende así ROMERO COLOMA M.A. *op.cit.* Pág. 37 quien entiende que la guarda y custodia de los hijos, desde un punto de vista gramatical, no puede ser literalmente compartida cuando los progenitores están separados y/o divorciados. Por esta razón, hubiese sido preferible que el legislador optase por términos más adecuados como “custodia alterna”, “custodia periódicamente alternativa” o “custodia sucesiva”. Así se refleja en la jurisprudencia, como por ejemplo en la SAP de Alicante de 7 de julio de 1997 (AC 1997/1591); SAP de Córdoba de 1 de marzo de 2004 (JUR 2004/125769); SAP de Barcelona de 12 de enero de 2007 (JUR 2007/178637) o la SAP de Valencia de 5 de octubre de 2011 (JUR 2011/43457), entre otras.

²⁰SAP de Girona de 29 de junio de 2012 (AC 2012/1356): “*Salvo situaciones de estancias muy restringidas con un progenitor, aunque no exista una estancia igualitaria entre ambos progenitores, siempre podrá hablarse de guarda y custodia compartida, a fin de evitar la marginación de un progenitor frente al otro en las decisiones que afectan a los hijos. Y con ello también se evitarían las disputas durante el proceso sobre la atribución de la guarda y custodia, pues muchas veces la defensa del ejercicio exclusivo de la guarda y custodia sobre los hijos tienen como finalidad encubierta la de decidir el progenitor a la que se le atribuye de forma exclusiva sobre la vida de los hijos*”.

la que los períodos de estancia con cada uno de los progenitores no sean idénticos, siempre que ambos continúen siendo protagonistas en la toma de decisiones de la vida cotidiana del menor²¹.

Con la custodia compartida, se trata de conseguir un ejercicio responsable de los deberes paterno-filiales por ambos progenitores, acabando con la metódica existente desde la aparición del divorcio en España²² basada en la concesión, prácticamente automática, de la custodia de los menores a la madre, salvo que existiesen circunstancias graves que invitasen a otra solución. Dicho modelo ha constituido siempre un arma de doble filo: si bien es cierto que la madre así disfrutaba de una mayor compañía de los hijos por ser titular de su custodia, también era la responsable diaria de su educación, cuidado y atención, lo que en no pocas ocasiones ha tenido que acometer en solitario. Dicha circunstancia se traduce en cuestiones metajurídicas de especial relevancia, tales como la dificultad de compaginar su vida personal y laboral, sacrificar en no pocas ocasiones su desarrollo profesional por el cuidado de sus hijos, llegando incluso a abandonar su puesto de trabajo, así como la asunción de una carga de responsabilidades tales que le dificultan, en muchas ocasiones, rehacer su vida sentimental.

En la otra cara de la moneda nos encontramos con la situación paterna. La atribución al progenitor no custodio de un régimen de visitas de fines de semana alternos y mitad de los períodos vacacionales reduce la estancia de los hijos a menos de un 30% del tiempo con uno de sus padres²³. Dicha circunstancia, *de facto*, opera con carácter de sanción para el cónyuge no custodio, en la medida en la que la convivencia de dos días de cada quincena con el menor no fomentan la posibilidad de incidir en su educación, formación y cuidado del hijo, tendiendo a delegar en el cónyuge custodio la toma de decisiones y responsabilidades que conlleva la crianza de los menores. En este sentido, el papel paterno se reduce a cumplir las obligaciones económicas que le han sido impuestas y a realizar un cuidado del menor esporádico, lo que favorece un alejamiento emocional del menor respecto del progenitor y viceversa²⁴.

²¹En este sentido, LAMY, A. y POUSSIN, G. “*Custodia compartida. Cómo aprovechar sus ventajas y evitar tropiezos*”. Edit. Espasa. Madrid, 2005. Pág. 29.

²²El divorcio aparece en España como consecuencia de la entrada en vigor 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 (BOE-A-1981-16216).

²³GONZÁLEZ ORVIZ, M.E. “*Modelos de guarda y custodia: síndrome de alienación parental*” Recurso Electrónico. Edit. Bosch. Barcelona, 2010, pág. 2

²⁴*Idem*.

En relación con lo anterior, el artículo 92.1 del Código Civil es rotundo: “La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”. Cabe recordar que la ruptura matrimonial no constituye causa de limitación de la patria potestad de los progenitores, y es que éstos continúan ostentando la titularidad conjunta de la misma²⁵. Cuestión distinta es que la titularidad de la guarda y custodia, tras la ruptura matrimonial, sea ejercida por uno solo de los progenitores (guarda en exclusiva), que cada progenitor ostente la guarda y custodia cada uno de determinados hijos comunes (custodia repartida) o que ambos la ejerciten conjuntamente respecto de todos los menores (custodia compartida).

La guarda y custodia de los menores se reduce al derecho-deber de “tenerlos en su compañía”, mientras que la patria potestad constituye una noción más amplia de derechos, deberes y facultades²⁶ que traen causa directa en la filiación. Dicha circunstancia se traduce en que, como titulares de la patria potestad, las decisiones importantes relativas a sus hijos comunes, como puede ser una intervención quirúrgica o el colegio al que acudirán los menores²⁷, habrán de ser adoptadas de común acuerdo tanto en un régimen de custodia compartida como en el caso de custodia exclusiva²⁸. Por lo tanto, la nota definitoria de la custodia compartida es que aquellas decisiones propias de la vida cotidiana del menor no queden a cargo de uno solo de los progenitores, de ordinario, la madre, sino que sean llevadas a cabo por ambos padres. De esta suerte, se evita la exoneración de responsabilidades por parte de un progenitor y, consecuentemente, se fomenta su intervención activa en el cuidado del menor.

²⁵En este sentido, el artículo 90 CC establece que “*El convenio regulador (...) deberá contener, al menos, los siguientes extremos: el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos (...)*”. Por su parte, el art. 156 CC dispone: “*La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro*”.

²⁶La sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 29 de junio de 2012 (AC 2012/1356), entiende que: “*El legislador y también los tribunales, en nuestra opinión, de forma errónea, se refieren al régimen de guarda y custodia y de régimen de visitas, cuando lo más correcto deberían referirse a la forma en que debe ejercerse la patria potestad. Obsérvese que cuando el legislador y los tribunales se refieren a la guarda y custodia o a la guarda y custodia compartida, no indican las consecuencias que conlleva ello, y en toda la regulación de la patria potestad, la guarda y custodia no es más que un aspecto de aquella*”.

²⁷SAP Valencia, de 22 de abril de 1999 (AC 1999/9730): “*Serán adoptadas conjuntamente por ambos progenitores las decisiones relativas al a elección del centro escolar, sometimiento a intervenciones quirúrgicas, participación en viajes o actividades de riesgo o cualesquiera otras que puedan afectar gravemente al armónico desarrollo de los niños*”.

²⁸El Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de octubre de 2012 (RJ 2012/9730) argumenta que el cambio de domicilio de la menor al extranjero, como causa directa del cambio laboral de la madre, no puede ampararse en la mera decisión de ésta por ostentar la custodia. Este tipo de cambios en la vida de la menor han de ser valorados por ambos progenitores como titulares de su patria potestad. El Tribunal argumenta que “*Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que, cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor*”.

2. El *favor filii* o interés superior del menor.

Atendiendo siempre a la casuística propia de los procesos matrimoniales, son las necesidades y los intereses del menor los que han de servir como criterio a la hora de determinar la viabilidad o no del régimen de custodia compartida. El *favor filii* o interés superior del menor, principio general del Derecho y de importancia capital en el ámbito jurídico de la familia, se instituye como la pieza clave del sistema. Es cierto que ningún derecho es ilimitado, razón por la cual este interés superior del menor habrá de fluctuar con otros intereses en juego, como serán los de sus progenitores o los de la unidad familiar en su conjunto, pero siempre teniendo presente cuál ha de primar en caso de colisión²⁹.

A la hora de esclarecer qué se entiende por interés superior del menor, hemos de partir de la idea de que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado o “concepto en blanco”. El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 29 de septiembre de 1997³⁰, consideró como doctrina consolidada que el principio de legalidad no veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonable en virtud de “criterios lógicos, razonables o de la experiencia”. Se ofrece, pues, al juzgador una amplia discrecionalidad a la hora de concretar el contenido del interés superior del menor, adecuándolo siempre al caso concreto³¹.

Cabe recordar que el *favor filii* o *favor minoris* se instituye como un principio de carácter universal recogido en pluralidad de ordenamientos jurídicos nacionales así como Tratados Internacionales, los cuales constituyen punto de partida para el operador jurídico a la hora de

²⁹Resulta interesante la argumentación dada en este sentido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 29 de mayo de 2000 (RTC 2000/141): “Constituye doctrina consolidada de este Tribunal, con fundamento en las citadas normas internas e internacionales dictadas para la protección de los menores de edad, que en materia de relaciones paternofiliales (entre las que se encuentra lo relativo al régimen de guarda y custodia de los menores por sus progenitores, como es el caso que nos ocupa) el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable” (FJ 5). En esta misma línea SSTC 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4 (RTC 2002/124); 144/2003, de 14 de julio, FJ 2 (RTC 2003/144); 71/2004, de 19 de abril, FJ 8 (RTC 2004/71); 11/2008, de 21 de enero, FJ 7 (RTC 2008/11)

³⁰STC de 29 septiembre de 1997 (RTC 1997/151)

³¹A la hora de concretar la indeterminada figura del interés del menor, IVARS RUÍZ, J. *op.cit.* Pág. 27 considera que el Juez, a efectos de actuar de modo objetivo, ha de contar con una formación académica integral, que contemple tanto el ámbito jurídico, como disciplinas tales como la psicología infantil. Asimismo, deberá valerse para tal fin de los informes psicosociales, de la prueba practicada, así como de la propia audiencia del menor.

concretar este concepto³². Así, los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, integrados en nuestro ordenamiento ex art. 10.2 CE y por expresa remisión de la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor, contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa. Se reconoce así en el art. 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 (“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*”); así también el art. 14 de la Carta europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 (“En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de *los intereses del niño*”); igualmente cabe citar el art. 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (“Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses”).

La protección jurídica internacional que se ofrece del interés del menor se encuentra en armonía con lo previsto en el artículo 39.2 de nuestra Carta Magna, cuando establece como principio rector de la política social que “los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación (...)”³³. En esta misma línea, el artículo 2 de la citada Ley de Protección Jurídica del Menor, indica que “primará el *interés superior de los menores* sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”³⁴.

³²Son innumerables las resoluciones judiciales en las que se esclarece el concepto de interés superior del menor. Sólo a título de ejemplo SAP de Las Palmas, de 26 de julio de 2007 (JUR 2007/136253); SAP de Cáceres de 30 de junio de 2009 (JUR 2009/342788); SAP de Burgos de 21 de noviembre de 2009 (JUR 2009/286462); SAP de Valencia de 6 de abril de 2011 (JUR 2011/ 227422); SAP de Santa Cruz de Tenerife de 18 de julio de 2012 (JUR 2012/232829), entre otras.

³³También conviene hacer alusión a otros mandatos constitucionales previstos en el mismo precepto. En este sentido, el apartado 1 del artículo 39 CE indica que “*Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*”. Por su parte, el apartado 4 señala que “*Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”.

³⁴Resulta esclarecedora la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 9 de mayo de 2012 (JUR 2012/205092), al explicar que: “*el niño, en cuanto individuo en formación, precisa de una protección especial en los órdenes fisiológico y psicológico, en tanto en cuanto tiene una personalidad en desarrollo, que es necesario, en la medida de lo posible, salvaguardar, en este sentido en el derecho alemán se viene hablando del principio de promoción de su personalidad (“förderungsprinzip) como esencial a la hora de adoptar las decisiones de las autoridades públicas*”.

La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional, de 22 de diciembre de 2008³⁵, indica lo siguiente: “El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste. En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada”.

Centrándonos ya en el interés del menor dentro del ámbito de la guarda y custodia compartida, es interesante traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de enero de 2012³⁶, en cuyo Fundamento Jurídico Cuarto se determina que “(...) hay que precisar que todo régimen de custodia tiene sus ventajas y sus inconvenientes y que la primacía del sistema de custodia compartida que destaca la parte recurrente no es tal, pues lo que ha de primar es aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido en el artículo 92 como *una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven*, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda (STS de 11 de marzo de 2010 RC 54/2008; STS de 7 de julio de 2011, RC 1221/2010; STS de 21 de febrero de 2011, RC 1886/2008, entre otras)”.

sobre los menores. La infancia conforma un periodo de la vida fundamental en la formación futura de la personalidad del ser humano, de ahí la importancia que alcanza desarrollar un adecuado sistema jurídico de protección del mismo, que incluso tiene su refrendo en el art. 10.1 de la Carta Magna, en cuanto proclama el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En definitiva, quien no puede por su edad defenderse por sí mismo, velar por sus intereses, transfiere tal función a las instituciones públicas y privadas que han de cuidar por que aquéllos sean debidamente respetados”.

³⁵STC de 22 diciembre de 2008 (RTC 2008/176).

³⁶STS de 10 enero de 2011 (RJ 2012/3642)

III. REGULACIÓN ESTATAL.

1. Introducción.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, modifica la redacción del artículo 92 del Código Civil³⁷. En el apartado 5º de dicho precepto se introduce este novedoso modelo de guarda³⁸. El tenor literal del precepto es el 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”.

Por su parte, el apartado 8º del mismo artículo continúa diciendo que:

“Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

Con el reconocimiento legal de este modelo de custodia, ambos padres podrán alternarse en el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos sometidos a patria potestad, compartiendo con ellos determinados períodos de convivencia y asumiendo la parte de responsabilidad que ello conlleva³⁹.

³⁷La redacción anterior del art. 92 CC no contemplaba la posibilidad de otorgar la guarda y custodia a ambos cónyuges de forma conjunta, pero tampoco la impedía. Así, el párrafo cuarto de dicho art. 92 CC decía que: “*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*”.

³⁸Como indican GARCÍA RUBIO, M.P; OTERO CRESPO, M. “*Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005*”. Revista Jurídica de Castilla y León, núm 8. Febrero, 2006, Pág. 88, los ordenamientos de los países más avanzados han ido estableciendo de forma progresiva a lo largo de la última década regímenes de ejercicio conjunto e igualitario de la patria potestad bajo el concepto de “*joint custody*”. En este sentido, las autoras citan la experiencia de la mayor parte de los Estados Unidos de América, donde a partir de los años ochenta se ha ido implantando progresivamente la custodia compartida, incluso aunque los progenitores no estén de acuerdo. En el caso de Alemania, la reforma operada por la *Reform zum Kindschaftsrecht* en 1997 estableció la autoridad parental compartida, tanto a nivel personal como patrimonial. Este criterio ha sido también adoptado por Francia, Italia, Portugal o República Checa, siendo el régimen imperante en Europa desde un punto de vista estadístico.

Cabe destacar que la custodia compartida no nace “ex novo” como consecuencia de dicha modificación legislativa⁴⁰, ya que con anterioridad existían sentencias donde se acordaba dicho régimen, si bien condicionándolo a determinadas cautelas⁴¹. Se puede citar como ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 14 de noviembre de 2005⁴², en la que aplicando la normativa anterior a la Ley de 2005, se señalaba que:

“La guarda y custodia compartida aconseja que exista en los progenitores unas condiciones de semejanza en los diversos órdenes de la vida, personales, sociales, culturales, etc., y un proyecto en común en lo tocante a la educación y formación de los hijos; por otra parte requiere que haya entre éstos un ambiente de flexibilidad y una comunicación fluida⁴³”.

No cabe duda de que el reconocimiento legal del este modelo de guarda supone un salto cualitativo⁴⁴ en aras de favorecer el principio de igualdad de los progenitores y facilitar la satisfacción del interés superior del menor⁴⁵, atendiendo siempre a las circunstancias de cada caso

³⁹PÉREZ VEGA, Á. “*La guarda y custodia compartida de los hijos sometidos a patria potestad*”. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, Nº 9, 2005, (págs. 673-692), Pág. 674.

⁴⁰MORÁN GONZÁLEZ, M.I. “*El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda y custodia: especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor*”. En: *Custodia Compartida y protección de menores*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009, Pág. 91.

⁴¹Como se hace referencia en la SAP de Las Palmas de 15 de abril de 2004 (JUR 2004/152448), las Audiencias Provinciales admitieron la posibilidad de otorgar la guarda y custodia compartida, si bien la limitaron a supuestos en que concurrieran especiales circunstancias que así lo aconsejaran, siempre a instancia de ambos padres y cuando quedase acreditada la capacidad suficiente de ambos para ostentarla. También se consideraba necesario para la adopción de la medida que no se apreciara conflictividad entre los progenitores, como en la SAP Castellón de 14 octubre 2003 (JUR 2003\264777) o que no existiesen menores de corta edad, como en la SAP de Girona de 9 de febrero 2000 (AC 2000/184). También se pueden citar la SAP de Barcelona de 26 de abril de 2004 (JUR 2004/159769) o la SAP de Baleares de 17 de septiembre de 2004 (JUR 2004/287235), entre otras.

⁴²SAP Madrid de 14 noviembre de 2006 (JUR 2006/15575)

⁴³TAPIA PARREÑO, J.J. *op.cit.* Pág. 219.

⁴⁴No lo cree así RIVERA ALVÁREZ, *op.cit.* Pág. 156, quien considera que la reforma de 2005 no supone un cambio en la concepción de que la custodia compartida constituye un modelo de guarda excepcionalmente permitido por nuestros tribunales en situaciones especiales en que las que se pruebe que este modelo de custodia es la mejor elección para beneficiar a los hijos.

⁴⁵Si realizamos un análisis histórico, vemos el avance operado en materia de igualdad entre los progenitores a la hora de ejercer sus derechos-deberes paternofiliales. La redacción originaria del Código, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889, abogaba por un sistema de atribución del cuidado de los menores basado en la culpabilidad o inocencia de los progenitores, así como en la distribución de los menores por razón de sexo. En cualquier caso, se atiende a un modelo preferentemente materno, especialmente en los hijos menores de tres años.

Tras la reforma por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, el art. 159 CC determinaba que “*Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, 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*”. Se mantiene la convicción de la necesaria preceptividad del cuidado materno de los hijos en sus primeros años de vida hasta la reforma operada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, en virtud de la

concreto. Pero conviene apuntar que la facilidad que parece desprenderse del tenor literal del precepto a la hora de establecer dicho régimen de guarda se ve en muchas ocasiones mermada en base a un doble orden de consideraciones: de un lado, los obstáculos que ofrece la actual praxis judicial⁴⁶, todavía reticente a desprenderse del tradicional modelo de guarda exclusiva materna⁴⁷; de otro, los requisitos fácticos, materiales y económicos que han de cumplir los progenitores para poder llevarlo a cabo⁴⁸. En este sentido, conviene tener presente la disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor para dedicar a sus hijos, los horarios laborales, la madurez de los hijos, la estabilidad y continuidad que se garantiza a los hijos respecto de la situación anterior, como es el caso de las relaciones con la familia extensa, con el entorno de amistades y el colegio, la proximidad de los domicilios de los progenitores, las condiciones que ofrecen dichas viviendas, la dedicación de cada progenitor al cuidado de los menores con anterioridad a la crisis matrimonial, entre otras circunstancias⁴⁹.

cual el art. 159 CC pasa a decir lo 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 oír, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años*”

⁴⁶GARCÍA RUBIO, M.P; OTERO CRESPO, M. *op.cit.* Pág. 85

⁴⁷“*El Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia explica que se empieza a notar el cambio de tendencia de los jueces, sobre todo de los jóvenes. Hace uno o dos años era impensable que se concedieran custodias compartidas en los divorcios contenciosos*”. EN: “El País”, edición 4 de agosto de 2009, “La justicia empieza a dar también al padre la custodia de los hijos”. TAPIA PARREÑO, J.J. *op.cit.* pág. 214

⁴⁸Datos oficiales del INE 2010, período 2009, ponen de manifiesto dicha complejidad: en un 84,7% de los casos se concedió la custodia exclusiva a la madre, tanto por mutuo acuerdo de los progenitores como por decisión judicial. Sólo en un 5,6% se otorgó la custodia al padre y en un 9,7% de las rupturas se concedió la guarda y custodia compartida.

⁴⁹Se pueden citar, en este sentido, la sentencia de la AP Barcelona de 20 de diciembre de 2007 (JUR 2008/108542); Sentencia de AP Madrid de 17 de mayo de 2007 (JUR 2007/313171); Sentencia de la AP Madrid de 1 de julio de 2008 (JUR 2008/287440); sentencia de la AP Málaga de 2 de julio de 2007 (JUR 2007/212148), SAP de Albacete de 23 abril de 2012 (JUR 2012\162481), entre otras.

2. La tramitación parlamentaria de la Ley.

Uno de los temas más controvertidos durante la tramitación parlamentaria de la Ley 15/2005 fue la introducción de la custodia compartida⁵⁰. Como indica ZURITA MARTÍN, si analizamos el art.92 CC podemos comprobar que la intención del legislador se descubre contradictoria. Una vez aceptada la necesidad de regular la guarda conjunta, se pretende prevenir las consecuencias negativas que podrían derivarse de su incorporación al Código⁵¹. El legislador, siendo consciente de las dificultades que conlleva la atribución de este modelo de guarda, “ofrece muestras de sus serias reservas hacia este modelo, poniendo de manifiesto cierta desconfianza del arbitrio del juez a la hora de adoptar adecuadamente esta medida”⁵². Ejemplo de ello resulta la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 13 de junio de 2006⁵³, al indicar que “la solución de la custodia compartida resulta excepcional y debe ser aplicada con suma prudencia”⁵⁴.

La redacción del art. 92 CC en el Anteproyecto de la Ley carecía de gran complejidad⁵⁵, en la medida en la que no concurrían especiales cautelas a la hora de adoptar el régimen de custodia compartida, otorgando el papel protagonista a los progenitores⁵⁶:

⁵⁰GARCÍA RUBIO, M.P; OTERO CRESPO, M. *op cit.* Pág. 71.

⁵¹No son pocos los autores, como es el caso de MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. “*Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso*”, Diario La Ley, Nº7105, Sección Doctrina, 2 Feb. 2009, Edit. La Ley, Pág.1, que opinan que la reforma del art.92 CC no ha sido reformado atendiendo al interés del menor sino a las reivindicaciones de distintos colectivos. Así, las asociaciones de padres o madres separadas y asociaciones de juristas han intervenido más en los resultados que algunas instituciones tales como la Comisión General de Codificación, el Consejo de Estado y el Consejo General del Poder Judicial. El resultado legislativo, consecuentemente, se ha visto afectado por sus opiniones y pretensiones que, a juicio de la autora, si la técnica legislativa hubiese sido adecuada, nunca aparecerían.

⁵²ZURITA MARTÍN, I. “*Las últimas reformas legales en materia de relaciones paterno-filiales*”. EN: “La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005). Edit. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, SA. Madrid 2007. Pág. 286.

⁵³SAP Asturias de 13 junio de 2006 (JUR 2006/187339)

⁵⁴Dicha argumentación choca de frente con la del Tribunal Supremo, de nuevo su sentencia de 22 de julio de 2011 (RJ 2011/5676), cuando explica que “*que el ejercicio conjunto de todas las responsabilidades parentales tras la ruptura de la relación entre los progenitores debe ser la norma, y no la excepción, cuando se dan las condiciones de idoneidad en los menores y sea posible establecerlo conforme a la actitud y aptitud de quienes han de ejercerla*”.

⁵⁵Sin embargo, el Anteproyecto de la Ley 15/2005, de 8 de julio, aprobado por el Consejo de Ministros el 17 de septiembre de 2004 planteó un amplio debate social y político, destacándose varias posturas que han tenido influencia en la redacción final. La Asociación de Padres de Familias Separadas solicitaba que la custodia compartida se articulase como una norma general, mientras que la Federación de Mujeres Separadas y Divorciadas consideraba que la guarda y custodia compartida supondría “*dar un instrumento a los violentos, porque son prácticamente los únicos que la reclaman, ya que en el 80% de los casos la deciden los progenitores sin necesidad de intervención judicial*”. RIVERA ALVÁREZ, J.M, *op.cit.* Pág. 158.

“Los padres podrán acordar o, en su caso, el juez podrá decidir, a instancia de parte y siempre en beneficio del menor, que la guarda de los hijos sea ejercitada por uno solo de ellos o conjuntamente, procurando no separar a los hermanos”

Durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley⁵⁷, la nueva redacción del art. 92 CC fue objeto de discusión tanto en el Congreso como en el Senado. En particular, la introducción de la guarda y custodia compartida impuesta por el juez resultó polémica y la redacción final fue el fruto del consenso entre las diversas fuerzas políticas. Un sector político abogaba por el acuerdo necesario de los progenitores a la hora de adoptar el régimen de custodia compartida, sin posibilidad de que fuera impuesta por el juez a petición de uno solo de los cónyuges⁵⁸. No faltaron voces que exigían reforzar las garantías y cautelas previstas, como defendía el Grupo Parlamentario Mixto o Coalición Canaria⁵⁹. Finalmente, la enmienda núm. 48 formulada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso es el texto hoy vigente del art. 92 CC⁶⁰.

Entre los grupos que abogaban por eliminar el carácter excepcional de la medida⁶¹, considero interesante la enmienda núm.5 del Grupo Parlamentario en el Senado Entesa Catalana de Progrés, la cual rezaba lo siguiente:

⁵⁶El Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la Ley influyó en la redacción que el Proyecto de Ley dio a dicho precepto, en la medida en la que exigía desde una perspectiva notablemente garantista, que fuera “*el juez quien, en cada caso, valore la conveniencia, o no, de la custodia compartida en sus distintas modalidades, teniendo en cuenta conjuntamente el interés del menor (...) y la concreta situación real entre los padres*”.

⁵⁷ALASCIO CARRASCO, L. y MARÍN GARCÍA, I. “*Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC*”. , ISSN-e 1698-739X, Nº. 3, 2007_Indret: Revista para el Análisis del Derecho. Pág. 14

⁵⁸Así lo exigieron el Congreso el Grupo Parlamentario Mixto (enmiendas núms. 30 y 32), el Grupo Parlamentario Vasco, EAJ-PNV (núm.40), el Grupo Parlamentario Popular (enmienda núm. 81, en el Congreso, y enmienda núm. 26 en el Senado).

⁵⁹El Grupo Parlamentario Mixto, en la enmienda núm. 32, enumera los elementos que el juez valorará cuando otorgue la custodia compartida. Asimismo, Coalición Canaria, enmiendas núm. 57 y 58, exige que los cónyuges que opten por la custodia compartida se sometan a mediación.

⁶⁰Un importante sector doctrinal entiende que durante la trayectoria parlamentaria del precepto, “*el Gobierno acabó cediendo a las presiones de ciertos colectivos feministas y desoyó a los sectores que reclamaban la custodia compartida*”. Así lo entiende RÍOS PERE, J. “*La Ley catalana prevé dar la custodia compartida sin informe previo del fiscal*”, «www.custodiacompartida.org» Comparten la misma idea, RIVERA ÁLVAREZ, J.M., *op.cit.* Pág. 139 o MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. “*Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida...*”, *op.cit.* Pág 2.

⁶¹La enmienda núm 4 del Grupo Parlamentario de Senadores de Coalición canaria y enmienda núm. 5 del Grupo Parlamentario en el Senado Entesa Catalana de Progrés

“Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado 5 de este artículo, el juez podrá acordar la guarda y custodia compartida ejercida de forma alterna, fundamentándola en la preservación del supremo interés del menor, conforme a los siguientes criterios: que se solicite a instancia de una de las partes, siempre que la otra haya reclamado la custodia para sí en exclusiva; que se emita informe preceptivo del Ministerio Fiscal; que en todo caso se asegure que, por la ubicación de los domicilios de los padres, el menor gozará de la necesaria estabilidad para el mejor desarrollo de su personalidad y para el desenvolvimiento idóneo de sus hábitos y relaciones personales”

En mi opinión, la técnica legislativa aportada por dicho Grupo Parlamentario me resulta, a todas luces, la adecuada⁶². En primer lugar, por introducir el concepto de guarda ejercida de forma alterna, la cual, en opinión un amplio sector de la doctrina, resulta más adecuada que “custodia compartida” a la hora de reflejar la esencia de dicho modelo de guarda. En segundo lugar, por requerir el informe preceptivo, pero no necesariamente favorable⁶³, del Ministerio Fiscal, sin interferir así en la independencia y libre capacidad decisoria del Juez. Y por último, por referirse de forma específica a los criterios que ha de seguir el juez a la hora de otorgar la guarda conjunta⁶⁴.

Dejando a un lado la necesaria mención a la pertinencia del informe preceptivo del Ministerio Fiscal, el cual estudiaremos más adelante, comparto en este punto la opinión del magistrado CAMPO IZQUIERDO quien entiende que el legislador “perdió una buena oportunidad para mejorar la regulación actual referida a las medidas personales que se pueden adoptar en las separaciones y divorcios”⁶⁵. Desde mi punto de vista, considero fundamental el objetivar, en la medida de lo posible, la concesión de la custodia compartida, tal y como sucede en determinados países de nuestro entorno⁶⁶ así como en determinadas legislaciones autonómicas⁶⁷. Ello no equivale

⁶²Asimismo, no se puede dejar de mencionar las enmiendas núm. 81 en el Congreso y núm 24 en el Senado del Grupo Parlamentario Popular, en virtud de las cuales introduce la necesidad de un Plan de Responsabilidad Parental que comprenda el reparto del tiempo entre los cónyuges e incluya acuerdos sobre la vivienda habitual, la pensión de alimentos y otros aspectos que influyan en el interés del menor.

⁶³Únicamente el Grupo Socialista se refería a que, cuando no hubiese acuerdo entre los cónyuges, fuese necesario un informe favorable del Ministerio Fiscal para acordar la guarda y custodia compartida. La justificación de dicha medida se basaba en la necesidad de “*incrementar las garantías de prevalencia del interés del menor en la decisión del régimen de guarda*”. Enmienda núm. 38 en el Senado.

⁶⁴ZURITA MARTÍN, I. *op.cit.* Pág. 287.

⁶⁵CAMPO IZQUIERDO, Á.L, “*Guarda y custodia compartida. ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?*”. Diario La Ley, N° 7206, Sección Tribuna, 29 Jun. 2009, Edit. La Ley. Pág 3.

⁶⁶Este es el caso de las legislaciones de Francia, Italia, Inglaterra, Alemania o determinados Estados de Estados Unidos, en las cuales se ha establecido una lista de criterios de referencia para poder determinar si la concreta decisión adoptada por el Juez ha satisfecho objetivamente las exigencias de la norma. A título de ejemplo, el art. 373-2-11 del Código civil

al establecimiento de unos baremos herméticos, cuyo cumplimiento íntegro sea necesario para acordar este tipo de régimen. Desde mi punto de vista, y pese a la concepción generalizada de los sectores más positivistas, lo cierto es que la seguridad jurídica en este tipo de procesos no se traduce en la enumeración de reglas de conducta recogidas en una ley. Podría considerarse que el aforismo latino *summum ius, summa injuria* cobra su mayor virtualidad⁶⁸. Y ello debido a que la casuística impera en todas las ocasiones, de manera que no existen dos casos iguales cuando a la organización familiar se refiere⁶⁹.

Al hilo de lo anterior, el 9 de abril de 2012, Rosa M^a Díez, portavoz del Grupo Parlamentario “Unión, Progreso y Democracia” presentó ante la Mesa del Congreso de los Diputados una Proposición no de Ley, relativa a las modificaciones legales necesarias para el establecimiento a nivel nacional de la custodia compartida de los menores como modelo preferente

francés establece que el juez, cuando se pronuncie sobre las modalidades del ejercicio de la patria potestad, tendrá especialmente en cuenta:

- 1º La práctica seguida anteriormente por los padres o los acuerdos que hubiesen firmado con anterioridad;
- 2º Los sentimientos expresados por el niño en las condiciones previstas en el artículo 388-1;
- 3º La aptitud de cada uno de los padres para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro;
- 4º El resultado de los informes periciales que hayan podido efectuarse, teniendo en cuenta particularmente la edad del niño;
- 5º Los datos de las encuestas y contra-encuestas sociales previstas en el artículo 373-12 que hayan podido llevarse a cabo.

⁶⁷Algunas Comunidades Autónomas han tomado ventaja respecto al legislador estatal a la hora de regular la institución de la guarda y custodia compartida. Este es el caso de Aragón, Valencia, Cataluña, País Vasco y Navarra. Es preciso hacer referencia en este punto a la legislación catalana, concretamente al artículo 233-11 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. El legislador catalán regula los criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda, de forma muy similar a la línea establecida por el Tribunal Supremo, estipulando lo siguiente:

“1. Para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda, es preciso tener en cuenta las propuestas de plan de parentalidad y, en particular, los siguientes criterios y circunstancias ponderados conjuntamente:

- a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares.
- b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.
- c) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores.
- d) El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar.
- e) La opinión expresada por los hijos.
- f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.
- g) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores”

⁶⁸GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. “A vueltas con el derecho de uso...”. *op.cit.* Pág. 3.

⁶⁹Sobre el debate acerca de la pertinencia de regular con carácter particular los criterios de concesión de la custodia compartida, *Vid. Infra*. “Análisis de la “cláusula abierta” del art. 92.5 CC”

en los procedimientos de separación y divorcio, para su debate en Pleno. El objetivo era instar al Gobierno para que impulsase, en el plazo máximo de seis meses, las reformas legales necesarias a fin de aprobar una Ley Nacional de Custodia Compartida que, “modificando el artículo 92 y cuantos otros fueren necesarios, armonice la regulación legal de la materia (...) mediante una nueva normativa cuyo núcleo sería la determinación de la custodia compartida de los menores como modelo preferente (...)”⁷⁰. Pese a la promesa del Ministro de Justicia Alberto Ruíz Gallardón de elaborar una Ley nacional de guarda y custodia compartida, lo cierto es que hasta la fecha, dicha promesa todavía no se ha cumplido⁷¹.

3. La autonomía de la voluntad de los cónyuges. La intervención del Juez.

Actualmente, pueden diferenciarse dos procesos matrimoniales fundamentales: los procesos contenciosos o los de mutuo acuerdo⁷². El legislador estatal inició, con la reforma del año 1981 en materia matrimonial, una trayectoria tendente a reforzar la autonomía privada de los cónyuges en sus procesos de ruptura⁷³. Así, se introduce el artículo 90 CC⁷⁴, el cual regula el convenio regulador como instrumento de los cónyuges para pactar cuáles serán los puntos básicos que regirán su vida tras la ruptura matrimonial. Si bien en origen no se preveía la posibilidad de que ambos progenitores ejercitasen conjuntamente la guarda y custodia del menor, se les permitía decidir cuál de ellos la ejercitaría y qué régimen de visitas se adoptaría para el cónyuge no custodio.

El legislador da un paso más en su objetivo de potenciar la capacidad de decisión de los cónyuges a partir de la Ley 15/2005, de 8 de julio. De esta forma, en su Exposición de Motivos

⁷⁰DÍEZ GONZÁLEZ, R.M. *op. cit. supra*. Nota 16.

⁷¹El pasado 19 de julio de 2013, el Congreso de los Diputados aprobaba el “Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio”. Éste constituye el primer paso hacia una nueva Ley estatal en materia de custodia compartida. *Vid. Infra “Comentario del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio”*.

⁷²Arts. 770 y 777 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).

⁷³LASARTE ÁLVAREZ, C. “*Derecho de familia. Principios de Derecho Civil VI*”. Undécima edición. Marcial Pons. Madrid. 2012, Pág. 108

⁷⁴En materia de guarda y custodia, la antigua redacción el artículo 90 CC establecía lo siguiente:

“El convenio regulador a que se refieren los Artículos 81 y 86 de este Código deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos:

A) La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos (...)”

aclara que “Se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge”.

No es desconocido que el Código Civil, de marcada inspiración liberal, aboga por el principio de autonomía de la voluntad de las partes al concebir que, en el ámbito del Derecho Privado, han de ser las partes y no el Estado las que determinen los efectos jurídicos que quieren que rijan sus relaciones jurídicas. Ahora bien, dicho criterio, propio del ámbito patrimonial-civil no puede extrapolarse, *stricto sensu*, al ámbito del Derecho de familia⁷⁵. En este sentido, no cabe duda de que nadie mejor que los antiguos cónyuges conocerán mejor de sus circunstancias personales a la hora de decidir sobre la guarda y custodia de los menores, el uso de la vivienda y ajuar familiar o la cuantía de la pensión alimenticia. A fin de cuentas, son ellos los que van a desarrollar su vida diaria conforme a lo que se estipule en el convenio regulador, en caso de un procedimiento de mutuo acuerdo, o en la sentencia, en caso de un procedimiento contencioso. Pero la existencia en este campo de cuestiones materia de orden público, como el *bonum filii* o el principio de igualdad de los cónyuges en base al artículo 14 CE, determinan la necesidad del intervencionismo judicial⁷⁶.

En los procesos matrimoniales no rige el principio dispositivo o de justicia rogada⁷⁷ al que se hace referencia con carácter general en la Exposición de Motivos de la actual Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. La explicación es lógica: si bien es cierto que los progenitores ostentan la titularidad de la patria potestad de sus hijos menores, el Estado se encuentra obligado a velar por la protección de los intereses de los menores, los cuales, no siempre son coincidentes con los de sus padres⁷⁸. Es por ello vital la participación en estos procesos tanto del Ministerio Fiscal⁷⁹, como

⁷⁵STC 4/2001, de 15 de enero (RTC 2001/4) “Los procesos judiciales de familia no cabe calificarlos como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente dentro de los límites objetivos y subjetivos propuestos por los litigantes, como si de un conflicto más de Derecho Privado se tratara” (FJ4).

⁷⁶La libertad de los cónyuges a la hora de regular los efectos de su separación o divorcio es total cuando se trata de cuestiones patrimoniales que les afecta a éstos en exclusiva. Pero esta autonomía de la voluntad queda sustraída cuando los aspectos vienen referidos a los hijos. ROMERO COLOMA, M.A. *op.cit.* Pág. 120

⁷⁷Así, la SAP de las Islas Baleares de 5 de mayo de 2010 (JUR 2010/ 215434) dice que: “*Está claro que para decidir sobre el régimen de custodia (...) ha de atenderse a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso, pero en la línea que propugnamos, resulta conveniente el análisis de posibles alternativas, como la que constituye la atribución de la custodia compartida a ambos progenitores, posibilidad que, incluso, se estima, en dicha resolución, acogible de oficio, al no quedar constreñida por los principios de rogación y congruencia, que no rigen en materia que afecta al interés público de resolver en beneficio de los niños, las cuestiones relativas a las relaciones con sus progenitores*”

⁷⁸Art. 751 LEC.

⁷⁹Art. 3.7 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

órgano encargado de la defensa de la legalidad y de la protección de los menores e incapaces, como del equipo psicosocial que habrá de examinar al menor y a los progenitores a la hora de dar una respuesta técnica y objetiva sobre la viabilidad de las propuestas de los padres con respecto a su atención y cuidado⁸⁰.

En los procesos matrimoniales en los que se ha de dilucidar los intereses de los hijos menores comunes, el intervencionismo judicial es claro⁸¹. En mi opinión, lo que se ha de resaltar, y ello al hilo de la supuesta libertad de decisión de los cónyuges a la hora de adoptar un régimen de custodia compartida, es el importante papel del Juez en dichos procesos en la medida en la que en todo caso ostenta la última palabra.

El operador jurídico es el facultado para aprobar y homologar el convenio regulador que haya sido presentado por los cónyuges⁸², “salvo si son dañinos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges” (art. 90 CC). En numerosas ocasiones, las medidas recogidas en el convenio regulador son medidas acordadas durante el procedimiento por el Juzgador con carácter provisional (art. 103 CC). Es en este punto donde se evidencia la primera de las cautelas que ofrece el legislador a la hora de acordar una custodia compartida.

Tras la reforma operada por la Ley de 2005, el art. 103 CC en materia de guarda y custodia de los menores dispone lo siguiente:

⁸⁰Actualmente, se prevé como otra medida procesal, de carácter semi-imperativo, la audiencia del menor cuando éste ostente suficiente juicio. Dicha audiencia se producirá de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor (art. 92.6 CC). Dicha audiencia no posee naturaleza probatoria, sino que permite al Juez obtener elementos de juicio que le puedan ayudar a la hora de adoptar un determinado modelo de guarda. Algunos autores, como CASTILLEJO MANZANARES, R. “*Guardia y custodia de los hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho*”. Edit. La Ley. Madrid, año 2007, pág. 353, defienden la preceptividad de esta medida, dejando de ser una mera potestad del operador jurídico, siempre que el menor tenga suficiente juicio.

⁸¹IVARS RUIZ, J. *op.cit.* Pág. 100.

⁸²En este sentido, MORENO QUESADA, B. “*La disolución del matrimonio y medidas y efectos comunes*”. EN: “*Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia y sucesiones.*” Coordinador: Francisco Javier Sánchez Calero. Sexta edición Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2012, Pág. 119, realiza una interesante reflexión del papel del Juzgador a través del análisis de la naturaleza jurídica del convenio regulador. El autor indica lo siguiente: “*El tema de la naturaleza jurídica del convenio viene siendo muy controvertido. Estimo adecuado considerarlo con naturaleza de negocio jurídico; pero no de exclusivo Derecho privado, atendido que el Juez desempeña un papel importante que no se limita a la mera homologación del mismo, sino -como dicen DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN A.- aunque los puntos sobre los que el mismo debe decidir con vistas a su aprobación o desaprobación son literalmente limitados (si daños para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges), implican “una óptica valorativa a través de la cual la totalidad del convenio ha de ser examinado”, así como de velar por los intereses de los mismos contratantes, por lo que ha de considerársele como “un acto mixto en el que intervienen los sujetos privados y la autoridad pública”, siendo preponderante esta última. Y citan jurisprudencia (SSTS de 26 de enero de 1993 y 22 de abril de 1997) que así lo consideran*”.

“Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes:

1.^a Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, *la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos* y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez (...).”

La actuación judicial en estos casos resulta necesaria en la medida en la que existen cuestiones fundamentales que son dignas de protección principal y cuya tutela no puede dejarse al arbitrio de las partes hasta que se dicte sentencia firme. Entre dichos intereses nos encontramos con el cuidado de los menores, el régimen de visitas del cónyuge no custodio, la atribución del uso de la vivienda familiar o la contribución a las cargas del matrimonio, entre otros.

Del tenor literal del artículo 103.1 CC se desprende que en este momento del procedimiento el Juez ha de determinar con cuál de los cónyuges han de quedarse los menores y, correlativamente, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía. La redacción del precepto invita a pensar que nos encontramos ante un sistema de guarda en exclusiva, si bien con una vigencia temporal supeditada a la decisión del Juez en el dictamen de la sentencia, la cual puede fluctuar desde elevar la medida a definitiva o adoptar otra decisión, atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes (art. 91 CC). Partimos, pues, de que en origen no se prevé la posibilidad de adoptar la guarda y custodia compartida como medida provisional⁸³.

⁸³PÉREZ VEGA, Á. *op.cit.* Pág. 673, indica que “En la nueva redacción del art. 92 del Código Civil se recoge la medida de guarda y custodia compartida por los padres sobre los hijos sometidos a patria potestad, sean estos menores o incapaces, como **medida definitiva a adoptar**”. La autora también considera que la nueva redacción del art. 103.1 CC, en sede de regulación de las medidas provisionales, no permite otra alternativa que que la custodia compartida sea adoptada como medida definitiva.

Se podría intentar salvar la letra del artículo 103.1 mediante una interpretación sistemática de la ley, en relación con los artículos 90 y 92 CC. En este sentido, el artículo 90 CC⁸⁴ parece otorgar, en cualquier caso, poder a los progenitores a la hora de decidir qué régimen de convivencia desean para sus hijos, circunstancia que podría extrapolarse al momento anterior a la presentación del convenio.

Pero esta ilusoria autonomía privada que poseen los padres a la hora de decidir qué régimen desean establecer con sus hijos, durante y después del procedimiento de separación o divorcio, se desvanece cuando leemos el artículo 92 CC. En este sentido vemos como la redacción del precepto induce a que se habrá de esperar a la adopción de las medidas definitivas para poder acordar una custodia compartida⁸⁵. Y ello, no porque el legislador así lo disponga expresamente, sino porque los requisitos que se han de cumplir para poder acordar dicho régimen así lo aconsejan⁸⁶. En este sentido, en el apartado quinto del citado art. 92 CC se establece que la guarda y custodia compartida se acordará: “*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 precepto continúa diciendo que “*en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal⁸⁷, y 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, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y*

⁸⁴Art. 90 CC: “El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

A) *El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.*

B) *Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos (...)*”

⁸⁵Así lo cree también ZURITA MARTÍN, *op.cit.* Pág. 290, quien argumenta lo siguiente: “*En el ámbito de las medidas provisionales, el legislador no concibe que se acuerde la guarda compartida, pues, de lo contrario, habría desterrado de este precepto, tal como lo ha hecho en el art. 90, la alusión en singular a uno de los cónyuges. El fundamento de esta diferenciación debe buscarse en los recelos que la atribución de la guarda conjunta (especialmente a falta de acuerdo de los cónyuges) suscitan en el legislador, caso para el que el art. 92.5 CC ordena al juez llevar a cabo una serie de cautelas que, evidentemente, no se compadecen con carácter de provisionalidad de este tipo de medidas*”

⁸⁶En este sentido, el Auto de medidas provisionales del Juzgado de Primera Instancia de Manresa, de 5 de abril de 2011 (AC 2011/502) resulta esclarecedor. En el mismo se rechaza la guarda y custodia compartida como medida provisional al considerar que “*nos encontramos en sede de medidas provisionales coetáneas a la demanda de divorcio, y la estrechez por la que discurre dicho cauce procesal impide contar con un amplio acervo probatorio con fundamento en el cual pueda valorarse si el superior interés del menor se satisface con la guarda compartida o no. Así, por la propia naturaleza del procedimiento de medidas provisionales, no es posible contar, por ejemplo, con un informe del equipo de asesoramiento técnico ni con un informe de psicólogo que analice si el régimen de constante referencia es o no el más beneficioso para los menores*”.

⁸⁷En este punto es necesario indicar que el inciso “favorable” relativo al informe del Ministerio Fiscal, según la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha sido declarado inconstitucional y nulo por la Sentencia (Pleno) de 17 de octubre de 2012. Vid. *Infra*. “6.b) El informe del Ministerio Fiscal”.

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”.

La intervención judicial en los procesos de familiar resulta preceptiva y necesaria⁸⁸, comprendiendo tanto la aprobación de las medidas provisionales como de los acuerdos a los que hayan llegado los cónyuges, siempre que éstos no sean contrarios a los intereses de los hijos o atentatorios contra la igualdad conyugal⁸⁹. En la medida en la que nos encontramos en un contexto de “ius cogens”, el operador jurídico no se encuentra limitado por los principios de motivación o congruencia, lo que le faculta para adoptar una custodia compartida como medida provisional en el supuesto de que el interés del menor así lo aconsejase⁹⁰. Pero lo cierto es que, en base a la redacción de los arts. 90, 92 y 103 CC, el legislador se ha mostrado rigurosamente cauteloso a la hora de facilitar la solicitud por cualquiera de los progenitores de este régimen de guarda con carácter previo a la presentación de la demanda⁹¹.

4. La prohibición legal del otorgamiento de la custodia compartida.

Otra manifestación del intervencionismo judicial tiene su reflejo más patente en la potestad que el apartado 7 del artículo 92 CC confiere al operador jurídico. El precepto ordena al juez a denegar la concesión de dicho régimen “cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos”. Llama la atención que dice “incurso en un proceso penal”, es decir, no se precisa que el progenitor esté condenado por sentencia firme, sino que el mero hecho de que se haya presentado una denuncia

⁸⁸STS de 11 de julio de 2002 (RJ 2002/7144).

⁸⁹LASARTE ÁLVAREZ, C. *op.cit.* Pág. 108.

⁹⁰Pese a los obstáculos que presenta el propio art. 103 CC a la hora de otorgar una custodia compartida como medida provisional, existen resoluciones en las que se adopta dicho régimen, si bien condicionado a estrictas cautelas, como es el consenso de ambos cónyuges, su disponibilidad horaria absoluta así como el mantenimiento de los menores en el hogar familiar. Así se produce en el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Gijón, de 22 de junio de 2010 (AC 2010/1257), donde se acuerda una custodia compartida por períodos alternos de 6 días con cada progenitor y un uso alternativo de la vivienda familiar. El Juez justifica la adopción de esta medida en base a la amplia facultad de la que dispone el operador jurídico en los procesos de familia para adoptar las medidas que mejor protejan los intereses del menor, al amparo de la potestad que emana de los arts. 90, 91 y 92.6 CC.

⁹¹El legislador catalán se ha mostrado más claro en este sentido. El art. 233-1.1 a) del Código catalán prevé expresamente que cualquiera de los cónyuges puede solicitar a la autoridad judicial como medida provisional “*La determinación de la forma en que los hijos deben convivir con los padres y deben relacionarse con aquel de ambos con quien no estén conviviendo (...)*”.

contra él le inhabilita para solicitar la guarda y custodia compartida. El artículo continúa diciendo “Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”. Se está facultando al Juzgador para privar a uno de los progenitores de lo que es un derecho derivado de la patria potestad (“tenerlos en su compañía”) en base a indicios o conjeturas que pudiese apreciar durante el proceso, sin que medie denuncia ni sentencia en la que dichos indicios hayan resultado probados⁹².

La previsión legislativa del art. 92.7 CC pone en entredicho el principio de presunción de inocencia. La solicitud de la custodia compartida, en no pocas ocasiones, esconde intereses ocultos⁹³ que pueden llegar a constituir un abuso de derecho o fraude de ley asociados al uso de la vivienda familiar o al interés por conseguir una pensión alimenticia más reducida⁹⁴. No es infrecuente que los procesos matrimoniales se lleguen a convertir en verdaderos campos de batalla en los que se olvidan por un momento las necesidades de los hijos comunes por un intento obcecado de perjudicar a la ex-pareja⁹⁵. Es por ello que la intervención del Juez y, supletoriamente la del Ministerio Fiscal, sea fundamental y haya de estar objetivamente orientada a velar por el interés del menor y establecer el régimen que mejor se adecue a sus necesidades.

En este punto, considero crucial la reflexión de RIVERA ÁLVAREZ cuando establece que la previsión del art. 92.7 CC “*es innecesaria por cuanto, en ningún caso se podría atribuir al padre o madre la guarda y custodia del menor cuando estuviéramos en las situaciones delictuales descritas en la norma; es más, con buen criterio el Art. 65 de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, el juez podrá suspender «el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera». Todo ello, sin perjuicio de que, condenado, se le pudiera imponer como pena la inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento —véanse los arts. 153, 171.4, 172.2 y 173.2 del Código Penal—. Es contraproducente por cuanto,*

⁹²En este sentido, GARCÍA RUBIO, M.P.; OTERO CRESPO, M. *op.cit.* Pág. 100, consideran innecesaria esta previsión legislativa realizada por el legislador de 2005. En virtud del art. 57 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, el Juez de Primera Instancia que tuviese conocimiento de la comisión de uno de los actos de violencia tipificados “*deberá inhibirse, remitiendo los autos en el estado en que se hallen al Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente, salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral*”.

⁹³PÉREZ GALVÁN, M. “*Problemas prácticos en el régimen de guarda y custodia compartida*”. Diario la Ley. Nº 7206, Sección Tribuna, 29 de junio 2009. Editorial LA LEY, pág. 4

⁹⁴ En los supuestos en los que el Juez detecte que la guarda y custodia compartida enmascara pretensiones respecto de la vivienda familiar u otras de tipo económico, debe aportar soluciones para repartir de manera real y efectiva el patrimonio conseguido constante el matrimonio para centrar la atención en el mayor beneficio del menor. Así lo entiende MARÍN GARCÍA DE LEONARDO. *op.cit.* Pág. 11

⁹⁵Así lo considera COLL TELLECHEA M^a.J. “*La custodia compartida*”. Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, Nº 7, 2001, pág. 34

al incluirlo en el supuesto de regulación de la guarda «compartida», parecería que está invitando al progenitor que no la desee a realizar denuncias falsas respecto a estos hechos, con la finalidad de cortar de raíz la pretensión procesal⁹⁶”.

5. La custodia compartida de mutuo acuerdo.

A) La cláusula abierta del art. 92.5 CC.

La regulación establecida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, en torno a la concesión de la custodia compartida no ha estado exenta de polémica en el seno de la doctrina española. De un lado, los defensores de la reforma consideran que la literalidad del artículo 92 del Código ofrece al Juzgador la discrecionalidad necesaria para poder moverse con soltura en los procesos familiares⁹⁷, resolviendo la concesión de los regímenes de custodia bajo el amparo del “superior interés del menor”⁹⁸. De otro lado, otro importante sector de la doctrina y de la jurisprudencia considera que la reforma ha sido escueta e incompleta⁹⁹, lo que ha conllevado a la necesaria formulación jurisprudencial de criterios orientativos¹⁰⁰ que permitan al Juez fundamentar la concesión del régimen de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar así como la pensión de alimentos.

La actuación judicial en el marco de los procesos de familia en los que existan menores ha de estar, en todo caso, orientada hacia la consecución de un objetivo fundamental: que el interés del menor esté siempre protegido¹⁰¹. Consecuentemente, cabe preguntarse si el Juzgador puede cumplir

⁹⁶RIVERA ALVÁREZ, J.M. *op.cit.* Pág. 156.

⁹⁷En este sentido, COLL TOLLECHEA, M.J, *op.cit.* Pág. 34 ó ALASCIO CARRASCO, L. y MARÍN GARCÍA, I. *op.cit.* Pág. 4.

⁹⁸SAP A Coruña de 29 de marzo de 2012 (JUR 2012/155918): “La resolución de tal controversia debe hacerse atendiendo al principio favor filii, es decir al del interés y beneficio del menor al que queda subordinado el de sus progenitores, por legítimo que sea. Tal principio conforma, en definitiva, la guía que debe presidir la decisión judicial en casos tan delicados como el que nos ocupa”.

⁹⁹Así lo consideran MORENO VELASCO, V. y GAUDET, J. “La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y EEUU”. Diario La Ley, Nº 7179, Sección Tribuna, 21 Mayo 2009, Edit. LA LEY, Pág. 5, así como PÉREZ GALVÁN, M. *op.cit.* o ZÚÑIGA, Á. *op.cit.* Pág. 64, entre otros autores.

¹⁰⁰Vid. Supra. Nota 66.

¹⁰¹SAP Santa Cruz de Tenerife de 12 marzo de 2012 (JUR 2012/206218): “El interés superior de los menores ha de prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus progenitores, hasta el punto de que el favor filii ha sido elevado a principio universal del derecho, viniendo consagrado en nuestra legislación interna en diversos preceptos del Código Civil, arts. 92, 93, 94, 103.1, 154, 158 y 170 CC; en la Ley Orgánica de Protección jurídica del menor, y en

actualmente con dicho deber dada la especial casuística de los procesos de familia y sin contar con principios o baremos objetivos en base a los que guiarse¹⁰².

Como sabemos, el Derecho constituye un cauce para la resolución de conflictos, en base a unas reglas propias. Esta máxima opera con plena efectividad en el ámbito del Derecho de Familia, el cual constituye una excepción a la estabilidad propia del Derecho Civil en su conjunto, debido a las transformaciones sustanciales que ha experimentado en los últimos tiempos en base a las continuas necesidades de la realidad social¹⁰³. Es por ello que en este campo la exégesis realizada por el Juzgador cobra, si cabe, mayor virtualidad. La interdicción del principio de *non liquet* (art. 1.7 CC) obliga al Juez a indagar el sentido de la norma, interpretarla en consonancia con otras normas o con la propia realidad histórica o social, de suerte que, en ningún caso, el supuesto quede sin resolver. Consecuentemente, la falta de criterios objetivos del artículo 92.5 CC no constituye un obstáculo insalvable a la hora de dilucidar qué régimen de custodia adoptar¹⁰⁴, siempre bajo el mandato imperativo de satisfacer el “interés superior del menor”.

Pero la cuestión que se suscita se basa en torno a una cuestión de teoría del Derecho o de política legislativa. En mi opinión, resulta necesario analizar si este recurso sistemático a la interpretación de este precepto por los distintos Jueces y Tribunales resulta la opción deseable o si, por el contrario, ha de constituir una herramienta complementaria a la aplicación de criterios objetivos estipulados expresamente al respecto por el propio legislador.

general en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, constituyendo un principio fundamental y básico orientador de la actuación judicial”. Por su parte, en la SAP de Girona de 13 de octubre de 2009 (2010/205) se reconoce lo difícil y complejo que resulta, en cualquier caso, delimitar cuál es el interés del menor una vez deviene la crisis de sus progenitores. Dicha dificultad disminuye ante la enumeración de una lista de criterios donde así se especifique, como ocurre en el caso del Ordenamiento Jurídico francés.

¹⁰²MORÁN GONZÁLEZ, M.I, *op.cit.* Pág. 99, apunta que “*no se impone en la legislación ningún modo concreto en su otorgamiento [de la custodia compartida] pues sólo se contempla la posibilidad de que se otorgue de esta manera, sin establecer modos o formas, valorando en cada caso cuales son las circunstancias concurrentes (...) El mayor problema que se presenta consiste en determinar en qué casos es factible acordarla en interés del menor, y en que supuestos no es adecuado precisamente, también en su interés. Partiendo del hecho de que no existen formulas magistrales ni normas que puedan ser aplicadas a todos los casos, lo más conveniente sería examinar caso por caso, sin perjuicio de seguir una línea genérica que pueda establecer cuáles son las normas generales de atribución*”

¹⁰³PARDILLO HERNÁNDEZ, A. “*Guarda y custodia compartida: análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, con referencia al marco normativo vigente*”. Diario La Ley, N° 8104, Sección Dossier, 13 Jun. 2013, Edit. La Ley, Pág. 1

¹⁰⁴El Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de septiembre de 2009 (RJ 2009/7257) puso de manifiesto la necesidad de interpretar sistemáticamente el art. 92 CC a efectos de acordar el régimen de custodia más beneficioso para el menor. En este sentido, la normativa del art. 92 CC se ha de completar con la del art. 91 CC, donde dice que el juez tiene una amplia facultad para decidir cual debe ser la situación adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder. Por otro lado, el apartado 6 del art. 92 CC incide en que el Juez debe valorar las alegaciones de las partes y pruebas practicadas. Todo ello, pone de manifiesto, que el juez esta obligado a adoptar las medidas necesarias para velar por la protección de los intereses de los hijos menores de edad.

Lejos de una concepción estrictamente positivista del Derecho, entiendo que la opción preferible se basa en establecer una suerte de equilibrio entre la previsión legislativa y la discrecionalidad del Juzgador. La inclusión de criterios de concesión del modelo de custodia compartida no equivale a mermar la libertad decisoria del Juez. Al contrario, entiendo que facilita la aplicación necesariamente objetiva de la Ley, sin desatender el esfuerzo interpretativo que, en cualquier caso, habrá de realizar en aras a adecuar la normativa a las especialidades de cada caso concreto. Son múltiples los ejemplos de la jurisprudencia en los que el solo criterio del Juzgador, antes casos semejantes, lo que determina resoluciones diversas. Entiendo que este desequilibrio puede reducirse si se previese por el legislador qué criterios han de ser fundamentales a la hora de motivar esta decisión. Y ello sin descuidar que, en la medida en la que nos encontramos en un ámbito eminentemente casuístico, dicha disfuncionalidad no puede acoparse por completo.

Actualmente, el Juez necesariamente ha de llevar a cabo una concreción distinta de dicho interés en cada caso concreto¹⁰⁵. Esta fórmula legislativa¹⁰⁶ desemboca necesariamente en un amplio halo de discrecionalidad en favor del Juzgador¹⁰⁷, circunstancia muy útil a la hora de poseer un cierto margen de maniobra dada la enorme casuística concurrente, pero que revierte, como postulado negativo, en un amplio abanico de resoluciones judiciales de muy diversa índole. En este sentido, podemos analizar el distinto trato que ofrecen los Tribunales a la hora de otorgar una custodia compartida en función de la residencia de los progenitores¹⁰⁸, aspecto que carece de previsión legislativa, con carácter particular, en el Código Civil¹⁰⁹. Por un lado, nos encontramos con resoluciones judiciales en las que el cambio de domicilio del menor se considera como un

¹⁰⁵Como entienden ALSACIO CARRASCO y MARÍN GARCÍA, *op.cit.* Pág. 10 “*El interés superior del menor o favor filii es un concepto jurídico indeterminado, que, como hemos visto, muchas normas invocan pero ninguna define*”

¹⁰⁶El Informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley influyó de manera decisiva en la redacción que el Proyecto de Ley dio al art. 92 CC. El Informe sugirió que el precepto recogiese el interés superior del menor de una forma mucho más completa y garantista, con el objetivo de vetar la custodia compartida en determinados supuestos. El Informe aconsejó que fuera “*el juez quien, en cada caso, valore la conveniencia, o no, de la custodia compartida en sus distintas modalidades, teniendo en cuenta conjuntamente el interés del menor (...) y la concreta situación real entre los padres*”. ALSACIO CARRASCO, L. y MARÍN GARCÍA, I. *Ibidem.* Pág. 13

¹⁰⁷En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 1983 (RJ 1983/2619) explica que: “*La discrecional actuación del juez en pro de los superiores intereses de los hijos, ya destacada por la legislación precedente (arts 68, reglas segunda y tercera, y 73), cobra todavía mayor relevancia en el texto actual, informado para todas las situaciones de separación, divorcio y nulidad del matrimonio por el criterio primordial del "favor filii"*”.

¹⁰⁸DELGADO DEL RÍO, G. “*La custodia de los hijos. La guarda y custodia compartida: opción preferente*”. Civitas. Thomson Reuters. Navarra 2010. pág. 172.

¹⁰⁹No ocurre lo mismo en las legislaciones autonómicas. Art. 7 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres; Art. 6 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven;

impedimento a la hora de conceder este modelo de guarda¹¹⁰. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 19 de enero de 2007 (JUR 2007/266022), entiende que:

“(…) no se considera conveniente dado que los cónyuges viven en distinta localidad y de haberse decretado tal y como informa el equipo técnico de familia “cada semana” en cada casa, dicha medida obligaría a los menores a estar todo el día “haciendo y deshaciendo las maletas” y no se acostumbrarían a vivir ni en un sitio ni en otro”.

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, 30 de marzo de 2007 (JUR 2007/202414), explica que:

“(…) no es adecuado para el menor (…) que se acuerde un régimen de custodia compartida, en primer lugar porque los padres no viven en la misma localidad, pero incluso si ello fue así el menor estaría cada pocos días cambiando de entorno en domicilios diferentes, lo que no es aconsejable para su desarrollo emocional y para su actividad diaria”.

Sin embargo, existen resoluciones judiciales en sentido contrario, en virtud de las cuales el movimiento del menor para residir por distintos períodos en los domicilios de sus progenitores no se concibe como un obstáculo¹¹¹. En esta línea, podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 26 de febrero de 2007 (JUR 2007/249672), en la que se indica que:

“(…) viven en domicilios próximos, lo que facilitará que los hábitos y actividades cotidianas de los menores, entre las que destacan la asistencia al colegio, relación con amigos o actividades fuera del colegio, no experimenten cambios perturbadores”.

Sigue el mismo criterio la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 27 de abril de 2007 (JUR 2007/289800) cuando entiende que:

¹¹⁰En este mismo sentido, se pueden citar la SAP Alicante, de 8 de mayo de 2006 (JUR 2006/186168); SAP Burgos de 3 de noviembre de 2006 (JUR 2006/23869); SAP de Albacete, de 6 de marzo de 2007 (JUR 2007/265006), entre otras.

¹¹¹Como ejemplo de otras sentencias en las que el cambio de domicilios no constituye un impedimento para la concesión de la custodia compartida, encontramos la SAP Barcelona de 2 de diciembre de 2003 (JUR 2004/29008); SAP Madrid de 22 de diciembre de 2008 (JUR 2009/88145), entre otras.

“Los domicilios de los progenitores se encuentran en Formentera y muy próximos uno del otro (...) de modo que no representará ningún impedimento ni en sus actividades escolares, ni en sus relaciones de amistad o de ocio”.

Esta diversidad de resoluciones, presente también en otros aspectos importantes en torno a la concesión de la custodia compartida como puede ser el grado de conflictividad¹¹² entre los progenitores o la edad de los hijos comunes, lleva a determinados sectores¹¹³ a cuestionarse si la discrecionalidad que emana de la letra del artículo 92.5 CC, en base a la cláusula abierta que contiene, puede devenirse contraria a los intereses familiares¹¹⁴.

El Tribunal Supremo, en las Sentencias de 8 de octubre de 2009, así como en las de 10 y 11 de marzo de 2011, asienta doctrina pronunciándose este punto. En este sentido, el Alto Tribunal entiende que “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 entrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de pareja”. Seguidamente, fija una serie de criterios extraídos del Derecho comparado para acoger el régimen de guarda y custodia más beneficioso para los hijos comunes, tal y como se explica en el Fundamento Jurídico Quinto de la primera de las sentencias mencionadas:

“Es cierto que en materia de guarda y custodia compartida (...) resulta muy difícil concretar en qué consiste este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican. Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que

¹¹² Así, podemos ver resoluciones en las que la conflictividad derivada de la concepción educativa diversa de los progenitores no constituye criterio esencial para otorgar la custodia compartida (SAP Cádiz, de 19 febrero de 2013, JUR 2013/175918), mientras que, como contrapartida, dicha cuestión es entendida por el Juzgador como un impedimento claro a la hora de otorgarla (SAP de Madrid de 29 de septiembre de 2006, JUR 2006/268395).

¹¹³ Así lo entiende PÉREZ GALVÁN, M. *op.cit.*, Pág.3, al argumentar que: “Cuando no hay acuerdo inicial, en cuando más necesitamos a esos Jueces de Familia y Fiscales vocacionales, comprometidos y con un gran sentido común que suplan la carencia legislativa y entren a fondo en el caso concreto sin parapetarse en que (...) la ley dice muy claro que sólo se otorgará, en su caso, si hay acuerdo entre las partes”. Esta concepción es también compartida por la UEFACC Unión Estatal de Federaciones y Asociaciones por la Custodia Compartida <http://www.custodiacompartida.org/component/option.com_frontpage/Itemid.1/>

¹¹⁴ En cualquier caso, el Juez se encuentra siempre sometido al ministerio de la Ley, razón por la cual no puede confundirse la discrecionalidad del Juzgador, tan propia en los procesos de familia donde la casuística impera en todo caso, con supuestos de arbitrariedad. En este sentido, coincido con CALVO CABELLO, J.L. “Discrecionalidad y arbitrariedad en la fijación del derecho y régimen de visitas. Análisis de diversos casos prácticos”. Edit. Eunsa. Pamplona 1982, págs. 333, cuando argumenta que “obrar discrecionalmente quiere decir, en definitiva, regirse por criterios generales de los que, en conjugación con las peculiaridades de cada caso se obtienen las consecuencias que permiten establecer la solución más adecuada y justa para el supuesto de hecho individual”.

se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores. Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia, así como los Arts. 76.1,b y 139 del Codi de Família de Catalunya). A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (Art.373-2-11 Code civil, modificado por la ley 2002-305, de 4 marzo 2002) o en la Children Act 1989 inglesa , **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.** Otros sistemas, como los American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution ha fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado. Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando 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 y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”*

B) El régimen del art. 92.6 y 9 CC.

Diversos autores¹¹⁵ no consideran que la actuación del Juez, aún sin existir los criterios a los que hemos hecho referencia con anterioridad, se encuentre destipificada en los supuestos de

¹¹⁵Así lo considera CAMPUZANO TOMÉ, H. “La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales”. En Aranzadi. Civil, núm. 22/2004. (BIB. 2005/563), Pamplona, 2005, pág. 238, quien entiende que no sería correcto fijar unos baremos para distribuir el tiempo de convivencia, ni determinar en todo caso dónde residirá el hijo menor, ni si serán los progenitores quienes cambien de domicilio, ni como distribuir los gastos, ni siquiera sería posible determinar legalmente a cuál de los progenitores le correspondería la vivienda familiar, ya que de lo que se trata es conseguir un marco amplio y flexible para dar cabida a todas las posibles opciones de custodia.

decisión del modelo de custodia¹¹⁶. Más al contrario, la actuación no puede quedar supeditada a su libre arbitrio, ya no solo porque nos encontramos en un contexto de “ius cogens”, sino también en la medida en la que consideran que resulta de preceptiva aplicación el régimen previsto en el apartado 6 del mismo artículo 92 CC. De este modo, el Juzgador se ve obligado, en todos los procesos matrimoniales en los que haya hijos menores, a observar las siguientes cautelas:

“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, partes 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”.

La previsión parece lógica. Por un lado, el legislador no deja de reiterar los principios rectores de todo proceso matrimonial, de acuerdo con la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹¹⁷, lo que no desvirtúa la naturaleza propia de los procesos de familia. De otro, el propio precepto indica que dichas cautelas habrán de ser adoptadas “*en todo caso*”, lo que justifica que el Juez haya de realizar dichas prácticas para acordar cualquier régimen de custodia¹¹⁸.

Sin embargo, esta concepción del régimen del artículo 92.6 CC choca con el espíritu de la reforma del artículo 92 CC¹¹⁹. Como ya hemos indicado, en la Exposición de motivos de la ley 15/2005, de 8 de julio, se ponía el acento en “reforzar (...) la libertad de decisión de los padres”, así como en que “la intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto”. Es

¹¹⁶RIVERA ALVÁREZ, J.M, *op.cit.* Pág. 161.

¹¹⁷Art. 770.4º LEC: “*El Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable. 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 oír a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años (...)*”.

¹¹⁸SAP de Barcelona, de 20 de diciembre de 2006 (JUR 2007/139338): “*En todos los casos impone el art. 92.6 del Código civil, in fine, el Juez ha de indagar la idoneidad de cada uno de los progenitores con el régimen de guarda, así como la idoneidad de la modalidad del ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia respecto al caso concreto y la personalidad y necesidades de los menores de que se trate, ex art. 92.9 del Código civil*”.

¹¹⁹En opinión de IVARS RUIZ, J. *op.cit.* Pág. 222, el legislador no está especialmente convencido de que el sistema de guarda conjunta sea un método efectivo o alternativo a la atribución exclusiva de la custodia y lo cubre de una extensa gama de garantías para asegurar la decisión judicial sobre la custodia compartida.

por ello que considero más adecuada la interpretación de DELGADO DEL RÍO, quien establece una distinción en cuanto al régimen a aplicar en función de si la custodia compartida ha sido solicitada de común acuerdo o sólo por uno de los progenitores. En este sentido, argumenta que:

“Las posibilidades/facultades que la norma (Art. 92.2, 5, 6 y 9 CC) otorga al juez no tienen, en principio, demasiado sentido en los supuestos en que la guarda y custodia compartida haya sido solicitada y acordada por ambos progenitores. Si los propios padres así lo quieren, salvo que aparezca como evidente o sólidamente fundado que tal propuesta resulta lesiva para los intereses de los hijos, no se debería proceder a la práctica de tales diligencias.”

A mi entender, dicha interpretación resulta totalmente acorde con la voluntad del legislador a efectos de potenciar la autonomía de voluntad de los cónyuges¹²⁰. Ello no significa que el Juez, por el mero hecho de que ambos padres hayan pactado de común acuerdo la custodia compartida, haya necesariamente de aprobarla. El Juez no deja de actuar bajo el principio de legalidad, razón por la cual su actuación en estos casos se ha de basar en que el interés superior del menor se encuentre siempre protegido. Por tanto, si el Juzgador adquiere la certeza racional de que ambos progenitores ostentan la capacidad e idoneidad necesarias para ejercitar una custodia compartida, acredita que no se evidencian signos de violencia doméstica y, siempre que el interés del menor esté amparado, habrá de limitarse a llevar a cabo su homologación y aprobación¹²¹, sin que ello suponga una vulneración u omisión del predicado de la ley. Así se recoge en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón¹²², de 14 de octubre de 2003, cuando indica que:

“Así que aún comprendiendo la inconveniencia que a los padres de Pilar les pueda significar el hacer cuentas de gastos periódicamente (...) entendemos que se trata de una mera inconveniencia que precisamente estos padres, que han sido capaces de establecer espontáneamente un régimen adecuado para con su hija, podrán superar sin dificultades. Tienen lo principal, que es el buen sentido y la referencia del bienestar de su hija, dando verdaderamente la sensación de que *la actuación judicial en este caso debe limitarse, al*

¹²⁰Por su parte, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. *op.cit.* Pág. 4, entiende que “si cuando los cónyuges están de acuerdo, cabe la posibilidad de que el juez no atienda la petición de éstos si considera que es dañosa para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, por la misma razón no se entiende que el juez no tenga un poder de decisión mayor en la atribución de la guarda y custodia en un proceso contencioso”.

¹²¹DELGADO DEL RÍO, G. *op.cit.* Pág. 177.

¹²²SAP de Castellón de 14 octubre de 2003 (JUR 2003/264777)

menos por el momento, a lo mínimo o imprescindible porque parece inmejorable para Pilar el sistema establecido por los padres, antes y durante el inevitable proceso judicial”

En los supuestos en los que el Juez tuviese dudas acerca de qué modelo de custodia preserva en mayor medida los intereses del menor, la Ley le faculta para adoptar de oficio las medidas oportunas para disipar dichas dudas. En este sentido, el artículo 92.9 CC entiende que el Juzgador “de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores”. Como dispone GONZÁLEZ ORVIZ, “en estos procesos por tratarse junto a cuestiones disponibles para las partes cuestiones que son indisponibles, como la atribución de la guarda y custodia o la fijación de la prestación de alimentos para un menor a cargo de un progenitor, puede el Juez, de oficio (lo que es una excepción al principio dispositivo y de aportación de parte del proceso civil) solicitar cuantas pruebas considere necesarias, que no hayan sido solicitadas por las partes (art. 752.1 LEC)¹²³”

Pero, de nuevo, nos encontramos con una cuestión: ¿qué ocurre en aquellos supuestos en los que el Juzgador, tras la práctica de la prueba y la audiencia de las partes no tiene una convicción fundada de que la custodia compartida solicitada por los progenitores sea el modelo de guarda más beneficioso para el menor? La cuestión no es baladí en la medida en la que es aquí donde la discrecionalidad jurisdiccional adquiere importante virtualidad¹²⁴

El régimen del art. 92.6 y 9 CC no ofrece una solución unívoca en caso de divergencias a la hora de decidir el régimen de guarda. A lo largo de la última década, la magistratura ha reconocido la dificultad concurrente a la hora de adoptar una custodia compartida¹²⁵. En este sentido, cabe traer a colación en este punto la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 9 de mayo de 2012, en la que se exponía lo siguiente:

¹²³GONZÁLEZ ORVIZ, M.E. *op.cit.* Pág. 71.

¹²⁴DELGADO DEL RÍO, G. *op.cit.* Pág. 80.

¹²⁵El propio Tribunal Supremo reconoce dicha complejidad, cuando indica que “*la guarda compartida no consiste en un “premio o un castigo” al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor*”. STS de 11 de marzo de 2010 (RJ 2010/2340), STS de 10 de diciembre de 2012 (RJ 2013\12312), entre otras.

“Este Tribunal ya advertía, en su reciente sentencia de 27 de abril de 2012, que la decisión en esta materia [de otorgar una custodia compartida] es una de las más delicadas y difíciles de estos procesos al confluir no sólo factores objetivos sino también otros muy subjetivos, emocionales y personales que pueden dar lugar a distintos modos de ver y sentir el problema así como cual sea la solución más ajustada”

A mi juicio, la vigencia de una normativa en determinadas ocasiones exigua, dificulta la consecución de soluciones jurídicas adecuadas en aplicación de la ley. Creo firmemente que una regulación excesivamente pormenorizada, más en este ámbito del Derecho, puede traer consigo el riesgo de la petrificación del ordenamiento, impidiendo al Juzgador adoptar decisiones ante los nuevos conflictos que se le presenten. Como es sabido, la realidad se encuentra siempre un paso por delante del Derecho. Ahora bien, el legislador estatal, ante la próxima promulgación de una regulación al respecto, tiene la oportunidad de elevar a categoría legal aquellos criterios que, bien por la praxis judicial, bien en base al análisis del Derecho comparado, se consideren idóneos a la hora de amparar las decisiones judiciales en materia de custodia compartida. Y ello, lejos de considerarse una restricción a su libertad decisoria, constituye, un apoyo efectivo a la hora de ejercer su función jurisdiccional de forma objetiva y en cumplimiento del mandato constitucional de actuar bajo el ministerio de la Ley¹²⁶.

6. La custodia compartida contenciosa.

a) El carácter excepcional del art. 92.8 CC

Si la dificultad a la hora de otorgar la custodia compartida se hace patente en caso de que haya sido solicitada de mutuo acuerdo, el problema se hace todavía más evidente¹²⁷ cuando la solicitud se realiza por uno solo de los progenitores sin el acuerdo del otro¹²⁸.

¹²⁶Vid. supra Nota 11.

¹²⁷ SAP de Castellón de 7 de marzo de 2007 (JUR 2007/273649). “Es de ver que el art. 92.8 CC contempla el supuesto excepcional y polémico del ejercicio compartido de la guarda y custodia acordado por el Juez cuando no existe acuerdo entre los progenitores, como excepcional, fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. Se percibe una específica desconfianza en la guarda conjunta en los supuestos en que no hay acuerdo de las partes (...) Las cautelas se intensifican. Se arbitra tal solución bajo una concepción residual de la institución, subsidiaria de las demás medidas de guarda y custodia y reveladora de la cautela con la que se contempla”

¹²⁸El abogado Luis ZARRALUQUI (2005) opina al respecto que “por una parte, el texto parece inclinarse por esta forma como la más beneficiosa para los hijos, pero por otra, le confiere un carácter excepcional cuando no existe

Atendiendo al tenor literal del art. 92.8 CC, para que el Juzgador acuerde la custodia compartida a petición de uno de los progenitores, el legislador exigía tres premisas principales. En primer lugar, la petición ha de proceder de una de las partes litigantes, bien del demandante en el propio escrito de demanda, bien del demandado en su escrito de reconvencción (art. 770 regla 2ª letra d) de la LEC¹²⁹). En segundo lugar, el legislador exigía para la concesión de la custodia compartida el informe favorable del Ministerio Público. Cabe indicar que el inciso favorable ha sido declarado inconstitucional en virtud de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, de 17 de octubre de 2012, que analizaremos seguidamente. Por último, el juez tiene que alcanzar el convencimiento de que sólo con la adopción de la custodia compartida se protege, adecuadamente, el interés superior del menor.

Vemos como el campo de actuación judicial no es el mismo si se trata de una custodia compartida de mutuo acuerdo o de una contenciosa. Mientras que la custodia compartida libremente pactada por los progenitores goza del criterio de favorabilidad para ser acordada¹³⁰, sin perjuicio de la preceptiva actividad de control por parte del Juzgador, la custodia a solicitud de un progenitor reviste el carácter de excepcionalidad¹³¹. El progenitor que solicite unilateralmente dicho modelo de guarda tendrá que acreditar que cumple con dichos requisitos legales y, todo ello, con la reticencia de su ex-cónyuge por dicho régimen y su voluntad de ostentar la guarda y custodia en exclusiva del menor.

El legislador ofrece muestras de sus reservas en cuanto a la incorporación plena en nuestro ordenamiento de la figura de la guarda conjunta, estableciendo cautelas añadidas a su adopción a

acuerdo entre los padres a este respecto. Consecuencia de ello es la exigencia en este caso del dictamen favorable del Ministerio Fiscal, desvirtuando su papel en el proceso, y de la fundamentación expresa de que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”. EN: ZÚÑIGA, Á. “*La custodia compartida*” *op.cit.* Pág. 66.

¹²⁹En base a la nueva redacción dada por la ley 15/2005, de 8 de julio, el art. 770.2º LEC establece que: “*La reconvencción se propondrá con la contestación a la demanda. El actor dispone de 10 días para contestarla. Sólo se admitirá reconvencción: d) Cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio*”.

¹³⁰Algunos autores, como PÉREZ VEGA, Á. *op.cit.* Pág. 678, entienden que la ley impone de forma imperativa al juez que recoja como medida definitiva en la sentencia el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos, cuando los padres alcancen dicho acuerdo, al amparo de la literalidad del art. 92.5 CC. Sin embargo, a mi juicio, dicha imperatividad debe ser matizada con el debido deber de control de los intereses del menor.

¹³¹Al contrario de lo que ocurre en determinadas legislaciones autonómicas, como es el caso de Aragón o Valencia, donde la custodia compartida, pese a que haya sido solicitada por uno solo de los progenitores, goza de carácter preferente. Vid. infra. “III. Derecho autonómico”

falta de acuerdo de los progenitores¹³². En mi opinión, se puede determinar que lo que parecía una verdadera concesión del legislador, bajo la rúbrica de la igualdad de los cónyuges y la corresponsabilidad parental, a aquellos padres que querían continuar formando parte del cuidado diario de sus hijos y solicitasen unilateralmente la custodia compartida se traduce en la práctica en un complejo cauce procesal¹³³. En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sta. Cruz de Tenerife de 21 de septiembre de 2009¹³⁴, deniega una guarda y custodia compartida acordada en primera instancia, considerando que “(...) la jurisdicción no puede alcanzar a imponer una medida que la propia ley califica de excepcional, y que en definitiva está resultando ineficaz e incluso contraproducente para el adecuado desarrollo y estabilidad de la menor porque la deseada coparentalidad responsable no está siendo posible y la profundización en la vinculación paterna tendrá que hacerse de otra manera”.

Cabe recordar en este punto la argumentación dada por el Tribunal Supremo, en su Sentencia 579/2011, de 22 de julio¹³⁵ donde, interpretando la expresión “excepcional” del art. 92.8 CC, alega lo siguiente:

“La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla “fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”. De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la “excepcionalidad”, a que se refiere el art. 92.8 CC , ya que en la redacción del artículo

¹³²IVARS RUÍZ, J. *op.cit.* Pág. 45, considera que de la simple lectura de la Ley “se hace notorio que el legislador regula la custodia compartida con excesiva prudencia. La atribución de la custodia en exclusiva a uno de los progenitores es el modelo general. Persiste, todavía, el temor de establecer la guarda y custodia compartida como fórmula principal, para ello el legislador se sirve de un amplio número de cautelas para constreñir al Juez en la decisión que pueda fijar (art. 92.8 CC, informe favorable del Ministerio Fiscal)”.

¹³³Se constata una contradicción del propio legislador con la pretendida intención de la reforma. En este sentido, la redacción del art. 92.8 CC se entiende contraria a la parte final de la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, la cual reza lo siguiente: “Así pues, cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse aparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio en interés. Consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad”.

¹³⁴SAP Santa Cruz de Tenerife de 21 septiembre de 2009 (JUR 2009/484209)

¹³⁵STS de 22 julio de 2011 (RJ 2011/5676)

aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla”

Pese a lo anterior, la jurisprudencia menor continúa mostrándose contraria a otorgar la guarda y custodia compartida cuando se basa en la petición unilateral de uno de los cónyuges¹³⁶. Así, la sentencia 180/2009, de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2ª, de 1 de abril de 2009 (RC 8821/2008)¹³⁷, niega la custodia compartida, aún con informe favorable del Ministerio Fiscal, basándose en “la excesiva judicialización de las relaciones entre los progenitores con respecto a la menor; el elevado grado de conflictividad existente entre los mismos y la constatada actitud de la madre reacia a permitir una adecuada y normalizada relación de la menor con su padre y hermanas”.

Tras la reforma operada por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, resulta progresivamente frecuente que en los procedimientos contenciosos el Juzgador oferte a los cónyuges acudir a sesiones de mediación familiar a efectos de conseguir un acuerdo de ruptura¹³⁸. Se trata de potenciar la cultura del pacto, en la medida en la que constituye opinión generalizada de un importante sector doctrinal el hecho de que la custodia compartida únicamente será viable en los supuestos de acuerdo entre los progenitores¹³⁹. La mediación familiar constituye un procedimiento intra-procesal, de carácter voluntario, donde las partes someten sus discrepancias ante un mediador neutral e imparcial, con el objeto de establecer acuerdos en torno a diversos aspectos derivados de la crisis conyugal, como es el caso de la custodia de los menores, el uso de la vivienda familiar o la cuantía de la pensión alimenticia¹⁴⁰. Si ambas partes pactan un acuerdo al respecto, el mismo habrá de ser ratificado y homologado por la autoridad judicial. En caso de no

¹³⁶TAPIA PARREÑO, JJ. *op.cit.* pág. 231.

¹³⁷SAP Sevilla de 1 abril de 2009 (JUR 2009/221311)

¹³⁸GARCÍA VILLALUENGA, L. “*Conflictos, familias y mediación*” EN: “Los menores en protección” (Coord. SERRANO RUÍZ-CALDERÓN, M), Grupo Difusión, Madrid, 2007, Pág. 258.

¹³⁹También se aprecia esta idea en la jurisprudencia. Así en la SAP de Murcia de 26 de junio de 2012 (AC 2012/529): “*Si las partes no están de acuerdo, por las razones que sean, en el esfuerzo que supone la guarda y custodia compartida, ésta devendrá ineficaz y lo único en lo que se convertiría sería en una fuente constante de conflictos entre ambos padres, que ya manifiestan que no mantienen comunicación alguna entre ellos, cuando precisamente una comunicación fluida y constante es lo que demanda un régimen de custodia compartida.*”

¹⁴⁰AJPI de Gijón de 22 de junio de 2010 (AC 2010/1257): “*Como ya se informo a las partes en la vista, sería bueno que acudiesen a mediación familiar, a fin de poder entre ambos buscar todas las soluciones posibles, y con el debido asesoramiento de sus letrados, adoptar la mas adecuada a los intereses de los hijos, consiguiendo así mismo que ambos progenitores vean, en la medida de lo posible, satisfechas sus expectativas en cuanto al tiempo que pueden estar con sus hijos, derechos de habitación y contribución a las cargas familiares.*”

llegar a dicho acuerdo, se suspende el proceso de mediación y se vuelve al punto del proceso en el que se encontraban las actuaciones judiciales.

b) El informe favorable del Ministerio Fiscal. Especial referencia a la STC 185/2012, de 17 de octubre.

Una de las medidas más polémicas de la redacción del art. 92.8 CC se basó en la necesidad de que el Ministerio Fiscal emitiese un informe favorable para el otorgamiento del régimen de custodia compartida cuando éste era solicitado por uno solo de los progenitores.

Diversos autores han justificado la necesidad de dicho informe favorable sobre el pretexto de la excepcionalidad de la medida¹⁴¹. En este sentido, se considera que la circunstancia de que uno de los progenitores no desee compartir la guarda y custodia de sus hijos menores habría sido considerada por el legislador como suficiente para excluir la concesión judicial de la custodia conjunta¹⁴². Es por ello que el legislador, en aras de proteger el superior interés del menor¹⁴³, previó la exigencia del informe favorable del Ministerio Público, dada su condición de defensor legal de los mismos¹⁴⁴. La preceptividad de dicho informe no limitaría en absoluto la potestad jurisdiccional, sino que obedecería a una justificación razonable y resultaría proporcionada a la finalidad pretendida por la norma, que no es otra que amparar el interés del menor¹⁴⁵.

¹⁴¹MIRANDA ESTRAMPES, M. “*La protección de menores: una perspectiva constitucional*”. Custodia compartida y protección de menores. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2009, Pág. 31.

¹⁴²Nada se decía acerca de la necesidad del informe favorable del Ministerio Fiscal durante la tramitación parlamentaria de la Ley. Fue una enmienda transaccional del Grupo Socialista la que introdujo la necesidad de que si, si no existía acuerdo entre los cónyuges, fuese necesario un informe favorable del Ministerio Fiscal para acordar la custodia compartida. Y ello en base a la necesidad de “*incrementar las garantías de prevalencia del interés del menor en la decisión del régimen de guarda*”. Vid. “Cortes Generales, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados”. Comisiones, año 2005, VIII Legislatura, Núm 242, Justicia, Sesión núm. 14, celebrada el 6 de abril de 2005.

¹⁴³En este punto, MORÁN GONZÁLEZ, *op.cit.* Pág. 108, entiende que la inclusión de este requisito obedeció también a las fuerzas ejercidas por los detractores de la custodia compartida en el momento de la redacción de la Ley 15/2005, de 8 de julio.

¹⁴⁴Art. 3.7 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

¹⁴⁵PÉREZ VEGA, Á. *op.cit.* Pág. 673, entiende que “*La excepcionalidad en el establecimiento por parte del juez del régimen de guarda y custodia compartida se imponía, teniendo en cuenta la presión que desde las asociaciones feministas se estaba haciendo, cuando se tramitaba la reforma de la ley, peticionando que, en ningún caso, se pueda imponer la custodia compartida si no es por voluntad y mutuo acuerdo de las partes*”.

Sin embargo, han sido mayoritarias las voces críticas con la exigencia de que el sentido del informe del Ministerio Fiscal fuese necesariamente favorable, como requisito procesal a la hora de poder otorgar una custodia compartida¹⁴⁶. En el II encuentro de Abogados, Fiscales, Secretarios y Jueces de familia, celebrado en Madrid los días 23, 24 y 25 de noviembre de 2005, se acordó, entre otras, la siguiente conclusión:

“El informe desfavorable del Ministerio Fiscal, no impedirá en todo caso al juez aprobar la guarda y custodia compartida, si entiende que es lo más adecuado para el menor; por que de estimarse lo contrario, ello podría ser inconstitucional, al limitar la condición decisoria del juez, si bien, se estima conveniente suprimir que el informe del Ministerio Fiscal tenga que ser favorable, limitándose a indicar, como en el caso de la custodia compartida por acuerdo de los progenitores, que es necesario el previo informe del Ministerio Fiscal, con independencia del sentido del mismo”. Conclusión que ha sido ratificada en las jornadas de octubre de 2008.

En el ámbito jurisprudencial, la cuestión es enormemente controvertida. Por un lado, existen resoluciones judiciales que entienden que el este requisito no es óbice de su concesión cuando favorece claramente al menor¹⁴⁷. Sin embargo, otra tendencia jurisprudencial, basándose en la literalidad de la ley, exigen claramente este informe favorable como requisito para su concesión¹⁴⁸.

En este sentido, HERNANDO RAMOS aboga por la inconstitucionalidad del art. 92.8 CC en la medida en la que el legislador otorga fuerza vinculante al informe del Ministerio Fiscal en los casos de petición de custodia conjunta a instancia de un sólo progenitor, no siendo así en los

¹⁴⁶Coincido plenamente con HERNANDO RAMOS, S. “*El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida*”. Diario La Ley, Nº 7206, Sección tribuna 29, junio, 2009. Edit. La Ley, Pág. 4, cuando critica el hecho de que el informe preceptivo del Ministerio Fiscal, “*en caso de ser favorable no resulta vinculante, mientras que si es desfavorable, sí lo es, impidiendo al Juez acordar la custodia compartida*”. La Fiscal entiende que esta circunstancia no va a impedir al Juez, a pesar de dicho informe desfavorable, aprobar la guarda y custodia compartida cuando motivadamente considere que es lo más adecuado para el menor, ya que de lo contrario “*podríamos llegar al absurdo de que en todos aquellos supuestos en los que el Ministerio Fiscal no emite informe alguno sobre el extremo de la guarda y custodia compartida pedida por uno de los progenitores o si su informe es neutro sin mostrarse a favor o en contra o, incluso, si es contrario a dicha petición, el Juez no podría conceder la custodia compartida*”.

¹⁴⁷Se pueden citar a título de ejemplo la SAP Murcia, Sección 1ª, de 26 de febrero de 2007; Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2ª, de 21 de mayo de 2008 (recurso 226/2008); Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª, de 15 de enero de 2009 (recurso 215/2008);

¹⁴⁸Así lo entienden la SAP de Asturias, de 26 de septiembre de 2006; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 28 de mayo de 2007 (JUR 2007/287175); la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 4ª, de 12 de noviembre de 2008 (núm. 299/2008); sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3ª, de 30 de enero de 2009 (núm 30/2009); la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª, de 28 de enero de 2009 (núm. 51/2009)

supuestos de custodias compartidas consensuadas. A juicio de este autor, dicha previsión vulneraría el principio de igualdad, más concretamente el de igualdad de los hijos ante la ley (art. 14 CE). Asimismo, entiende “no respetado el principio de prevalencia del interés supremo del menor, así como la exclusividad de la potestad jurisdiccional, afectando al derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en los supuestos en los que el Ministerio Fiscal opusiese su veto o, simplemente, no compareciese”¹⁴⁹.

Por su parte, CAMPO IZQUIERDO entiende que este requisito procesal entra en contradicción con la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Código Civil sobre las facultades del juez a la hora de adoptar aquellas medidas que considere más beneficiosas para el menor. En este sentido, entiende que esta previsión del legislador resulta superflua ya que en la medida en la que nos encontramos ante materias de “ius cogens”, no rigen los principios de rogación o de congruencia (art. 752 LEC). Consecuentemente, el juez puede adoptar, de oficio, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, aquellas disposiciones que considere necesarias para apartar al menor de un peligro o de evidentes perjuicios sin necesidad de seguir lo solicitado por las partes (art. 158 CC). Por su parte, en la medida en la que no está vinculado ni por el acuerdo de las partes ni por el convenio regulador (art. 777.7 LEC), tampoco habría de estarlo por el informe del Ministerio Fiscal. Por último, el autor hace referencia a que las sentencias dictadas en procesos de separación o divorcio son eficaces desde que se dictan, de manera que el recurso de apelación carece de efectos suspensivos (art. 774.5 LEC). La imposibilidad de revisar la decisión desestimatoria del Ministerio Fiscal por vía de ningún recurso, y que ni la Audiencia Provincial ni el Tribunal Supremo puedan valorar si el interés del menor requiere esta custodia compartida constituye una verdadera limitación de la función jurisdiccional por la mera actuación del fiscal¹⁵⁰.

Esta pluralidad de críticas desembocó en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8912-2006, promovida por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, en relación con el inciso “favorable” del art. 92.8 del Código civil, en base a la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por posible contradicción con los arts. 14, 24, 39 y 117.3 CE. El Ministerio Fiscal formuló alegaciones, entendiendo procedente el planteamiento de dicha cuestión de inconstitucionalidad ya que, a su juicio, el precepto cuestionado es relevante para el fallo y entra en colisión con los preceptos invocados.

¹⁴⁹HERNANDO RAMOS, S. *op.cit.* Pág. 5

¹⁵⁰CAMPO IZQUIERDO, Á.L. *op.cit.* Pág. 6.

El supuesto de hecho versaba sobre un procedimiento de divorcio en el que el padre solicitó que se atribuyese la guarda y custodia a ambos progenitores, mientras que la madre solicitaba la guarda y custodia de la hija menor. El Ministerio Fiscal se adhirió a la solicitud de la madre en el acto de vista oral, oponiéndose a la custodia compartida propuesta por el padre. En la resolución de instancia se señalaba expresamente que “hay que señalar que este órgano judicial no puede aprobar el régimen de guarda y custodia compartida propuesto por el padre, porque lo impide el Derecho positivo actual al haber informado negativamente de dicho régimen de guarda y custodia compartida el Ministerio Fiscal, por lo que huelga entrar a conocer si dicho régimen es o no beneficioso para la hija común”.

El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional y nulo el inciso “favorable” del art. 92.8 CC. La estructura gramatical de la frase «con informe favorable del Ministerio Fiscal», en el contexto de la norma, no dejaba lugar a duda en la interpretación del precepto, que establece el requisito de contar con informe del Ministerio público exigiéndose, además, que sea favorable a la custodia compartida para que el Juez pueda acordar este régimen de custodia.

Seguidamente, atendiendo a las causas de inconstitucionalidad planteadas por el Tribunal *ad quem*, procedemos a analizar la argumentación dada por la ponente ROCA TRÍAS en esta reciente Sentencia 185/2012, de 17 de octubre.

a) Vulneración del art. 117.3 en relación con el art. 39 CE.

El punto fundamental sobre el que gira la argumentación del Tribunal Constitucional se basa en la vulneración de la independencia jurisdiccional consagrada en el art. 117.3 CE. La solicitud del informe favorable del Ministerio Fiscal es entendida como la concesión al mismo de una facultad de veto en un área sometida a la potestad jurisdiccional. Consecuentemente, la función judicial primordial, basada en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, se ve sujeta a los dictados del Ministerio Público, sustrayendo a la jurisdicción este ámbito material sin posibilidad de revisión¹⁵¹.

El Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado consideraron conjuntamente que la función jurisdiccional de Jueces y Tribunales no se encontraba comprometida cuando el legislador requiere un dictamen favorable del Fiscal para adoptar una medida tan excepcional como la guarda compartida en los supuestos de desacuerdo entre los progenitores. Asimismo entendían que

¹⁵¹GARCÍA RUBIO, M.P.; OTERO CRESPO, M. *op.cit.* Págs. 101 y ss.

tampoco se menoscaba la función del Juez cuando en el supuesto del art. 92.5 del CC, el juez debía acordar la custodia compartida, sin poder negarse a ello, en la medida que se prevé imperativamente («se acordará»). Sin embargo, en el supuesto discutido, el art. 92.8 del CC permite al órgano judicial que, aun con el informe favorable del Fiscal, pueda denegar la custodia compartida si entiende que así se protegen adecuadamente los intereses del menor. Es por ello que, en la medida en la que se trata de una excepción, debe ser regulada con las suficientes cautelas y garantías. Por ello sólo podrá prosperar si el Fiscal informa favorablemente¹⁵².

Sin embargo el Tribunal Constitucional entiende que la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal *ex art. 92.8 CC* sí debe ser declarada contraria a lo dispuesto en el art. 117.3 CE¹⁵³. Así, se alega textualmente que: *“Quiere ello decir que únicamente en el caso de que el dictamen de la Fiscalía sea favorable, podrá acordar la guarda compartida porque es a lo que le faculta el precepto. Sensu contrario, tal como está redactada la norma, si no concurre tal dictamen, el órgano judicial no está legitimado para acordarla o establecerla. Y es en este último supuesto donde quiebra, en términos constitucionales, la razonabilidad de la norma enjuiciada (arts. 24, 39 y 117 CE). Precisamente porque una custodia compartida impuesta judicialmente debe ser excepcional conforme a la normativa vigente o, lo que es igual, porque debe obligarse a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor, de modo que dicha decisión no puede quedar sometida al parecer único del Ministerio Fiscal, impidiéndose al órgano judicial valorar sopesadamente el resto de la prueba practicada.*

Con todo lo dicho hasta aquí, no es difícil deducir que, en aquellos casos en los que el Ministerio público emita informe desfavorable, no puede impedir una decisión diversa del Juez, pues ello limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE otorga con

¹⁵²El voto particular de la Sentencia, formulado por el Magistrado don ARAGÓN REYES, M. al que se adhirieron tres Magistrados más, se pronuncia en el mismo sentido. Así, se establece que el art. 92.8 CC configura la custodia compartida a solicitud de uno de los progenitores como una situación excepcional, de ahí la cautela del informe favorable del Ministerio Fiscal a la que se somete la toma de esta decisión del Juez. Consideran que “la aplicación judicial de una custodia compartida no querida por una de las partes lleva consigo el riesgo de que las disensiones de los progenitores puedan acabar perjudicando a los hijos menores en cuyo beneficio se pretende establecer la medida”.

¹⁵³Considero esclarecedora la propuesta de reforma de CAMPO IZQUIERDO, *op.cit.* Pág. 4, a la hora de salvar la constitucionalidad del informe favorable del Ministerio Fiscal. En su opinión, considera adecuado que el legislador, en interés del menor, previese que el Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones debiese informar favorablemente la guarda y custodia en caso de no existir acuerdo entre los cónyuges. Pero para no vulnerar la función jurisdiccional, el legislador debió llevar a cabo una reforma más profunda con relación a la intervención del Ministerio Fiscal en estos procesos matrimoniales. En su opinión, hubiese sido necesario crear definitivamente la especialidad de los Juzgados de Familia, crear en todos los Tribunales superiores de Justicia las Fiscalías civiles, asegurar la presencia física de los fiscales en los Juzgados de Primera Instancia o modificar la forma de intervención del Fiscal en la fase escrita de los procedimientos, entre otras medidas.

*carácter exclusivo al Poder Judicial*¹⁵⁴. Ningún argumento o motivo de peso existe que justifique, en consecuencia, la inserción por el legislador de este límite a la función jurisdiccional al haber otorgado un poder de veto al Ministerio Fiscal. A ello cabe añadir que la imposición de ese dictamen obstativo, entra igualmente en contradicción con la regulación procesal y civil de las facultades del juez para la adopción de cuantas medidas considere beneficiosas para el menor (...)"

El Alto Tribunal continúa diciendo que el mandato del art. 39 CE tampoco constituye una justificación razonable y proporcionada de la previsión normativa cuestionada, en la medida en la si bien es cierto que todos los poderes públicos deben asegurar la protección integral de los hijos, existe en este caso una invasión evidente del Ministerio Fiscal en las competencias jurisdiccionales. En este sentido, el Tribunal entiende que el Fiscal no limita su intervención a llevar a cabo una valoración de los presupuestos normativos bajo los principios de legalidad e imparcialidad que caracterizan su actuación, sino que tiene la facultad de vetar la decisión discrepante del Juez, bastándole para ello con no informar, hacerlo neutralmente o desfavorablemente.

b) Vulneración del art. 24.1 y 2 CE.

El Tribunal Constitucional entiende que el art. 24 CE se ve, asimismo, vulnerado. De un lado, debido a que el dictamen denegatorio del Fiscal vincula al Juez de tal modo que le impide entrar a conocer el fondo del asunto. Por otro lado, el derecho a la tutela judicial efectiva se ve asimismo quebrantado en la medida en la que la parte procesal perjudicada no puede impugnar el sentido del informe, sino que únicamente puede apelar la Sentencia que resuelve en la instancia sobre este extremo.

En este caso, el Fiscal General del Estado tampoco entiende que el precepto cuestionado contrario al art. 24 CE en la medida en la que la posición de Jueces y Tribunales ante peticiones de parte no debe entenderse con carácter absoluto y puede, sin ser inconstitucional, “*ser mediatizada cuando, como en el caso de autos, concurre una causa suficientemente proporcionada y adecuada*”

¹⁵⁴En este sentido, el tribunal *ad quem* argumentaba en el Auto por el que se presenta la referida cuestión de inconstitucionalidad los siguientes argumentos relativos al distinto régimen jurídico del Estatuto de la Judicatura y de la Fiscalía. En este sentido, “*cuando la Constitución establece un Poder Judicial separado del Poder Ejecutivo, formado por Jueces y Magistrados independientes, inamovibles y sometidos únicamente al imperio de la ley, pretende preservar la actuación jurisdiccional en los asuntos sometidos a su consideración de la imposición o del veto que pudiera provenir del criterio de otros poderes del Estado, y por ende de la concreta visión, en un determinado proceso, de un funcionario público que, aunque actúa sometido al principio de legalidad, no es independiente, pues se encuentra sometido a los principios de jerarquía y dependencia*”.

al fin y alcance del precepto”. En cualquier caso la decisión que se adopte debe ser motivada conforme exige el art. 24 CE. Sin embargo, el Tribunal contra-argumenta dicha consideración alegando que “*en la práctica, y aunque se obtenga una Sentencia, el pronunciamiento sobre el fondo queda irremediabilmente vinculado al dictamen del Fiscal (...) y, como ya se ha dicho, la función de administrar justicia reside con carácter exclusivo en los Jueces y Tribunales y no en el Ministerio público (art. 117.3 CE)*”

El Alto Tribunal aduce un segundo argumento para justificar que el art. 92.8 CE compromete el derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, entiende que no es equiparable que sea el Ministerio Fiscal quien posea la facultad de decisión en régimen de guarda y custodia, cuando no hay acuerdo entre los progenitores, a que la tenga el Juez, pues la diferencia entre ambas actuaciones radica, en que la de este último puede ser revisada, modificada o revocada a través de los recursos oportunos¹⁵⁵ y, sin embargo, el dictamen desfavorable del Ministerio Fiscal es irrecurrible¹⁵⁶.

c) Vulneración del art. 14 CE.

Por último, se alega la presunta vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) y, en particular, el derecho a la igualdad de los niños (art. 10.2 CE en relación con el art. 2 de la Convención de los derechos del niño y art. 39.2 CE), así como el principio de protección de los niños que debe orientar a todos los poderes públicos (art. 39.3 y 4 y art. 53.3 CE).

En el Auto de planteamiento se establecía que carece de justificación exigir el informe favorable del Fiscal para que el Juez pueda otorgar la custodia compartida en el caso de que no exista acuerdo entre los padres y, en cambio, no exigir con este carácter el informe del Ministerio público en el supuesto de que los padres estén de acuerdo en compartir la custodia. Considera el órgano judicial que la discrepancia entre las partes del proceso no justifica de manera razonable un tratamiento jurídico distinto sobre el carácter vinculante o no para el Juez del dictamen del Ministerio Fiscal. También se sostiene que, pese a la oposición procesal, puede existir una común voluntad, material o de fondo, en que ambos progenitores compartan su tiempo con el hijo común.

¹⁵⁵“Este recurso, tal y como se anticipaba en la argumentación dada en la cuestión de inconstitucionalidad, quedará vacío de contenido, al permanecer invariable la posición del Ministerio Fiscal no favorable a la custodia compartida. Junto a ello se pone de manifiesto que el informe del Ministerio público ni siquiera tiene que ser motivado” (FJ 3)

¹⁵⁶HERNANDO RAMOS, S. *op.cit.* Pág. 3

Por todo ello, considera el Auto que este tratamiento desigual en el régimen de atribución de la guarda conjunta puede lesionar lo dispuesto en los arts. 14 y 39 CE.

El Tribunal Constitucional no entra a analizar dicho extremo, alegando lo siguiente: “*Dado que en los anteriores fundamentos jurídicos hemos declarado el carácter inconstitucional del término «favorable» referido al dictamen del Ministerio Fiscal en el supuesto contemplado en el art. 92.8 CC, y a los efectos que ahora importan de obtener una resolución judicial sobre la guarda y custodia con idénticas garantías para los interesados y con igual libertad y discrecionalidad para el órgano judicial en todos los supuestos, el hecho de que el Ministerio público emita uno u otro informe pierde ya su relevancia en relación con la posible vulneración del art. 14 CE. El motivo de que este Tribunal Constitucional realice tal afirmación no es otro que el de constatar que, en cualquier caso, la alegada vulneración procedería en definitiva, no de la regulación de situaciones distintas, que lo son, sino de la circunstancia de que el órgano judicial vea limitada, dependiendo de cada supuesto, su función jurisdiccional.*”

El Tribunal concluye con un razonamiento que, a mi juicio, ha de constituir la piedra angular de todo proceso de familia en el que existan menores de edad, independientemente de la regulación estatal o autonómica aplicable al efecto. En este sentido, el Tribunal considera que si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular su vida tras la crisis matrimonial y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo corresponde al órgano judicial la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional. Por esta razón, la decisión del régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño. Y para ello, alega el derecho internacionalmente reconocido de audiencia del menor, consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, y en todo caso respetado por la actual redacción del art. 92 CC¹⁵⁷.

¹⁵⁷ “*En armonía con la normativa citada, la regulación del Código civil sobre la guarda compartida, como hemos visto en los fundamentos precedentes, prevé la audiencia del menor en estos procesos (art. 92.6 del Código civil), al disponer que «en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia», el órgano judicial debe «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». Y así, a este Tribunal, no le alberga duda de que la regulación contenida en el art. 92.8 del Código civil y en sus concordantes de la ley procesal en nada impide el derecho de los menores a ser oídos, porque lo serán, aunque su parecer en definitiva quede, como ocurre con el del órgano judicial, postergado por el informe vinculante del Ministerio público*” (FJ.9)

7. *De la excepcionalidad a la generalidad de la custodia compartida. STS 257/2013, de 29 de abril.*

La evolución jurisprudencial de las últimas décadas en torno a la custodia compartida se caracteriza por una tendencia progresiva hacia la generalización de dicho modelo guarda. Frente al recelo inicial por parte de la jurisprudencia a la concesión de la guarda conjunta, se ha abierto camino hacia la normalización de este modelo de guarda como el medio de convivencia idóneo tras la ruptura conyugal o de convivencia *more uxorio*. La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013¹⁵⁸ recoge el bagaje seguido hasta la fecha.

Como ya hemos tenido ocasión de comentar, la concesión de la custodia compartida con anterioridad a la promulgación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, no ha estado exenta de complicaciones. La falta de previsión legal de esta fórmula, unido al modelo tradicional de custodia materna, reducía la concesión de la misma a los supuestos de mutuo acuerdo en convenio regulador¹⁵⁹ con el cumplimiento de una serie de cautelas¹⁶⁰. Con carácter general, la denegación de este modelo de guarda se basaba en que resultaba necesario que las circunstancias geográficas y sociales no perjudicasen el entorno del menor con un excesivo peregrinaje entre los domicilios de los progenitores¹⁶¹. Asimismo, se abogaba porque los hijos de corta edad residiese con la madre

¹⁵⁸STS de 29 de abril de 2013 (RJ 2013/3269).

¹⁵⁹Como indica PARDILLO HERNÁNDEZ, *op.cit.*, pág. 3 hasta la Ley 15/2005, de 8 de julio, la guarda y custodia compartida constituía una figura “alegal”, no contemplada por la letra de la norma, pero tampoco expresamente excluida. El sistema legal existente, al amparo de los arts. 90, 103 y 159 CC, abogaba por un sistema de atribución monoparental de la custodia que, en cualquier caso, bloqueaba la adopción de la custodia compartida en supuestos contenciosos o no consensuados, lo que determinó el carácter excepcional de la adopción de este régimen jurídico hasta el año 2005.

¹⁶⁰SAP de Madrid de 12 de noviembre de 2001 (JUR 2001/53323): “*Es criterio de esta Sala, salvo supuestos muy puntuales que pudieran presentarse, y que pudieran aconsejar otra decisión al respecto, la no concesión a los padres en situaciones de separación o divorcio, de la guarda y custodia compartida de los hijos, y en este sentido conviene recordar los criterios ya mantenidos por esta Sala en sentencia, entre otras de 31 de octubre de 1995, en la que ya se señala que dentro del derecho de familia español la solución de guarda compartida es excepcional: tanto es así que el propio legislador, sin prohibirla expresamente, no ha contemplado tal posibilidad, y así el art. 92 del Código Civil, concretamente en su párrafo tercero, alude a la decisión que tomará el Juez acerca de cuál de los progenitores tendrá a su cuidado a los hijos menores, sin que esto se óbice para que el ejercicio de la patria potestad sea compartido en orden a tomar decisiones de cierta trascendencia que, afectando a los hijos, puedan adoptarse de común acuerdo, sin que el progenitor que no convive con los hijos, se vea privado del conocimiento de aquéllas, debiendo valorarse en igual medida sus opiniones que la de aquel que les tenga en su compañía; tal función de custodia se desenvuelve en que quehacer más cotidiano y doméstico, que sin lugar a dudas también contribuirá a la formación integral del hijo, y que difícilmente podrán compartirse por quienes la piden 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 contiguo peregrinaje de los hijos de un hogar al otro, siendo, entonces, más correcto denominarla, en este supuesto, custodia periódicamente alternativa*”. En este mismo sentido cabe citar la SAP de Alicante de 7 de julio de 1997 (JUR 1997/1591); SAP de Palencia de 10 de febrero de 1999 (JUR 1999/681); SAP de Castellón de 14 de octubre de 2003 (JUR 2003/264777), entre otras.

¹⁶¹En esta línea, podemos citar las SAP de Alicante de 6 de marzo de 2003 (JUR 2003/193553); SAP de Valencia de 13 de febrero de 2003 (JUR 2003/93800) o la SAP de Asturias de 7 de noviembre de 2003 (JUR 2004/66270).

(sentencia de la AP Baleares, de 29 de mayo de 2005) así como que no se apreciase conflictividad entre los progenitores, circunstancia, desde mi punto de vista, difícil o utópica en la medida en la que nos encontramos en el seno de una crisis conyugal. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de marzo de 2003, entendía que:

“Sólo en aquellos supuestos en los que ambas partes estén de acuerdo en el ejercicio de la custodia compartida o alternativa, una vez comprobada la viabilidad de dicha medida, a través del análisis de las circunstancias en las que se desarrolla la vida del menor, y acreditado a través del desarrollo y el ejercicio de dicha función compartida los aspectos absolutamente positivo para el desenvolvimiento integral de la vida del menor, será posible excepcionalmente acordar tal medida”.

Con la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, comprobamos como la tendencia jurisprudencial varía. Durante los primeros años de vigencia de la Ley, la jurisprudencia se mostraba ecléctica en torno a la acogida de este modelo de guarda¹⁶². Frente a las resoluciones que se mostraban proclives por su concesión, entendiendo que este modelo era el más adecuado para el interés de los menores, continuaban dictándose resoluciones en las que se rechazaba la pertinencia de esta medida. El Tribunal Supremo, bajo la rúbrica de la necesaria protección de la estabilidad emocional y formación integral de los menores, adopta una posición de cautela durante los primeros años de vigencia de la norma¹⁶³.

El Alto Tribunal ha mantenido presente que, ante la ausencia de los principios de rogación y congruencia en los procesos de familia, el operador jurídico puede acordar de oficio una custodia

¹⁶²En cualquier caso, los requisitos para llevar a cabo su concesión continúan interpretándose de un modo rígido. Como ejemplo, la SAP de Córdoba de 24 de abril de 2006 (JUR 2006/230967) entiende que: “Las condiciones que se requieren para una exitosa custodia compartida son: Muy bajo nivel de conflicto entre los progenitores, buena comunicación y cooperación entre ellos, residencias cercanas o geográficamente compatibles; rasgos de personalidad y carácter del hijo y los padres compatibles; edad del menor, que permita su adaptación, cumplimiento por los progenitores de las obligaciones económicas, respeto mutuo por ambos progenitores, que no haya excesiva judicialización de la separación, existencia de un vínculo afectivo de él con ambos padres y que acepten este tipo de custodia y que ambos progenitores estén de acuerdo con la alternativa de custodia compartida. En definitiva, características de los progenitores como madurez personal y capacidad para separar el plano de la relación de pareja de sus roles como padres”; y sigue afirmando la sentencia que: “...aplicando las anteriores premisas al caso de autos, hemos de concluir que se advierte en ambos progenitores presencia seria de aquellas condiciones y aptitudes, que son, no ya convenientes, sino necesarias para atender debidamente a un hijo menor; por lo que, al concurrir en ambos progenitores las circunstancias necesarias para atender al menor, no encontramos ninguna objeción al sistema de guarda y custodia compartida por la Juzgadora a quo”.

¹⁶³En este sentido, cabe citar la STS de 14 de febrero de 2005 (RJ 2005/1670), STS de 16 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7633), STS de 21 de noviembre de 2005 (RJ 2005/ 7734), entre otras.

compartida si considera que es la medida que mejor protejan el superior interés del menor¹⁶⁴. Así lo pone de manifiesto en su Sentencia de 28 de septiembre de 2009, cuando indica que “*dado el principio que funciona en los procesos relativos al interés del menor, de modo que aunque no se haya pedido la medida, el tribunal hubiera podido acordarla si ello hubiera beneficiado dicho interés*”. Sin embargo, mantiene una interpretación rigurosa al argumentar que “*la nueva regulación de la guarda y custodia compartida en el artículo 92 CC después de la reforma producida por la ley 15/2005 permite al juez acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8). En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el supuesto previsto en el pr. 8, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a “la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia” (artículo. 92.9 CC)*¹⁶⁵”

La entrada en vigor a partir del año 2010 de las Leyes autonómicas en materia de custodia compartida de Aragón, Navarra, Cataluña y, posteriormente, Valencia determinaron un aumento de la concesión de este modelo de guarda en dichos territorios. A ello hay que sumarle la nueva tendencia jurisprudencial del Tribunal Supremo, progresivamente proclive a la concesión de este modelo de guarda como instrumento idóneo para salvaguardar el interés de los menores tras la ruptura sentimental de sus progenitores¹⁶⁶.

La voluntad del Tribunal radica en acreditar que lo que ha de primar es aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, “pues el sistema está concebido como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda¹⁶⁷”. En este sentido, argumenta que “la interpretación de los artículos 92, 5, 6

¹⁶⁴Circunstancia ya acreditada por la STC 4/2001, de 15 de enero (RTC 2001/4), donde el Tribunal Constitucional confirma la concesión de una custodia compartida de oficio por parte del Juzgador, entendiéndose que en los procesos de familia existen elementos no dispositivos o de “ius cogens” respecto de los cuales no rige el principio de congruencia procesal. Consecuentemente, “*la ley atribuye al Juez que conozca de un proceso de separación, divorcio o nulidad matrimonial potestades de tutela relacionadas con determinados efectos de la crisis matrimonial que han de ejercitarse en defecto e, incluso, en lugar de las propuestas por los litigantes*” (FJ4).

¹⁶⁵STS de 28 de septiembre de 2009 (RJ 2009/7257).

¹⁶⁶STS de 27 de julio de 2011 (RJ 2011/6282); STS de 19 de abril de 2012 (RJ 2012/5909)

¹⁶⁷STS de 10 de marzo de 2010 (RJ 2010/2329); STS de 11 de marzo de 2010 (RJ 2010/2340); STS de 7 de julio de 2011 (RJ 2011/5008); STS de 21 de febrero de 2011 (RJ 2011/ STS de 10 de enero de 2012 (RJ 2012/3642).

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 conviven¹⁶⁸.

Con la reciente Sentencia de 29 de abril de 2013, el Tribunal Supremo asienta doctrina jurisprudencial al valorar la custodia compartida como una medida “normal e incluso deseable”, que lejos de ser tratada con carácter excepcional, “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”. En mi opinión, el Supremo asienta los pilares sobre los que se ha de sujetar la nueva regulación estatal en materia de custodia compartida, continuando de este modo los avances aportados al efecto por las legislaciones autonómicas.

¹⁶⁸*Idem.*

III. REGULACIÓN AUTONÓMICA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

En el marco constitucional actual¹⁶⁹, los legisladores autonómicos de Aragón, Navarra, Cataluña y Valencia¹⁷⁰ han seguido el camino iniciado por el legislador estatal en el año 2005, si bien enfatizando con mayor esfuerzo la bondad y pertinencia de la custodia compartida como un instrumento básico de toda sociedad avanzada¹⁷¹. El denominador común de las regulaciones autonómicas parte de la calificación de la regulación dada por artículo 92 del Código Civil como ineficiente, al configurar la guarda y custodia compartida con carácter excepcional en defecto de acuerdo de los progenitores. Ello se traduce en un otorgamiento generalizado de custodia individual, lo que en opinión de los legisladores autonómicos no se corresponde con la evolución actual de la sociedad, la cual exige una regulación que favorezca el contacto continuado de los hijos con los padres y la igualdad entre los progenitores.

La primera Comunidad Autónoma en iniciar esta trayectoria fue Aragón¹⁷² mediante la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de

¹⁶⁹En base a la potestad conferida por los artículos 149.1.6ª, 8ª y Disposición Adicional Primera de la Constitución, las Comunidades Autónomas citadas en el texto han actualizado su Derecho foral civil realizando una regulación detallada de la guarda y custodia compartida.

¹⁷⁰El Gobierno central recurrió ante el Constitucional la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, al poner en tela de juicio la competencia de la Comunidad Valenciana para regular en esta materia. El pasado 22 de noviembre de 2011, el Alto Tribunal levantó la suspensión cautelar de dicha Ley, mediante Auto publicado en el BOE, sin pronunciarse todavía sobre el fondo de la cuestión.

¹⁷¹A título de ejemplo, se puede citar la Exposición de Motivos de la Ley Aragonesa, la que indica lo siguiente: “*La custodia compartida se acepta mayoritariamente como un sistema progresista que fomenta la corresponsabilidad de los padres en el ejercicio de su autoridad familiar en el marco de una sociedad avanzada, que promueve la igualdad de ambos sexos en todos los sectores y en la que el desarrollo profesional de la mujer y el deseo de los hombres de una mayor implicación en el ámbito familiar imponen un cambio en el esquema tradicional de atribuir la custodia en exclusiva a la madre. La custodia compartida favorece la distribución igualitaria de los roles sociales entre hombres y mujeres*”.

¹⁷²Esta ley constituye un punto de inflexión en el tratamiento de la guarda y custodia compartida, no solo por constituir la primera ley autonómica reguladora de la materia, sino por ser asimismo pionera en reconocer la incidencia que la guarda y custodia compartida tiene en las medidas paterno filiales a adoptar judicialmente en defecto de acuerdo entre los progenitores, regulando de forma diversa, según el régimen de custodia compartida o individual establecido, la atribución del uso de la vivienda familiar y la fijación de la pensión alimenticia. GONZÁLEZ DEL POZO, JP. “*Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón*”. Diario La Ley, Nº 7529, Sección Doctrina, 16 Dic. 2010, Edit. La Ley (BIB 14038/2010), Págs. 2 y ss.

los padres, tradicionalmente conocida como “Ley de custodia compartida de Aragón¹⁷³” (en adelante, Ley aragonesa). A esta norma le sucedieron la Ley Foral de Navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres (en adelante, Ley navarra), la Ley catalana 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código civil catalán relativo a persona y familia y la Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven¹⁷⁴ (en adelante, Ley valenciana).

La técnica legislativa empleada por los legisladores autonómicos puede articularse en torno a dos grandes vertientes. Por un lado, las Comunidades Autónomas de Aragón¹⁷⁵ y Valencia¹⁷⁶ han optado por instituir la custodia compartida como institución prioritaria en defecto de pacto entre las partes¹⁷⁷. Por su parte, Cataluña y Navarra se sitúan en una posición intermedia: facilitan el otorgamiento de la custodia compartida a solicitud de uno solo de los progenitores en comparación con el art. 92.8 CC, pero sin elevarla a medida preferente en ausencia de consenso. En caso de que los padres no llegasen a un acuerdo a través del plan de parentalidad, el juez podrá distribuir las

¹⁷³Actualmente, la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de Igualdad en las Relaciones Familiares ante la Ruptura de Convivencia de los Padres ha resultado formalmente derogada mediante el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes Civiles aragonesas. Cabe destacar que en el mismo se integra el contenido originario de la Ley 2/2010, de 26 de mayo.

¹⁷⁴El antecedente legislativo inmediato de esta norma fue la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana, en cuyo Título II (“Carta de Derechos del Menor de la Comunidad Valenciana”) regulaba los principios y valores que debían coronar las relaciones familiares, observándose ya una regulación tendente al modelo de la guarda y custodia compartida.

¹⁷⁵La doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en relación a la custodia compartida recogida en las Sentencias de 1 de febrero de 2012 (RJ 2012/4317) y de 5 julio de 2012 (RJ 2012/8806) determina lo siguiente: “a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (Sentencia de 30 de septiembre de 2011); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al Juez; el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011); d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite -la conveniencia para el menor- frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011). Para adoptar la decisión, en cada caso, será relevante la prueba practicada, especialmente los informes psicosociales – art. 80.3 CDFa- obrantes en autos, y la opinión de los hijos menores, cuando tengan suficiente juicio -art. 80.2 c) CDFa.- Por último, el Tribunal que acuerde apartarse del sistema preferentemente establecido por el legislador debe razonar suficientemente la decisión adoptada.”

¹⁷⁶Art. 6.2 de la Ley aragonesa: “El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente (...)” Art. 5.2 de la Ley valenciana: “Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos”.

¹⁷⁷CONDE-PUMPIDO GARCÍA, JL. “Ley valenciana de custodia compartida”. EN: Revista de Treball, Economia i Societat. Octubre 2011. Nº 62. Art. 1. Pág. 2. <http://www.ces.gva.es/cs_/revista63.htm>

responsabilidades parentales de manera compartida, salvo que la atribución de la custodia exclusiva a uno de ellos fuera la más indicada para proteger el interés de los hijos¹⁷⁸.

Las regulaciones autonómicas resultan más acordes a la evolución actual del concepto de potestad conjunta, tal y como está sucediendo en diversos ordenamientos europeos¹⁷⁹. Se incide en la nota de que el modelo de guarda y custodia compartida de los menores atiende a un reparto temporal de los derechos y responsabilidades parentales para con los hijos, dejando a un lado la connotación de empoderamiento de uno de los progenitores derivada del régimen de custodia monoparental.

Constituye una nota diferenciadora en relación con la normativa estatal, la preocupación de los legisladores autonómicos por regular detalladamente la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, la determinación de la pensión de alimentos o el análisis de los gastos ordinarios u extraordinarios a cargo de los progenitores. Asimismo, se apela con carácter general a la mediación familiar¹⁸⁰ como un instrumento necesario para favorecer el acuerdo, evitar la litigiosidad de la ruptura y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura¹⁸¹.

La promulgación de las regulaciones autonómicas constituye un interesante punto de partida para la reforma del Código Civil a efectos de actualizar la normativa en materia de custodia compartida. Pese a ello, considero que la técnica legislativa empleada por Aragón y Valencia no resulta la más adecuada¹⁸². Establecer el modelo de custodia compartida con carácter prioritario,

¹⁷⁸Art. 233.2 del Libro II del Código Civil de Cataluña.

¹⁷⁹La opción escogida por los legisladores autonómicos concuerda con la adoptada por otras legislaciones extranjeras, como las de Francia, Inglaterra, Estados Unidos, Italia o Alemania, en las cuales se ha potenciado la objetivación de la actuación judicial hacia la custodia compartida. A título de ejemplo, cabe citar el art. 155.2 del Código Civil italiano, el cual tras la reforma llevada a cabo por la Ley nº 54 de 8 de febrero de 2006, establece que el juez debe valorar prioritariamente la posibilidad de que los hijos menores permanezcan bajo el cuidado de ambos progenitores. Circunstancia similar ocurre en Francia, donde el art. 372.2 del Código civil establece que: *“Tanto el padre como la madre deberán tener relaciones personales con el niño y respetar los vínculos de éste con el otro progenitor”*.

¹⁸⁰En la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 también se hace referencia a la mediación familiar cuando indica *“Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral”*.

¹⁸¹Art. 4 de la Ley aragonesa; Art. 2 de la Ley navarra; Art. 233-6 del Libro II del Código Civil de Cataluña;

¹⁸²*“La verdadera finalidad de la Ley, aunque no esté explicitada en su articulado, es la de promover la implantación de regímenes de custodia compartida en los casos de ruptura de convivencia de los padres (...) Trasladando conceptos con los que se opera en el ámbito del derecho penal o social, el principio vendría a ser «in dubio pro custodia compartida». De no existir en el caso concreto planteado, hechos o circunstancias que muestren la custodia individual como el régimen de guarda más conveniente para el menor, el Juez debe establecer un sistema de custodia compartida. No en*

facilitando ampliamente la actuación judicial hacia esta dirección y dificultando el establecimiento de una custodia individual¹⁸³ constituye una presunción legal de que un régimen jurídico es mejor que otro¹⁸⁴.

La jurisprudencia¹⁸⁵ entiende que no se puede hacer *tabula rasa* en este tipo de procesos¹⁸⁶, fomentando una medida única para prácticamente todos los supuestos dejando escaso margen para la capacidad de maniobra del juzgador. El operador jurídico ha de precisar en todo caso qué régimen se adhiere mejor a las necesidades de cada menor. Para ello, habrá de atender a diversas cuestiones metajurídicas que faciliten la motivación de la decisión judicial. En ambas legislaciones, parece “criminalizarse” la custodia individual, desatendiendo la circunstancia de que, pese a que este modelo no cumpla con los objetivos de la custodia compartida, puede resultar en determinados casos ser la más beneficiosa para el menor¹⁸⁷. El afán excesivo por un tratamiento igualitario de los menores puede desencadenar en medidas no acordes con el verdadero interés de la familia, en todo caso amparadas por una norma excesivamente impositiva.

vano, la Ley ordena al Juez que, en defecto de pacto, adopte de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos”. GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. “Análisis crítico de las medidas judiciales...” op.cit. Pág. 2

¹⁸³STSJ de Aragón de 24 de julio de 2012 (RJ 2012/8812): “El criterio establecido por el legislador aragonés respecto a la guarda y custodia de los hijos es el de otorgar preferencia a la custodia compartida, que el juez adoptará en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente. Así lo establece el art. 80.2 del CDA, que ordena atender a los factores referidos en la norma”.

¹⁸⁴GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. “Análisis crítico de las medidas judiciales...” op.cit. Pag. 2 Considera que ya que la Ley presume, *iuris tantum*, tanto la bondad del sistema de custodia compartida, como que, en abstracto, este sistema es preferente y debe prevalecer sobre el de custodia individual, el Juzgador “no deberá esforzarse en razonar que la custodia compartida es el régimen de guarda más beneficioso para el menor en el caso concreto suscitado”

¹⁸⁵La SAP de Girona de 13 de octubre de 2009 (JUR 2010/205) reconoce que “no puede afirmarse que la custodia compartida constituya una solución única que valga para todos, sin perjuicio de lege ferenda pudiera construirse en el futuro como una solución preferencial, como viene haciéndose en otros países de nuestro entorno, aunque tampoco puede afirmarse que dicha solución radique en el sistema de la custodia monoparental acompañado de un régimen de visitas más o menos amplio”.

¹⁸⁶Prueba de ello son las restricciones existentes para su concesión. El art. 5.5 de la Ley aragonesa indica que “Las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurren causas o circunstancias relevantes. En particular, cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor, se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado en la propia Sentencia, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida.”

¹⁸⁷La jurisprudencia insiste en que, pese al modelo legal vigente, la atribución de la custodia compartida no ha de revestir carácter automático. En este sentido, la sentencia de 29 de marzo de 2011 de la Audiencia Provincial de Zaragoza (AC 2011/481) establece que “la entrada en vigor de la Ley 2/2010 de Igualdad en las Relaciones Familiares, presidida por el principio básico del interés superior del menor (art. 2.2º), establece un sistema de preferencia legal por la custodia compartida de los hijos por ambos progenitores (art. 6.2º), opción de política legislativa que cede a favor de la custodia individual cuando ésta se estime más conveniente para los mismos”. A su vez, se resalta el carácter necesariamente casuístico de este tipo de procesos, recordando acertadamente que “Ello determina la exclusión de la aplicación automática de tal medida, y el necesario análisis de las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto”. (FJ 4)

Es por esta razón por la que resulta más conveniente que la nueva ley estatal en materia de custodia compartida siga los pasos ya dados por la legislaciones navarra y catalana¹⁸⁸. La característica común versa en la mayor discrecionalidad de la que goza el operador jurídico a la hora de otorgar uno u otro modelo de guarda, atendiendo siempre al interés del menor¹⁸⁹. Los progenitores podrán articular el reparto de sus responsabilidades parentales en torno al “plan de parentalidad” (art. 233-9), que como se define en el Preámbulo de la norma catalana, constituye “un instrumento para concretar la forma en que ambos progenitores piensan ejercer las responsabilidades parentales, en el que se detallan los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos”, el cual queda sujeto a su posterior aprobación judicial.

Además de regular la concesión del régimen de custodia de una manera objetiva y velando siempre por el interés del menor, el legislador catalán ha desarrollado de una manera muy detallada las consecuencias patrimoniales de la ruptura conyugal que cuentan con repercusión directa en la guarda de los menores¹⁹⁰. Como veremos a continuación, el legislador catalán se aparta del régimen jurídico estatal en materia de atribución del uso de la vivienda familiar¹⁹¹, estableciendo nuevos criterios en aras de satisfacer el interés de los menores, así como el de sus progenitores, especialmente en situaciones de complejidad económica¹⁹².

¹⁸⁸PARDILLO HERNÁNDEZ, A, *op.cit.* Pág. 9, considera que la determinación de la preferencia del sistema de custodia compartida sí conlleva una consecuencia práctica dirigida al juzgador, lo que genera la obligación de razonar suficientemente la decisión que se aparte del criterio preferencial.

¹⁸⁹Así se pone expresamente de manifiesto en el art.3 de la Ley navarra, así como en el art. 233-8.3 del Código catalán.

¹⁹⁰A título de ejemplo, el art. 233-2.2 determina que, entre las medidas que ha de contener el convenio regulador, ha de constar, además del plan de parentalidad (art. 233-9) y el régimen de relaciones personales con los abuelos y hermanos, si procede, una determinación detallada de los alimentos que deben prestarles, distinguiendo entre las necesidades ordinarias como las extraordinarias, con indicación expresa de su periodicidad, modalidad de pago, criterios de actualización y, si lo han previsto, garantías. Esta preocupación por los efectos económicos de la ruptura se aprecia a lo largo de todo su articulado. Vid. Capítulo III, Sección tercera, *Prestación compensatoria* (arts. 233-14 a 233-19); Sección cuarta, *Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar* (arts. 233-20 a 233-25); Capítulo VI, Sección Tercera, *El contenido de la potestad parental* (arts. 236-17 a 236-31); Capítulo VII, *Alimentos de origen familiar* (237-1 a 237-14).

¹⁹¹STSJ de Cataluña de 3 de diciembre de 2009 (RJ 2010/1438) explica que el nuevo libro II de CCCat regula el asunto con una mayor flexibilidad en la prestación de otras posibilidades como la subrogación del hogar familiar por otras o su cambio por un incremento de la prestación económica, siempre que se cubran perfectamente las necesidades de los menores y del otro cónyuge. En caso de desacuerdo, se mantiene como regla general la concesión preferencial de vivienda unifamiliar en el guarda de los niños cónyuge durante este (art. 233-20.2 y 4). En igual sentido, SSTSJC de 22 de septiembre de 2009 (RJ 2009/5629), 22 de abril de 2010 (RJ 2010/3623), 4 de abril de 2011 (RJ 2011/4622), entre otras.

¹⁹²Sin perjuicio de las novedades establecidas asimismo al efecto por las restantes legislaciones autonómicas. GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. “*A vueltas con el uso...*” *op.cit.* Pág. 13

IV. VIVIENDA FAMILIAR.

I. Contexto actual.

En los últimos años, uno de los sectores del ordenamiento jurídico que ha protagonizado mayores modificaciones es el Derecho de la Familia y el de la Persona¹⁹³. Dicha circunstancia obedece a una transformación sustancial de los roles de actuación y de convivencia en el seno de la población española¹⁹⁴. Actualmente, nos encontramos ante una sociedad cambiante, plural y más europea, lo que necesariamente se traduce en la modificación del marco legislativo vigente¹⁹⁵.

En el tema que nos ocupa, la cuestión que se suscita se basa en determinar si el régimen jurídico que prevé el art. 96 CC, en materia de uso de la vivienda familiar, satisface las necesidades de la familia española actual o bien, por el contrario, constituye un régimen jurídico desfasado y/o con carencias legislativas que dificultan su aplicación por parte del operador jurídico¹⁹⁶.

Los procedimientos matrimoniales en los que concurren hijos menores exigen, necesariamente, el pronunciamiento en materia de atribución del uso de la vivienda familiar en aras de salvaguardar el derecho de habitación de los menores. Con la incorporación de la custodia compartida al ordenamiento estatal, se ha puesto de manifiesto la imposibilidad de mantener la aplicación del art. 96.1 CC a la hora de dilucidar la controversia del uso de la vivienda familiar¹⁹⁷.

¹⁹³CERVILLA GARZÓN, M.D, “*El derecho a usar la vivienda familiar en las recientes reformas del derecho de familia*” (págs. 79-126) En: La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005), Marcial Pons, Madrid, 2007, Pág. 80

¹⁹⁴Se explica perfectamente dicha cuestión en el FJ 3.1 de la SAP de Barcelona, de 20 de febrero de 2007 (JUR 2007/101427).

¹⁹⁵Esta nueva regulación se integra, respectivamente, por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.(BOE-A-2003-21338); la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE-A-2006-21990); Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (BOE-A-2007-22438).la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE-A-2005-11364) y la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE-A-2005- 24458)

¹⁹⁶¹⁹⁶CUENA CASAS, M. “*El régimen jurídico de la vivienda familiar*”. En: Tratado de Derecho de la Familia. Coord. CUENA CASAS, M.; YZQUIERDO TOLSADA, M., Thomson-Aranzadi, 2011, Pág. 279; IVARS RUÍZ, J. *op.cit.* Pág. 40; GARCÍA RUBIO, M.P.; OTERO CRESPO, M. *op.cit.* Pág. 104.; GONZÁLEZ DEL POZO, J.P “*A vueltas con el uso...*” *op.cit.* Págs. 3 y 4; ROMERO COLOMA, M.A. *op.cit.* Pág. 184.

¹⁹⁷En Italia, se aboga por establecer una valoración judicial prioritaria del cuidado compartido de los hijos (Ley de 2006) El art. 155.2 del Cód. Civil italiano establece que el juez debe valorar prioritariamente la posibilidad de que los hijos menores permanezcan bajo el cuidado de ambos progenitores.

Dicha circunstancia ha obligado a adoptar una solución *ad hoc* para estos supuestos, basada en la aplicación analógica del art. 96 párr. 2 CC y los criterios articulados por vía jurisprudencial¹⁹⁸.

Como veremos, la evolución jurisprudencial de los últimos años ha traído consigo una nueva concepción de este derecho de uso de la vivienda, circunstancia que se ha visto agudizada ante un contexto económico convulso. La asociación de la titularidad de la custodia de los menores y el uso de la vivienda familiar, mantenida por el legislador desde el año 1981, ha traído consigo numerosas situaciones de fuerte conflictividad social, así como un importante desequilibrio de los derechos patrimoniales de los cónyuges¹⁹⁹. En este sentido, analizaremos las soluciones que los legisladores autonómicos, así como la jurisprudencia de los últimos años han consagrado a efectos de mermar el empoderamiento económico del cónyuge beneficiario del uso de la vivienda familiar, en detrimento de los intereses económicos y/o facultades dominicales del otro cónyuge²⁰⁰.

2. Concepto y protección de la vivienda familiar.

La vivienda familiar constituye la sede física donde el núcleo familiar desarrolla su vida íntima y personal²⁰¹. El legislador es consciente de la importancia que reviste la vivienda, razón por la cual ofrece protección jurídica de la misma en distintos órdenes²⁰². Desde una perspectiva jurídico civil, podemos definir la vivienda familiar como el lugar de residencia habitual de los

En Francia, se establece como regla general la continuación de la autoridad parental después del divorcio, llegando incluso a imponer la *résidence alternée* aun cuando ninguno de los progenitores esté de acuerdo. (Ley de 2002). el art. 313.2.9 del Código civil francés enumera la posibilidad de acordar la residencia alterna del menor en el domicilio de cada uno de los padres. Después prevé que esta figura sea introducida sin el acuerdo de los padres pero solo con carácter temporal, con el objetivo de valorar su funcionalidad

¹⁹⁸MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. *op.cit.* Pág. 7.

¹⁹⁹ RODRÍGUEZ CHACÓN, R. “*El derecho de uso sobre la vivienda, fuente de conflictividad. Causas y remedios*” La conflictividad en los procesos familiares. Vías jurídicas para su reducción” (págs. 117-152) Asociación Española de Abogados de Familia (ISBN 84-9772-241-8) Dykinson, Madrid, 2004, Pág. 118 y ss.

²⁰⁰ BERMÚDEZ BALLESTEROS, M.S. “*Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial*”. Aranzadi Civil-Mercantil num. 2/2001 (BIB 2001/324). Pamplona, 2001. Pág. 7

²⁰¹ESPIAU ESPIAU, S. “*La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*”, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992, Pág. 25, entiende que la vivienda familiar es lugar donde habitual y tendencialmente se localiza conjuntamente a ambos cónyuges y se ejerce la relación jurídica existente entre ellos, cumpliendo con los derechos y obligaciones derivados del matrimonio, entre los que se encuentra el deber de convivencia.

²⁰²MARTÍN MELÉNDEZ, M.T. “*Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96, P.1, 2 y 3 CC). Teoría y práctica jurisprudencial.*” Edit. Aranzadi, Pamplona, 2005. Pág. 17.

cónyuges en el que ejercen sus derechos y cumplen sus obligaciones, tanto las patrimoniales como las derivadas del matrimonio, en especial, el deber de convivencia derivado del art. 68 CC²⁰³.

En el ordenamiento jurídico-civil no existe un régimen jurídico específico de protección de la vivienda familiar en su conjunto²⁰⁴. Actualmente, la normativa que tutela la protección de la vivienda familiar oscila en función de si nos encontramos ante un supuesto de normalidad matrimonial o ante una crisis conyugal²⁰⁵. El germen de dicha protección se sostiene en la restricción de la facultad de cualquiera de los cónyuges de disponer libremente de la vivienda familiar, a efectos de proteger la estabilidad del núcleo familiar²⁰⁶. Pero dicho régimen de protección, el cual presenta una mayor virtualidad en los supuestos de crisis matrimonial, se ha manifestado notablemente insuficiente en un contexto de crisis económica como el actual²⁰⁷.

El primer problema ante el que nos enfrentamos versa en determinar qué se entiende por vivienda familiar, dada la ausencia de una definición de la misma en el Código Civil²⁰⁸. La doctrina trata de esclarecer dicha cuestión en base a una interpretación sistemática de los artículos 40 CC y

²⁰³MORENO VELASCO, V. “*La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores*” Diario La Ley, Nº 7843, Sección Tribuna, Edit. LA LEY, Abril, 2012, Pág. 1

²⁰⁴Como indica MARTÍN MELÉNDEZ, M.T. *op.cit.* Pág. 20. La vivienda adolece de reconocimiento jurídico en diversos ámbitos del Derecho, como es el penal, el administrativo o el constitucional, entre otros. Desde el punto de vista civil, y vista la importancia que venimos analizando de la institución familiar en el ordenamiento jurídico español, no es de extrañar la existencia de normas que atribuyen un régimen especial a la vivienda familiar. En este sentido fueron fundamentales, por un lado, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en virtud de la cual se modifica la regulación del régimen económico matrimonial, estableciendo especial mención a la vivienda familiar en base los artículos 1320, 1357.2 y 1406 CC. Por otro lado, la Ley 30/1981, de 7 de julio, contribuyó también a la formulación de este estatuto especial de la vivienda al regular los efectos comunes a los distintos supuestos de crisis conyugal, haciendo mención al efecto de los artículos 91, 96, 103 y, por remisión, 104 CC.

²⁰⁵STS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994\10330): “*Nuestro ordenamiento jurídico civil protege la vivienda familiar, tanto en situación normal del matrimonio como en los estados de crisis, separación o divorcio. Esta protección se manifiesta en primer lugar creando el concepto de vivienda familiar al que se refieren los artículos 87, 90.B), 91, 96 y 103.2 del Código Civil; bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario*”. Por su parte, la STS de de 18 de octubre del mismo año (RJ 1994/7722) determinó que este tipo de viviendas “*han de configurarse como medio patrimonial que cumple la continuidad de la vida familiar aunque fragmentada, pero con predominio tutelador de los intereses de los hijos matrimoniales*”.

²⁰⁶En caso de que el título de ocupación de la vivienda familiar sea el de arrendamiento, la protección jurídica de la misma se atiene a lo dispuesto en el art. 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

²⁰⁷CUENA CASAS, M. “*La insolvencia familiar: ejecución universal sobre el patrimonio familiar*”. EN: “El derecho privado en contextos de crisis”. Cuadernos de Derecho judicial. Consejo General del Poder Judicial. (Págs. 203-297), Madrid, 2009, Pág. 213

²⁰⁸CUENA CASAS, M, “*El régimen jurídico...*” *op.cit.* Pág. 280 y ss; MORENO VELASCO, V. “*La atribución del uso...*” *op.cit.* Pág. 1, el Código Civil alude a los conceptos de «vivienda familiar», «vivienda habitual» o «vivienda donde tiene la residencia habitual», los cuales hacen referencia al mismo concepto, si bien no existe una definición concreta del mismo (vid. arts. 90.B, 91, 96, 103.2.^a, 1320 y 1406.4.^a CC).

70 CC. En el primer precepto se opta por un criterio de habitualidad, entendiendo que el domicilio a efectos civiles consiste en el lugar de residencia habitual de las personas naturales. Por su parte, el art. 70 CC determina que *“Los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia”*. En los supuestos en los que la familia sólo posea una vivienda en propiedad, la problemática en torno a qué se ha de considerar por vivienda familiar se disipa. La cuestión se suscita en los supuestos en los que existen dos o más viviendas, en la medida en la que solo la vivienda que sea calificada como familiar resulta merecedora del régimen de protección previsto. Consecuentemente, las segundas residencias no serán objeto de dicha protección²⁰⁹.

Como indica CUENA CASAS, el legislador no ha introducido un criterio que permita objetivar el concepto de “vivienda familiar”, lo que deja en poder de los cónyuges la posibilidad de determinarlo²¹⁰. Dicha circunstancia reviste una importancia fundamental a efectos de protección jurídica de la vivienda frente a los intereses de terceros. La concreción de la vivienda familiar no puede basarse en la mera residencia habitual efectiva de los cónyuges en el inmueble, ya que la dificultad probatoria de dicha circunstancia, basada en elementos esencialmente fácticos, impediría la inscripción de esta cualidad de la vivienda en el Registro de la Propiedad, obstaculizando la aplicación del régimen jurídico de protección previsto. Por esta razón, la determinación de la vivienda familiar ha de girar en torno al acuerdo común de la pareja de fijar su domicilio en un determinado inmueble²¹¹. De esta manera, y con independencia de que la residencia habitual de la familia se realice en el mismo, se facilita la localización objetiva de la vivienda familiar a efectos jurídico-civiles, lo que ostenta una importancia fundamental.

Como ya hemos adelantado, el ordenamiento prevé una protección diversa de la vivienda familiar en función de si concurre una situación de normalidad o de crisis matrimonial. En el primer caso, resulta de aplicación el régimen jurídico previsto en el art. 1320 CC: *Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su*

²⁰⁹CUENA CASAS, M. *“El régimen jurídico...”* Pág. 284 y ss; DOMÍNGUEZ MARTINEZ, P. *“La protección de la vivienda familiar en situación de normal matrimonio en el ordenamiento jurídico civil”*. Aranzadi Civil-Mercantil num. 4/2012 BIB 2012\1018) Aranzadi, 2012, pág. 5.; MORENO VELASCO, V. *“La atribución del uso...” op.cit.* Pág. 4; GIL MEMBRADO, C. *“La vivienda familiar”*, Colección Familia y Derecho. Edit. Reus, Madrid, 2013, Pág. 21.

²¹⁰CUENA CASAS, M, *“El régimen jurídico...” op.cit.* Pág. 281.

²¹¹DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P. *op.cit.* Pág. 3; MARTÍN MELÉNDEZ, M.T. *op.cit.* Pág. 42.

caso, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”.

El régimen de protección se basa en impedir que la estabilidad del núcleo familiar quede al arbitrio del cónyuge titular dominical de la vivienda, cuando ésta reviste el carácter de vivienda familiar²¹². En este sentido, se prevé que a la hora de disponer de la vivienda familiar, con independencia de la titularidad de la misma, se precise del consentimiento de ambos cónyuges. En los supuestos de vivienda ganancial o de comunidad pro-indiviso, el consentimiento de ambos cónyuges para poder disponer de la vivienda resulta exigible en todo caso. De lo contrario, el título de disposición sería válido pero ineficaz, de manera que no se produciría la traslación del dominio de la misma. Es en el caso de que la vivienda familiar sea propiedad privativa de uno de los cónyuges donde se altera la teoría general en materia de traslación de la propiedad. El cónyuge titular de la vivienda precisará del asentimiento del otro cónyuge para poder disponer de ésta. De lo contrario, dicho negocio jurídico resultaría anulable²¹³.

El ordenamiento jurídico otorga al cónyuge no propietario una facultad de restricción de la traslación de la propiedad²¹⁴. Si no consta su asentimiento en la operación de compraventa, puede llevar a cabo la anulación del contrato. Sin embargo, la consecuencia jurídica es distinta en caso de que la misma operación se realice en un supuesto de crisis conyugal. En este caso, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 96 CC, el cual determina lo siguiente: *“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario*

²¹²En caso de que el título de ocupación de la vivienda familiar sea el de arrendamiento, la protección jurídica de la misma se atiene a lo dispuesto en el art. 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, la cual se extiende a las parejas de hecho.

²¹³CUENA CASAS, M. *“El régimen jurídico...” op.cit.* Pág. 300, se hace referencia a la necesidad de asentimiento, y no de consentimiento. Cabe recordar que dicho cónyuge no es propietario, razón por la cual tampoco será parte contractual en la operación de disposición de la vivienda, sin perjuicio de su necesario conocimiento y aprobación de la misma a efectos de evitar su impugnación.

²¹⁴La legislación catalana prevé un régimen de protección homólogo. Así, en su art. 231-9 prevé que con independencia del régimen económico matrimonial aplicable, el cónyuge titular, sin el consentimiento del otro, no puede hacer acto alguno de enajenación, gravamen o, en general, disposición de su derecho sobre la vivienda familiar que comprometa su uso, aunque se refiera a cuotas indivisas. Este consentimiento no puede excluirse por pacto ni otorgar con carácter general. Pese a ello, la autoridad judicial puede autorizar el acto si faltase el consentimiento, teniendo en cuenta el interés de la familia, así como si se da otra justa causa (apartado 1). En caso de que uno de los cónyuges dispusiese de la vivienda sin dicho consentimiento o autorización es anulable, a instancia del otro cónyuge, si vive en la misma vivienda, en el plazo de cuatro años desde que tiene conocimiento de él o desde que se inscribe el acto en el Registro de la Propiedad (apartado 2). El acto mantiene la eficacia si el adquirente actúa de buena fe y a título oneroso y, además, el titular ha manifestado que el inmueble no tiene la condición de vivienda familiar, aunque sea una manifestación inexacta. No existe buena fe si el adquirente conocía o podía razonablemente conocer en el momento de la adquisición la condición de la vivienda. En cualquier caso, el cónyuge que ha dispuesto de ella responde de los perjuicios que haya causado (apartado 3).

en ella corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden (...) Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”.

El art. 96 CC otorga al cónyuge custodio un derecho de uso de constitución judicial sobre la vivienda familiar²¹⁵. Una de las características fundamentales de dicho derecho es que nos encontramos ante un derecho de naturaleza discutida, que se comporta como un derecho real, inscribible en el Registro de la Propiedad. El ordenamiento jurídico ya no otorga al cónyuge no titular la potestad de restringir la facultad dispositiva del titular de la vivienda, sino que ahora le otorga un derecho oponible *erga omnes* tras su inscripción en el Registro de la Propiedad²¹⁶.

A la hora de abordar la naturaleza jurídica de este derecho, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia existe unanimidad al respecto²¹⁷. En ocasiones ha sido calificado como un derecho real atípico, en la medida en la que carece de una regulación jurídica expresa, que cuenta con posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad²¹⁸. En otras, se ha negado su carácter real,

²¹⁵Con respecto a las parejas no casadas, resulta asimismo de aplicación el art. 96 CC en caso de ruptura de la convivencia. Así, la SAP de Salamanca de 1995 (AC 1995/1200) argumenta que *“No existe en el ordenamiento jurídico español un régimen jurídico específico de protección de la vivienda familiar en su conjunto. Actualmente, la normativa que tutela la protección de la vivienda familiar es distinta en función de si nos encontramos ante un supuesto de normalidad matrimonial o ante una crisis conyugal, gozando, en este último caso, de una mayor protección jurídica”*.

²¹⁶STS de 31 de diciembre de 1993 (RJ 1994/10330): *“el artículo 96.4 aunque excluya la aplicación del artículo 1320.2.º, en cualquier caso proporciona una protección de la vivienda familiar, atribuida a uno de los cónyuges en bien propiedad del otro, de carácter absoluto, ejercitable «erga omnes» pero limitada a que subsista la ocupación durante todo el tiempo que disponga el Juez de familia que aprobó el convenio, que no impide la enajenación compatible con el uso, una vez disuelto el matrimonio . Serán, en su caso, los adquirentes los que valorarán la incidencia del uso atribuido en el consentimiento, por ellos prestado, en el contrato de adquisición”*

²¹⁷CUENA CASAS, M *“El régimen jurídico...” op.cit.* Pág. 349 y ss.

²¹⁸STS de 14 de enero de 2010 (RJ 2010/2323) caracteriza el derecho de uso de la vivienda familiar del siguiente modo: *“De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad RDGRN de 10 de octubre de 2008”*. Por su parte, en la reciente STS de 21 de mayo de 2012 (RJ 2012/6532) se establece que: *“La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de la titularidad acordada entre quienes son sus propietarios”*.

calificándolo como un derecho “de carácter familiar” o derecho consistente en un mero derecho de habitación que integra el concepto de alimentos de los hijos menores comunes²¹⁹.

La posibilidad de inscripción de este derecho en el Registro de la Propiedad determina una diferencia sustancial de la protección de la vivienda con respecto a los supuestos de normalidad matrimonial. Así, en aplicación del párrafo II del art. 1320 CC comprobamos que en caso de que el cónyuge propietario omita el carácter familiar de la vivienda, esta manifestación no perjudica los intereses del tercer adquirente. Como ya hemos indicado, la falta de objetivación del concepto de vivienda familiar restringe la posibilidad de inscripción de tal nota en el Registro de la Propiedad.

En el supuesto del que el carácter familiar de la vivienda no constase en el Registro, el cónyuge titular privativo de la vivienda que figure inscrita, podría disponer de la vivienda, asegurándole al tercer adquirente la falta de carácter familiar de la misma²²⁰. En este sentido, el art. 91.1 del Reglamento Hipotecario (en adelante, RH) establece que: “*Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter*”. Pese a la falta del asentimiento del otro cónyuge, la mera manifestación errónea del disponente, legalmente amparada, permite desvirtuar el régimen de protección de la vivienda en supuesto de normalidad matrimonial. La buena fe del tercero puede bloquear la acción de nulidad que el ordenamiento otorga al cónyuge no titular. En este caso, CUENA CASAS considera que dada la diligencia mínima que debe emplear todo adquirente, la mera posesión de la vivienda por el núcleo familiar al tiempo de la compra constituye un indicio del carácter familiar de la misma, lo que destruiría la presunción de que el adquirente desconocía de buena fe dicho carácter²²¹.

Sin embargo, en caso de disposición de una vivienda familiar gravada por un derecho de uso de constitución judicial, la falta de consentimiento del cónyuge no titular no restringe la facultad dispositiva de su titular y ello a pesar del tenor literal del art. 96.4 CC. En este caso, el consentimiento no se requiere para facultar al titular a la hora de disponer de la vivienda, sino que el mismo es necesario para poder disponer de la misma libre de cargas. El derecho de uso otorgado al cónyuge custodio y que haya sido inscrito en el Registro de la Propiedad ha de ser en todo caso

²¹⁹SALAZAR BORT, S. “*La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*”. Amplio Estudio Jurisprudencial. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 56.

²²⁰CUENA CASAS, M. “*El régimen jurídico...*”. *op.cit.* Pág. 324.

²²¹*Ibidem.* Pág. 326

respetado. En este supuesto, la inscripción registral del derecho de uso, pese a no constar el carácter familiar de la vivienda, destruye la presunción de buena fe registral del tercer adquirente. Se produce la traslación de dominio de la vivienda, pero el cónyuge custodio y los hijos menores continúan residiendo en la misma²²².

Como hemos tenido ocasión de apuntar, este régimen jurídico bicéfalo de protección de la vivienda familiar se proyecta con especial singularidad en un contexto de crisis económica. Actualmente, las situaciones de insolvencia de las personas físicas, motivado por un sobreendeudamiento de las familias españolas y un protagonismo claro del desempleo, han dado lugar a que las ejecuciones hipotecarias y los desahucios se multipliquen diariamente²²³.

El art. 144.5 del Reglamento Hipotecario dispone que cuando la Ley exige el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constase en el Registro, se precisará la notificación del embargo al cónyuge del titular embargado o bien que del mandamiento judicial resulte que la vivienda carece de carácter familiar. Sólo así cabrá la anotación del embargo de la vivienda habitual titularidad del cónyuge insolvente²²⁴. La única posibilidad que se le brinda al cónyuge del titular embargado es que se le notifique dicho embargo a efectos de hacer frente a la deuda de su cónyuge, evitando así el embargo. Notificación que sólo se realizará en caso de que el carácter familiar de la vivienda constase en el Registro.

²²²No faltan autores que consideran que este derecho de uso de constitución judicial carece de carácter real, lo que conlleva que los intereses del tercer adquirente merezcan una protección diversa. En este sentido, CUENA CASAS, M. “*El régimen jurídico...*” *op.cit.* Pág. 351, argumenta que quienes consideran que este derecho de uso constituye una restricción a la libre disposición de la vivienda por el cónyuge titular, de manera homóloga al art. 1320.2 CC, determinan que ante la falta de consentimiento del cónyuge usuario, el contrato celebrado resultaría anulable (*cf.* GARCÍA CANTERO, G, “Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, t.II, Madrid, 1982, p.445; GORDILLO CAÑAS, A, “La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del derecho de familia”, ADC 1982, p. 1155, entre otros). El adquirente no podría ampararse en la protección que brinda el art. 34 LH, por no reunir la condición de tercero, siendo aplicable el art. 33 LH. Por su parte, otros autores conceptúan este uso de la vivienda sobre la necesidad prioritaria de proteger el interés familiar, desposeyendo cualquier tipo de protección de los terceros adquirentes (*cf.* ACHON BRUNEN, *La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges*, UNED, Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 28, 2006, p. 46 o LUCINI CASALES, A, *La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado*, RCDI,nº 596, 1990, p. 113, entre otros). De esta suerte, únicamente resultarían protegidos los subadquirentes ex art. 34 LH. Resulta más lógico considerar que este derecho de uso opera como un verdadero derecho real, de suerte que, ante la ausencia del consentimiento del cónyuge beneficiario, no se restringe la facultad de disposición del titular, sino que se mantiene el derecho que grava la vivienda y que, pese a la traslación de dominio de la misma, ha de ser respetado.

²²³CUENA CASAS, M. “*La insolvencia familiar...*” *op.cit.* Págs. 206-9.

²²⁴*Ibidem.* Págs. 228 y ss.

En caso de crisis matrimonial, el uso atribuido al cónyuge no titular de la vivienda por resolución judicial puede ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad. Una vez inscrito, y siempre que haya sido realizado con anterioridad a la anotación de embargo, se salvaguarda el derecho de posesión de la vivienda por el cónyuge beneficiario y los hijos, pese a que la ejecución de la vivienda no se vea paralizada. La diferencia de protección jurídica en uno y otro caso resulta evidente. La protección jurídica que el ordenamiento brinda a la vivienda familiar, impidiendo la disposición de la misma por la mera voluntad de uno de los cónyuges, se desvanece ante un supuesto de ejecución forzosa de la vivienda.

La vivienda familiar no constituye un bien inembargable²²⁵. Ante la generalización de los supuestos de insolvencia de alguno de los cónyuges como consecuencia del cese de su actuación profesional, entre otros motivos, la vivienda constituye un activo de la familia que responde frente a los acreedores de dichas deudas. La vigente Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal no prevé ningún tipo de medida que evite el embargo de dicha vivienda a la hora de saldar la responsabilidad patrimonial del deudor frente a sus acreedores. Ante dicha situación, la única solución que permite mantener a uno de los cónyuges en posesión de la misma radica en la protección que emana el derecho de uso de constitución judicial derivado del art. 96 CC²²⁶.

El pasado 28 de julio de 2013, el Gobierno aprobó la remisión a las Cortes Generales del “*Proyecto de ley de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización*”. Entre las medidas que contempla, se regula la figura del “Emprendedor de Responsabilidad Limitada”, al que favorece con la declaración de inembargabilidad de su vivienda siempre que cumpla con una serie de requisitos. En este sentido, el legislador protege la vivienda habitual de las deudas derivadas de la actividad profesional de dicho empresario, a excepción de las deudas de derecho público, siempre que dicha vivienda posea un valor superior a 300.000 euros y que dicha no afectación se inscriba en el Registro de la Propiedad y en el Registro Mercantil²²⁷. Esta medida, aunque beneficiosa, continúa estando muy distante en materia de protección de la vivienda de la que dispensan otros ordenamientos

²²⁵*Ibid.* Pág. 210, señala que en otros ordenamientos europeos la vivienda familiar goza de una mayor protección jurídica al no ser objeto de embargo. Como ejemplo, en Italia la vivienda se encuadra en el denominado *fondo patrimonial*, un patrimonio creado voluntariamente por los cónyuges que no responde de las deudas que hubiesen sido asumidas por uno solo de los ellos en atención de las necesidades de la familia.

²²⁶*Ibidem.* Pág. 233. Si bien es cierto que dicha protección no emana en el supuesto de ejecución hipotecaria, cuando la constitución de la hipoteca ha tenido lugar con anterioridad a la crisis conyugal y, por consiguiente, a la constitución del derecho de uso.

²²⁷ CUENA CASAS, M. “*No hay segunda oportunidad para los que menos tienen*”, disponible en <<http://www.elnotario.es/index.php/opinion/57-no-hay-segunda-oportunidad-para-el-que-menos-tiene>>

Europeos²²⁸. A su vez, se reforma el art. 178.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, a efectos de permitir que quepa la liberación de los créditos impagados al final del concurso de las personas físicas, para tratar de mermar el agravio que supone la actual regulación respecto de las personas jurídicas²²⁹.

3. Derecho de uso de la vivienda familiar en guarda y custodia compartida.

a) El tradicional automatismo del art. 96.1 CC. Obstáculo para la atribución de la custodia compartida.

A falta de acuerdo adoptado por los cónyuges en convenio regulador (art. 90 CC), el criterio legal para la atribución judicial de la vivienda familiar cuando existen hijos menores²³⁰ se encuentra en el art. 96.1 y 2 CC, en el cual se indica lo siguiente: *“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda 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”*.

A la hora de decidir acerca del uso de la vivienda familiar es necesario partir del “interés familiar más necesitado de protección” (art. 103 CC). Desde la redacción del art. 96 CC en el año 1981, la integración del contenido de este interés más digno de protección ha sido objeto de una interesante evolución en su aplicación por parte de los operadores jurídicos.

En origen, el Tribunal Supremo defendía una aplicación estrictamente literal del precepto²³¹, de manera que la custodia de los hijos determinaba, necesariamente, la atribución del derecho de

²²⁸ *Idem.*

²²⁹ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. “Limitación de responsabilidad, remisión de deuda y acuerdo extrajudicial de pagos en el anteproyecto de ley de Apoyo a los emprendedores”, Revista Aranzadi Doctrinal num. 5/2013 (BIB 2013\1659) Aranzadi, Pamplona, 2013, Pág. 1.

²³⁰ Con respecto a las parejas no casadas, resulta asimismo de aplicación el art. 96 CC en caso de ruptura de la convivencia. Así, la SAP de Salamanca de 1995 (AC 1995/1200) argumenta que *“No existe en el ordenamiento jurídico español un régimen jurídico específico de protección de la vivienda familiar en su conjunto. Actualmente, la normativa que tutela la protección de la vivienda familiar es distinta en función de si nos encontramos ante un supuesto de normalidad matrimonial o ante una crisis conyugal, gozando, en este último caso, de una mayor protección jurídica”*.

²³¹ El Tribunal Supremo defiende una interpretación literal del art. 96 CC al considerar que no es posible establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores, mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores que deberá a su vez ser controlado por el juez. STS de 11 de julio de 2002 (RJ 2002/7144) STS de 1 de abril (RJ 2011/3139), 14 de abril (RJ 2011/3590), 21 de junio de 2011 (RJ 2011/7325), entre otras.

uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio. No se atendían a ningún otro tipo de circunstancias concurrentes, en la medida en la que se presumía²³² que el interés superior del menor, como principio supremo en todo proceso de familia, únicamente podría verse salvaguardado manteniendo a los menores en la que hasta la fecha constituyó la vivienda conyugal²³³. En la medida en la que únicamente se reconocía la custodia monoparental como forma de guarda, la redacción dada por el art. 96.1 CC era inequívoca: el cónyuge titular de la custodia, de ordinario la madre, adquiriría un derecho de uso *per relationem*, de modo que podía ocupar la vivienda hasta la mayoría de edad de los menores o, en su caso, hasta que éstos fuesen económicamente independientes²³⁴.

La praxis judicial puso de manifiesto que el automatismo en la adopción de la medida atributiva de la vivienda unido a una interpretación exacerbada de la necesidad de protección del interés y beneficio de los hijos, estaba dando lugar a situaciones fácticas tremendamente conflictivas²³⁵. Es por ello que en el seno de la jurisprudencia menor se comenzó a realizar una interpretación sistemática del art. 96.1 CC, atendiendo también a los factores sociales²³⁶ que rodean la aplicación del precepto, sin descuidar en ningún momento que el interés que ha de verse siempre protegido es el de los menores.

Actualmente, el Tribunal Supremo continúa manteniendo que la regla general, a la luz del art. 96.1 CC, se basa en la atribución de la vivienda familiar al cónyuge en cuya compañía queden

²³² Así lo entiende PINTO ANDRADE, C. “*La atribución judicial de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad*”. Revista Jurídica de Castilla y León. Número 30. ISSN: 2254-3805. Mayo, 2013 Pág. 3, quien considera que este era el criterio generalizado de atribución, partiendo siempre de su consideración de cuestión de orden público o de *ius cogens*.

²³³ En la STS de 7 de julio de 2004 (RJ 2004/5148), el Tribunal mantiene en la vivienda familiar titularidad privativa del padre a su antigua pareja, como consecuencia de ser la progenitora custodia, pese a la voluntad de éste de abonar la renta de una nueva vivienda de iguales características y en la misma ciudad. El Tribunal Supremo justifica la medida amparándose en lo siguiente: “*En relación con la atribución del uso de la vivienda familiar tras la ruptura de la convivencia «more uxorio» y ante la falta de una regulación legal de estas uniones, dice la sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 1998 que (...) "el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho". Si esto es así con relación al conviviente, con mayor razón ha de aplicarse este principio general cuando se trata de la protección de los intereses de los hijos menores de edad*”.

²³⁴ PINTO ANDRADE, C. *op.cit.* Pág. 5

²³⁵ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P, “*A vueltas con la atribución...*” *op.cit.* Pág. 3

²³⁶ ROMERO COLOMA, M.A, “*Cónyuge enfermo y uso de la vivienda conyugal*”, Revista Aranzadi Doctrinal num. 1/2013 (BIB 2013\643), Aranzadi, 2013, realiza un análisis de diversas resoluciones de la jurisprudencia menor [SAP de Granada de 10 de octubre de 2001 (RJ 2001/330137); SAP de Huelva, de 18 de septiembre de 2001 (RJ 2001/3592); SAP de Murcia de 27 de octubre de 2003 (RJ 2003/277016), entre otras] donde se aprecia la atribución de la vivienda familiar al cónyuge no custodio al concurrir circunstancias de extrema necesidad como la incapacidad o enfermedad grave. Otras circunstancias apreciadas por la jurisprudencia son la necesidad de vivienda del cónyuge no custodio, la titularidad dominical de otra vivienda por parte del progenitor custodio, un desequilibrio económico importante entre los progenitores, etc.

los hijos menores²³⁷. Con carácter excepcional, y siempre que el derecho de habitación de los menores se encuentre garantizado, se procederá a la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no custodio cuando el interés familiar más necesitado de protección así lo exija.

En la legislación catalana, sin descuidar que el interés prevalente ha de ser el del menor, ya recoge una serie de criterios que permiten objetivar la concesión del derecho de uso atendiendo al interés del cónyuge más necesitado de protección²³⁸. Asimismo, presta atención a los intereses dominicales del cónyuge que fuese titular de la vivienda, limitando temporalmente la concesión del citado derecho²³⁹. Así, el art. 233-20 del Codi catalán determina lo siguiente:

3. *No obstante lo establecido por el apartado 2, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado en los siguientes casos:*
 - a) *Si la guarda de los hijos queda compartida o distribuida entre los progenitores.*
 - b) *Si los cónyuges no tienen hijos o estos son mayores de edad.*
 - c) *Si pese a corresponderle el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos es previsible que la necesidad del cónyuge se prolongue después de alcanzar los hijos la mayoría de edad.*
4. *Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.*

²³⁷PINTO ANDRADE, C. *op.cit.* Págs. 6-11. El hecho de que dicho interés se haya de ver necesariamente satisfecho mediante la atribución de uso de la vivienda familiar se concibe ahora como una presunción *iuris tantum*, de suerte que el interés más necesitado de protección y el interés superior del menor no han de ser necesariamente coincidentes.

²³⁸Constituye doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la siguiente interpretación del art. 83.2.b) del Codi de Família catalán: “*La limitación temporal del uso es la regla general en tales supuestos, cuando pueda preverse mediante una ponderación racional la duración de la necesidad del cónyuge más necesitado de protección y sin perjuicio de la posibilidad que a éste se reconoce de instar la prórroga del uso si llegado el momento subsistiese esa necesidad. Sólo excepcionalmente, cuando se prevea que la situación de necesidad será permanente e invariable y que se prolongará indefinidamente en el tiempo o que es altamente improbable su superación estará justificado no fijar por adelantado un plazo determinado, en el bien entendido de que si la situación de necesidad finalmente desaparece o se modifica sustancialmente, el propietario de la vivienda podrá instar igualmente la extinción del derecho de uso*”. SSTSJC de 22 de septiembre (RJ 2003/7128) y de 6 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8842), 18 y 19 de marzo de 2004 y 4 de octubre de 2006 (RJ 2007/6178).

²³⁹La legislación catalana también se aleja del rígido criterio del art. 96 CC al prever la posibilidad de sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos (art. 233-20.6 del Codi catalán). Asimismo, el art. 81.1 CDFA determina que en los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares.

5. *La atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges, en los casos de los apartados 3 y 4, debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron (...)*”.

A mi juicio, la aplicación que se está realizando del art. 96.1 CC continúa siendo excesivamente rígida. La aplicación de la norma en términos prácticamente absolutos no resulta la técnica más idónea a la hora de resolver cuestiones familiares²⁴⁰. El Tribunal Supremo defiende que la seguridad jurídica exige que el Juzgador aplique los criterios legalmente instituidos a efectos de lograr cierta previsibilidad judicial. Ahora bien, ello no se traduce en una aplicación literal de la ley como si de una operación matemática se tratase. Dado que existe un nuevo modelo de guarda legal respecto del cual no se prevén criterios de atribución del uso de la vivienda familiar²⁴¹, unido a las circunstancias adversas que protagonizan la actualidad social y económica española, considero totalmente justificado acudir a un criterio de interpretación que no se detenga en la literalidad de la ley sino que comprenda, a la luz del art. 3.1 del CC, “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas²⁴²”.

La deficiencia técnica que presenta el art. 96 CC, unido a la rigidez interpretativa del Tribunal Supremo, ha determinado que un importante sector de la doctrina civilista²⁴³ venga reclamando la urgente necesidad de modificar la actual regulación del derecho de uso contenida en el art. 96 CC para adaptarla a las actuales circunstancias socioeconómicas de la familia media española²⁴⁴. Así se

²⁴⁰PINTO ANDRADE, C. *op.cit.* Págs. 17 y ss.

²⁴¹MORENO VELASCO, V. “*La atribución del uso...*” *op.cit.* Pág. 2; ROMERO COLOMA, M.A, *op.cit.* Pág 36.

²⁴²Así lo explica la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23 de marzo de 1998 (AC 1998/410): “*ha de tenerse en cuenta que cuando el legislador afronta el problema de la atribución de uso de la vivienda familiar está pensando como principio que debe inspirar los criterios de atribución, en el “interés familiar más necesitado de protección”, como se desprende del art. 103.2ª CC. Lo que ocurre es que al abordar dicha medida en el art. 96 CC presume que ese interés se halla en los hijos del matrimonio e, indirectamente, en el cónyuge al que se confía la guarda de éstos, cuando todos los hijos se confían a un progenitor. Ahora bien, al descansar la determinación del art. 96.1 CC sobre una presunción legal, no constituye tal párrafo un obstáculo para que el uso de la vivienda familiar pueda atribuirse al cónyuge apartado de los hijos cuando, atendidas las circunstancias, su interés resulte o llegue a ser con el tiempo, incluso bajo la minoría de edad de sus hijos, el más necesitado de protección.*”

²⁴³En este sentido, MORENO VELASCO, V. y GAUDET, J. “*La problemática del uso de la vivienda familiar...*” *op.cit.* Pág. 1.; CUENA CASAS, M. “*La insolvencia familiar...*” *op.cit.* Pág. 232; GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. “*A vueltas con el uso...*” *op.cit.* Pág. 1; DELGADO DEL RÍO, G. *op.cit.* Pág. 144.

²⁴⁴ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. “*Las reformas legales que nos esperan*” EN: *Actualización del Derecho de Familia y Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2005, pág.86, hace mención a la propuesta aportada por la Asociación de Abogados de Familia en relación con una posible nueva redacción del art. 96 CC. En este sentido, en defecto de acuerdo aprobado por el Juez, se apuesta porque el uso de la vivienda familiar y el ajuar doméstico se adjudique a uno de los cónyuges con exclusión del otro, teniendo en cuenta una lista de circunstancias que han de ser valoradas conjuntamente. Entre algunas de las mismas, cabe citar: “1. *El número y circunstancias, personales y económicas, de los hijos comunes o no, menores e incapacitados encomendados a su cuidado y de los mayores con*

viene exigiendo en todos los Encuentros de Jueces y Abogados de Familia celebrados desde el año 2003 hasta la fecha se han aprobado conclusiones instando al legislador a la modificación del art. 96, en el siguiente sentido:

“2º. Hasta que se produzca la reforma legal del artículo 96 del Código Civil, se acuerda que el mismo sea interpretado de forma que: a) La asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos. b) En todo caso, la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar, en los supuestos en que proceda, se hará constar siempre con carácter temporal²⁴⁵”

b) Inexistencia de criterios legales. Aplicación analógica del art. 96.2 CC.

En materia de atribución del uso de la vivienda familiar, la Ley 15/2005, de 8 de julio no ha realizado ninguna previsión al respecto²⁴⁶. Ante la falta de criterios de atribución de la vivienda en los supuestos de custodia alterna, los jueces han de aplicar analógicamente²⁴⁷ lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 96 CC. Dicho precepto regula los supuestos de la custodia partida o repartida, que es la constituida en los supuestos en los que habiendo dos o más hijos comunes, uno o varios quedan bajo la custodia de un progenitor y los restantes bajo la custodia del otro. En estos casos, el “Juez resolverá lo procedente” sobre el uso de la vivienda y ajuar familiar²⁴⁸.

derecho a alimentos, que deciden vivir en su compañía. 2. El título en virtud del cual se ocupa la vivienda. 3. La titularidad ganancial o privativa, de uno o ambos cónyuges. 4. La existencia de alguna otra familia en dicha vivienda. 5. La disponibilidad por alguno de los cónyuges de alguna vivienda, susceptible de albergar a la familia, en la misma localidad o alrededores (...)”

²⁴⁵En este caso, la conclusión corresponde al III Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios, celebrado en el año 2008. Por su parte, en el II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia celebrado en el año 2005, se indicó que “*Hubiera sido deseable la reforma del Art. 96 CC, en el sentido de que quedara garantizado siempre el derecho de habitación del menor, sin necesidad de que se imponga con carácter rígido la atribución del uso del domicilio familiar al progenitor con el que resida*”.

²⁴⁶Al contrario de lo que ocurre en Francia. El art. 313.2.9 del Código civil francés, tras la reforma operada en el año 2002, establece como regla general la continuación de la autoridad parental después del divorcio, llegando incluso a imponer la *résidence alternée* aun cuando ninguno de los progenitores esté de acuerdo.

²⁴⁷Una de las conclusiones del II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios judiciales, determinaba que “*se procure evitar el automatismo del artículo 96 CC y que se aplique a la custodia compartida, por analogía, lo dispuesto en el art. 96.2, cuando existiendo varios hijos, unos queden bajo la guarda y custodia de un progenitor, y otro bajo la del otro*”.

²⁴⁸Cabe recordar que en Italia se daba un supuesto similar hasta el año 2006. Antes de dicha fecha, en el proceso de separación solo se contemplaba la guarda y custodia unilateral. La doctrina venía solicitando la guarda y custodia conjunta y alternativa, según los casos, llevando a cabo una interpretación amplia de los preceptos que regían esta materia y aplicando por analogía el art. 6 de la Ley del divorcio de 1987. Este precepto atribuía al tribunal la facultad de

Un sector de la doctrina considera que existe identidad de razón suficiente entre los regímenes de custodia compartida y custodia repartida, lo que justifica la aplicación analógica del art. 96 párr. 2º CC²⁴⁹. GONZÁLEZ DEL POZO entiende que si bien existen diferencias entre los dos regímenes, en ambos casos no es un único progenitor quien convive habitualmente con los hijos, sino que la guarda y custodia se ejerce por ambos progenitores y no sólo por uno de ellos. La diferencia existente radica en que, mientras que en la custodia compartida lo que se reparten son los períodos de tiempo en que cada progenitor convive habitualmente con todos los hijos menores comunes, en la guarda partida lo que se reparte o distribuye son los propios hijos, separando a los hermanos, de manera que cada uno ejercerá la custodia sobre uno o varios hijos comunes de manera indefinida o permanente²⁵⁰. El hecho de que, tanto en uno como en otro caso, la custodia no se concentre en torno a un solo progenitor determina la posibilidad recurrir a la aplicación analógica del párrafo segundo del art. 96 CC²⁵¹.

En los supuestos de custodia alterna o compartida, la titularidad de la custodia ya no opera como criterio de atribución del uso de la vivienda familiar, como ocurría en los supuestos de custodia en exclusiva (art. 96.1 CC). El apartado segundo del art. 96 CC no otorga ningún criterio objetivo, sino que se limita a otorgar al juzgador la potestad de resolver “lo procedente” atendiendo a las circunstancias concurrentes²⁵². De nuevo, nos encontramos ante otro concepto jurídico

establecer un cuidado conjunto, alternativo o unilateral según lo considerara conveniente para satisfacer el interés del menor. Tras la entrada en vigor de la Ley nº 54 de 8 de febrero de 2006 (Gazzetta Officiale nº. 50 de marzo de 2006), se ha introducido el derecho del hijo menor de mantener una relación continuada y equilibrada con ambos progenitores. Para cumplir esta finalidad, el juez atenderá exclusivamente al interés material y moral del menor, valorando siempre de forma prioritaria la posibilidad de una guarda y custodia conjunta. Como contrapartida, a la hora de otorgar una custodia exclusiva de uno de los cónyuges, el juez debe justificar las razones por las que la guarda compartida no procede y es contraria a los intereses del menor. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. *op.cit.* Pág. 2

²⁴⁹Así lo entienden IVARS RUIZ, J. *op.cit.* Pág. 40; CUENA CASAS, M. “*El régimen jurídico...*” *op.cit.* págs. 407 y ss.; GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. “*El derecho de uso...*”, *op.cit.* Pág. 2; MORENO VELASCO, V y GAUDET, J. “*La problemática del uso...*” *op.cit.* Pág.2

²⁵⁰En relación a la diferencia del contenido semántico del verbo repartir y el verbo compartir, véase la SAP de Barcelona de 13 de febrero de 2007 (JUR 2007/204890)

²⁵¹No comparto la opinión de GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. “*El derecho de uso...*”, *op.cit.* Pág. 2, a la hora de entender que “*existe una evidente identidad de razón entre el supuesto de guarda y custodia conjunta o compartida y el de guarda partida o repartida*” sobre la base de que ambos progenitores ejercen las funciones inherentes a la custodia, y no solo uno de ellos. Entiendo que la esencia de ambos regímenes es diametralmente opuesta: mientras en la custodia compartida se reparten los deberes paterno-filiales sobre todos los hijos comunes, en la custodia repartida se está repitiendo el modelo de una custodia exclusiva o monoparental, en el sentido de que cada uno ejerce individualmente los deberes básicos de la custodia, pero solo sobre uno o algunos de los hijos comunes. A mi juicio, hubiese sido más correcto justificar la identidad de ambos modelos en la necesidad de hacer un uso de la vivienda familiar distinto al mantenido tradicionalmente como consecuencia de la aplicación taxativa del art. 96.1 CC y no sobre la base de que ambos progenitores ejercen la custodia sobre sus hijos.

²⁵²De nuevo, nos encontramos con la técnica legislativa, también empleada en el art. 92 CC, basada en la ausencia de criterios legales objetivos y una amplia discrecionalidad del Juzgador a la hora de decidir sobre el caso concreto.

indeterminado que el Juez ha de integrar en base a la interpretación normativa y al análisis del caso concreto.

Como hemos tenido ocasión de comentar, una de las premisas básicas de todo proceso de familia, como reflejo del *favor filii* o interés superior del menor, se basa en que el derecho de habitación de los hijos menores quede efectivamente cubierto. El Tribunal Supremo, de forma unánime, ha sido siempre rotundo en este sentido²⁵³. Esto implica que los menores tengan la posibilidad de alojarse en una vivienda digna, con las condiciones básicas de habitabilidad, que constituya un entorno básico de estabilidad y seguridad. Consecuentemente, la cuestión que surge es: ¿sólo se puede satisfacer este derecho manteniendo al menor en la que ha sido hasta ahora la vivienda familiar o existen otras posibilidades que asimismo lo satisfagan²⁵⁴?

No son escasas las resoluciones judiciales en la que se exige como requisito para la viabilidad de la custodia compartida que el menor continúe en el mismo entorno en el que se encontraba hasta la ruptura de la convivencia matrimonial, con el objeto de mantener su estabilidad psicológica y emocional²⁵⁵. Dicha exigencia me resulta perfectamente plausible. Cabe recordar que lo que se está dilucidando es el superior interés del menor, de manera que un cambio brusco de entorno familiar, social o educativo podría traer consigo consecuencias nefastas que traerían causa directa en la ruptura sentimental de los progenitores. Aclarado esto, propongo el siguiente supuesto: en un procedimiento de divorcio, existiendo una hija menor de 8 años, los progenitores solicitan de mutuo acuerdo la custodia compartida de la menor. Ambos han llevado a cabo conjuntamente durante el periodo de convivencia marital sus deberes paterno-filiales, ostentando la aptitud e idoneidad necesarias para continuar ejerciendo la custodia conjuntamente. La que ha sido vivienda

MORENO VELASCO V y GAUDET, J. *op.cit.* Pág. 5, se muestran contrarios a dicha técnica, considerando que echan en falta algunas directrices en el art. 96 CC que hubiesen sido útiles para los progenitores los operadores jurídicos.

²⁵³Vid. Supra. Nota 232.

²⁵⁴GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. “*El derecho de uso...*” *op.cit.* Pág. 3; MORENO VELASCO, V. “*La atribución del uso...*”, *op.cit.* Pág. 2

²⁵⁵Como ejemplo claro de dicha tendencia, cabe citar la SAP de Cuenca de 30 de septiembre de 1996 (AC 1996/2457): “*El aspecto fundamental a tener en cuenta en estos casos es el que concierne a la estabilidad emocional del menor. La permanencia de un niño de tan corta edad por períodos quincenales o mensuales con cada uno de los progenitores privaría al menor de un punto de referencia fijo sobre cuál es un auténtico entorno, sin contar con la situación de inestabilidad que para el pequeño comportaría el hacer cada cierto tiempo la maleta para trasladarse a su “otro hogar” (...)* La moderna psicología insiste en lo importante que para la estabilidad psíquica de los niños, desde su más tierna infancia, el contar con referentes fijos que identifiquen como suyos con facilidad: su habitación, sus juguetes, etc. Ello proporciona al niño sensación de seguridad y bienestar, y, en definitiva, la tan reiterada estabilidad, que con toda seguridad no se consigue viendo cada quince días, cada mes, o incluso por períodos algo mayores, en una casa distinta”.

conyugal hasta la fecha reviste el carácter de ganancial. Partiendo de la premisa de que ambos cónyuges, como titulares de la custodia de la menor, poseen el mismo derecho a que les sea atribuido el uso de la vivienda, ¿basta con recurrir a la protección del interés superior del menor como criterio a la hora de dilucidar la controversia? Aunque continuásemos manteniendo que la concreción del interés superior de la menor equivale a que ésta necesariamente continúe habitando la vivienda familiar, no habríamos resuelto de forma inequívoca el dilema acerca de cómo se distribuye el derecho de uso de la vivienda entre los progenitores.

Resulta evidente que en los casos de custodia compartida, el criterio del interés superior del menor sólo puede ser utilizado de modo relativo²⁵⁶. En la medida en la que la guarda sobre ellos queda distribuida entre los progenitores, ya no opera como criterio de atribución del uso (art. 96 párr.1 CC). Es por ello que habrá de atenderse a otras circunstancias concurrentes, es decir, analizar cuáles son las concretas necesidades o circunstancias en las que se encuentran los cónyuges a la hora de determinar cuál es el interés familiar más necesitado de protección en aras de adoptar una solución efectiva al caso concreto.

Algunos de los criterios empleados al respecto por la jurisprudencia se basan en la capacidad económica de los progenitores, su estado de salud, el carácter privativo o ganancial de la vivienda familiar, la facilidad o dificultad de acceder a otra vivienda (en propiedad o en arrendamiento) en las proximidades de la vivienda familiar, la existencia de más viviendas que puedan servir de alojamiento, así como a la edad, número y circunstancias personales de los hijos²⁵⁷

En la medida en la que el régimen de custodia compartida implica unas características diversas al régimen de custodia monoparental, procedemos a analizar qué posibilidades existen a la hora de distribuir el uso de la vivienda familiar a la hora de poner en práctica una custodia compartida. Seguidamente, estudiaremos la viabilidad de estas modalidades en función del título en virtud del cual se ocupa la vivienda familiar.

²⁵⁶En este sentido, Auto del Juzgado de Primera Instancia de Gijón, de 22 de junio de 2010 (AC 2010/1257): “*En relación al uso de la vivienda familiar y ajuar doméstico, se debe tener presente que al fijarse un régimen de guarda y custodia compartida, la atribución se hará en función de los intereses de los hijos menores de edad y la situación real de cada cónyuge en relación a sus disponibilidades de acceder a otra vivienda*”.

²⁵⁷CASTILLEJO MANZANARES, R. *op.cit.* Pág. 367 y ss.

c) Modalidades de uso de la vivienda en custodia compartida.

Una de las cuestiones más controvertidas a la hora de otorgar la custodia compartida consiste en el modo de organizar la vida cotidiana del menor tras la ruptura conyugal. Por esta razón, la vivienda es un tema que se encuentra presente en todas las resoluciones judiciales que versan sobre la guarda y custodia compartida, en la medida en la que constituye un factor determinante e íntimamente ligado con el interés del menor.²⁵⁸

La custodia compartida se instituye como el modelo de guarda más parecido al existente durante la convivencia matrimonial, ofreciendo numerosas ventajas para el menor²⁵⁹. Así, se garantiza a los menores la posibilidad de disfrutar de ambos progenitores, se favorece la adaptación del menor a la ruptura sentimental de sus padres, el hijo tiene un referente paterno y materno y se establece un reparto equitativo de derechos y deberes paterno-filiales entre los progenitores.

Sin embargo, uno de los inconvenientes fundamentales a los que hace referencia tanto la doctrina como la jurisprudencia consiste en la problemática del uso de la vivienda familiar²⁶⁰. La

²⁵⁸ROMERO COLOMA, A.M. *op.cit.* Pág.81; DELGADO DEL RÍO, G. *op.cit.* Pág. 189.

²⁵⁹Resulta esclarecedora la SAP de Barcelona, de 20 de febrero de 2007 (JUR 2007/101427) donde se explica minuciosamente las ventajas e inconvenientes de la custodia compartida: “Así, empezando por estos últimos, es de destacar como tales, la posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio; los problemas de integración o adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando; y las dificultades para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los menores. En cuanto a sus ventajas o beneficios, realmente, son mayores y superiores a aquéllos, ya que con la custodia compartida: a) se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática; b) se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etc., c) se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos; e) se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus 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, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos; f) no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores; g) hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor; y h) los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor”

²⁶⁰Sin embargo en Francia se prevé expresamente las modalidades de uso a adoptar por el Juzgador. Así, el artículo 373-2-9 del Código Civil francés establece que “la residencia del niño podrá fijarse en el domicilio de cada uno de los padres, con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos. Si uno de los progenitores lo solicita, o en caso de desacuerdo entre ambos respecto del modo de residencia del niño, el juez podrá ordenar con carácter provisional una alternancia de residencia durante un plazo determinado. Al término de este plazo, el juez emitirá un fallo definitivo

complejidad existente a efectos de ponerla en práctica, tanto desde un punto de vista organizativo como económico, puede repercutir negativamente en el menor, lo que en no pocas ocasiones ha constituido un factor determinante para que la jurisprudencia denegase este modelo de guarda²⁶¹.

Las modalidades de uso de la vivienda familiar en un régimen de custodia compartida se circunscriben en torno a dos soluciones fundamentales, si bien es cierto que, en base a la casuística comentada, las combinaciones posibles pueden ser muy variadas.

c.1) Modalidad “niño-nido”.

En la modalidad niño-nido²⁶² los hijos permanecen en la vivienda familiar, de manera que los progenitores rotan en el uso de la vivienda por períodos de tiempo alternos²⁶³.

En este caso, se constituiría un derecho de uso de carácter temporal a favor de los dos cónyuges, quienes llevarían a cabo un uso alternativo de la vivienda en función de los períodos que les corresponda residir con los menores. Esta situación exige que cada uno de los progenitores cuente con otra vivienda en la que residir durante los períodos de tiempo que no le corresponda ejercer la guarda y custodia²⁶⁴. Esta modalidad implica un coste económico extraordinario, en la medida en la que es preciso contar con tres viviendas: la vivienda familiar en la que con carácter permanente residen los menores y, de forma alternativa, los progenitores y las viviendas que han de ocupar cada uno de los progenitores cuando el otro se encuentre conviviendo con los menores.

sobre la alternancia de residencia del niño en el domicilio de cada uno de los padres o la residencia en el domicilio de uno de ellos. (Artículo introducido por la Ley nº 2002-305 de 4 de marzo de 2002 art. 5 V Diario Oficial de 5 de marzo de 2002)

²⁶¹ROMERO COLOMA, M.A. “*La guarda y custodia compartida...*” *op.cit.* Pág. 24

²⁶²MORENO VELASCO, V. Y GAUDET, J. *op.cit.* Pág. 3, esta nomenclatura es la que viene siendo utilizada por la doctrina anglosajona.

²⁶³Esta modalidad fue propuesta en las Conclusiones de los IV Encuentros de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia y VI jornadas nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios judiciales (celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009): “*Se propone la reforma del artículo 96 del Código Civil de forma que se proceda a una distribución del uso de la vivienda familiar entre las partes con plazos máximos legales de asignación posible alternancia en el uso, atendidas las circunstancias, siempre que así se garantice el derecho de los hijos a habitar una vivienda en su entorno habitual. Dicha regulación debe comprender asimismo la concesión al Juez de amplias facultades para, salvaguardando el referido derecho de los hijos, acordar, en los casos de vivienda familiar de titularidad común de los progenitores, la realización de dicho inmueble, siempre a petición de alguna de las partes, mediante su venta a terceros o adjudicación a una de ellas, en línea con lo establecido en el art. 43 del Código de Familia de Catalunya*”.

²⁶⁴SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. “*Anteproyecto de ley de modificación del Código Civil: separación y divorcio*”, Forum Astense, Núm. 4, 2004, pág. 60; SALAZAR BORT, S. *op.cit.* Pág. 319

Cabría la posibilidad de que en lugar de tres viviendas existiesen solo dos, de manera que los progenitores compartiesen alternativamente el uso tanto de la vivienda familiar como el de la otra residencia. Como resulta evidente, el desembolso económico para poder llevar a cabo la puesta en marcha de dicha modalidad no es el habitual en la familia media española²⁶⁵.

Tanto en el supuesto de que existiesen tres viviendas, como en el supuesto en el que solo hubiese dos, se registra una pluralidad de vicisitudes en torno a dicho modelo convivencial. En primer lugar, los progenitores se verían obligados a realizar mudanzas periódicas de una a otra casa, con la complejidad que ello reviste en la organización de su vida laboral y personal cotidiana²⁶⁶. A la incomodidad de trasladar todos los objetos y enseres personales de uno y otro progenitor, habría que sumarle las posibles controversias derivadas del pago de recibos de la vivienda (agua, luz, gas, etc) así como de las obras o mejoras que hubiese que realizar en la misma²⁶⁷.

En el supuesto de que los progenitores compartiesen asimismo el uso de la segunda vivienda, la complejidad de este modelo se incrementa hasta niveles de fuerte incomodidad y/o conflictividad. Todos los problemas anteriormente citados, unidos a la posibilidad de que cada uno de ellos rehaga su vida sentimental²⁶⁸, puede dar lugar a una situación insostenible: los intercambios de enseres y de viviendas habrían de realizarse teniendo en cuenta a la nueva pareja, lo que generaría un ritmo de vida sometido a un fuerte estrés²⁶⁹. En la práctica, esta solución provoca que ambas partes sistemáticamente llenen los Juzgados de escritos denunciando incumplimientos.

²⁶⁵Esta situación es más usual en Francia, donde el menor habita en una misma casa y son los padres los que cambian de domicilio. En este sentido, existe dos modalidades de custodia compartida: la custodia física conjunta y la custodia legal conjunta. En la primera, se divide en intervalos similares la permanencia del hijo con uno u otro progenitor. En la custodia legal conjunta, el menor reside exclusivamente con uno de sus dos progenitores pero tiene una relación fluida con el otro, sin los rigores del régimen de visitas. Los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño.

Por su parte en Italia, se prevé en sede de divorcio tres sistemas alternativos: en primer lugar, el cuidado monoparental, a cargo de uno solo de los progenitores. En segundo lugar, la custodia compartida con cuidado alternativo del menor por cada progenitor por períodos de tiempo programados de una duración similar. Por último, la custodia compartida del menor, si bien éste cohabita solo con uno de ellos. RODRÍGUEZ, T. “Custodia compartida: una alternativa contra la disolución de la familia”, www.monografias.com/trabajos28, ap. 6 Tiempo y convivencia. EN: MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *op.cit.* Pág. 3.

²⁶⁶GONZÁLEZ DEL POZO, J.P, “*El derecho de uso...*” *op.cit.* Págs. 3 y 4.

²⁶⁷CERVILLA GARZÓN, M.D. *op.cit.* Págs. 95 y ss.

²⁶⁸MORENO VELASCO, V. y GAUDET, J. *op.cit.* Pág. 4

²⁶⁹La SAP de Valencia de 4 de diciembre de 2003 (JUR 2004/165288) deniega un régimen de custodia compartida al entender que, a la falta de acuerdo entre los progenitores, se le añadiría la dificultad “*de tener que vivir juntos, lo que va*

Por todos estos motivos, la jurisprudencia no acepta con carácter general la atribución del uso alternativo de la vivienda familiar a efectos de proteger la estabilidad y tranquilidad del menor²⁷⁰. Pese a que con este modelo se evitaría el tradicional peregrinaje de los hijos²⁷¹, al que me referiré a continuación, el clima hostil y conflictivo que se puede originar como consecuencias de las continuas mudanzas de los progenitores, unido a la obligaciones pecuniarias derivadas de hacer frente a dos o tres viviendas, no constituye el contexto vital idóneo para el menor²⁷².

En cualquier caso, la doctrina entiende que en caso de adoptar dicho modelo, no resulta conveniente alargarlo por períodos superiores a dos o tres años²⁷³, tanto por los inconvenientes planteados²⁷⁴ como por la imposibilidad de que los progenitores puedan crear una nueva familia²⁷⁵.

contra la más elemental consecuencia de todo proceso matrimonial y que, en modo alguno, puede imponerse judicialmente”.

²⁷⁰Existen resoluciones judiciales en las que sí se acuerda dicha modalidad, si bien como medida temporal. Así, el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Gijón de 22 de junio de 2010 (AC 2010/1257): “*Se acuerda que sean los hijos quienes se queden en el domicilio familiar; y sean los progenitores, quienes cada seis días tengan atribuido el uso, mientras conviven con sus hijos. A fin de evitar que esa situación, que es evidentemente gravosa para ambos progenitores, pero que favorece la estabilidad de los menores, se establece que esta situación se mantendrá en tanto en cuanto no se proceda a la venta de dicho inmueble o a la liquidación de la sociedad de gananciales, siendo obligación de ambos progenitores, el garantizar a sus hijos un derecho de habitación digno*”. El Juzgador aporta como posible solución, dada la existencia de un apartamento privativo de la esposa, que ha sido pagado en parte por ambos cónyuges, el alquiler el mismo, y con la renta que se obtenga mas un poco mas de dinero que pondría el padre, que ostenta mas ingresos, alquilar una vivienda de dimensiones adecuadas para poder vivir en ella los hijos con el padre, quedándose cuando eso ocurra, y mientras no se venda la vivienda familiar actual, en dicho inmueble la madre con los hijos.

²⁷¹Este fue el fundamento de la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Palma, de 25 de octubre de 2007 (JUR 2007/361322) por la que se acordó una custodia alternativa por meses naturales, evitando así que “*la hija sea sometida a continuos cambios de domicilio y se garantiza la continuidad de la niña en su ambiente cotidiano*”. Por su parte, la SAP de Huelva, de 30 de marzo de 2007 (JUR 2007/202414) denegó la custodia compartida del hijo menor de 3 años debido a que “*en primer lugar porque los padres no viven en la misma localidad, pero incluso si ello fuese así el menor estaría cada pocos días cambiando de entorno en domicilios diferentes, lo que no es aconsejable para su desarrollo emocional y para su actividad diaria tanto ocupacional como de descanso, por ello se ha de reservar esta forma de custodia compartida de forma excepcional y sobre todo teniendo en cuenta que el menor sería el que no cambiaría de casa y entorno, sino los padres*”.

²⁷²SAP de Barcelona de 20 de diciembre de 2006 (JUR 2007/139338) argumentó que un régimen de alternancia anual en el uso de la vivienda hasta que el menor cumpla los 25 años de edad “*le parece al Juzgador una medida irracional y contraria a la legalidad vigente*”.

²⁷³DELGADO DEL RIO, G. *op.cit.* Pág. 331.

²⁷⁴GÓNZALEZ ORVIZ, M.E, *op.cit.* Pág. 16, en ocasiones se considera que esta modalidad puede llevar al aislamiento del menor que vive en una especie de burbuja.

²⁷⁵Sentencia del TSJ de Cataluña de 5 de septiembre de 2008 (RJ 2009/1449): “*La alternancia de los padres en el referido domicilio es del todo desaconsejable y como acertadamente recoge la sentencia, perturbadora para los menores. La medida propuesta consistente en que sean los progenitores los que ocupan y desocupan el domicilio se erige en fuente de inagotables conflictos y parece viable sólo en momentos muy determinados, como pueden ser los inmediatos a la separación y siempre de forma temporal*”

c.2) Modalidad “niño-maleta”.

En este caso, son los padres los que poseen su domicilio fijo, de manera que los hijos han de trasladarse al domicilio de cada uno de los progenitores en los períodos en que cada uno ejerce la custodia.

Esta medida resulta la más habitual a la hora de acordar un régimen de custodia compartida²⁷⁶. El requisito que ha de cumplirse es que los domicilios de ambos progenitores han de encontrarse en el mismo entorno en el que residía el menor con anterioridad a la crisis matrimonial y que, a su vez, estén situados próximos entre sí²⁷⁷. En el IV Encuentro de Magistrados y Abogados de Familia²⁷⁸ se instituyó como presupuesto objetivo, favorecedor de un régimen de custodia compartida, “*La proximidad y/o compatibilidad geográfica de los domicilios de los progenitores, en los casos de custodia conjunta como domicilio rotatorio de los hijos en el de cada uno de los progenitores*”. De esta manera, se trata de reducir el perjuicio que supone para el menor el tener que trasladarse periódicamente del domicilio de un progenitor al del otro progenitor.

Con respecto a esta modalidad de residencia, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 7 de marzo, exige que los cónyuges o el Juzgador, como parte del contenido de las cautelas procedentes para eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, fijen el domicilio del menor a efectos de empadronamiento. Los criterios que apunta la citada Instrucción para la determinación del domicilio en los casos de guarda y custodia compartida son los siguientes:

²⁷⁶Respecto a este punto, la Asociación de Mujeres Juristas «Themis» consideraban la custodia compartida como perjudicial y provocadora de trastornos a los hijos al quitarle el punto de referencia de una vivienda donde establecerse («el menor tendría dos habitaciones o ir trasladando las cosas de un punto a otro y creemos que no es bueno para un menor, y le va a dar una sensación de inseguridad»), sin perjuicio de considerar que «no debería» concederse nunca cuando media un conflicto entre ambos cónyuges. RIVERA ALVÁREZ, J.M, *op.cit.*, pág. 158.

²⁷⁷Pese a la proximidad de domicilios de los progenitores, la SAP de Córdoba de 16 de diciembre de 2003 (JUR 2004/20303) argumentó que “*Esta Sala no considera que esa proximidad de ambos domicilios pueda ser motivo para el cambio que se propone, en primer lugar, por lo excepcional que ser la atribución de esa guarda y custodia compartida (...) pues supondría algo así como que la niña no tendría un domicilio estable, sino dos (...) Junto a ello no puede olvidarse que esta situación podría suponer con mucha probabilidad un incremento de la crispación entre los progenitores (...) Resulta obvio que el establecimiento de un régimen alterno de custodia conllevará, por lo general, consecuencias negativas para la hija, al someterla a la necesidad de adaptarse a cambios de todo orden derivados de la convivencia temporal con uno y otro progenitor, lo que no puede considerarse que facilite la educación, ni la formación integral de la menor, a privarle de una estabilidad que se torna necesaria (...)*”.

²⁷⁸Vid. Supra. Nota 263.

1. *Los hijos menores han de ser empadronados en un solo domicilio, también en los supuestos de guarda y custodia compartida.*
2. *El domicilio preferente será el de aquel de los progenitores con el que en cómputo anual el menor pase la mayor parte del tiempo.*
3. *En los supuestos en los que los periodos de convivencia estén equilibrados sin que pueda determinarse con cuál de los padres pasa el menor la mayor parte del tiempo, deberán ser en principio los propios progenitores quienes de mutuo acuerdo, elijan de entre los dos domicilios en los que el menor vive, aquél en el que ha de ser empadronado.*
4. *Si se trata de un proceso contencioso el juez, como una de las cautelas que debe adoptar para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda y si se trata de tiempos de permanencia equilibrados, fijará el domicilio del menor a efectos de empadronamiento, valorando especialmente la conveniencia de tomar como punto de referencia el domicilio en el que ha permanecido hasta la consumación de la crisis matrimonial, siempre que tal domicilio sea uno de aquéllos en los que va a seguir viviendo.*

A la hora de fijar la duración de los períodos de convivencia del menor con uno y otro progenitor, resulta preferible que los mismos sean largos, a fin de evitar que traslados demasiado continuados en el tiempo pueda constituir un verdadero “peregrinaje” que afecte a su correcto ritmo de vida²⁷⁹, especialmente si se trata de menores de corta edad. Sin embargo, y como venimos repitiendo, en la medida en la que las circunstancias que concurren en cada familia son diferentes, lo que puede constituir una distribución temporal y organización doméstica perjudicial para un determinado supuesto podría ser muy beneficioso en otro²⁸⁰. En este sentido, la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ofrece un amplio abanico de sistemas de organización temporal, desde la alternancia de dos días entre semana y de fines de semana (Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 18 de abril de 2011, RJ 2011/365235) hasta la alternancia semanal (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de febrero de 2013, RJ 2013/168857), quincenal (Sentencia

²⁷⁹ROMERO CALOMA, A.M. “La guarda y custodia compartida...” *op.cit.* Pág. 157.

²⁸⁰La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 18 de abril de 2011 (RJ 2011/365235) me parece especialmente significativa a la hora de demostrar que los modelos de reparto convivencial que para un núcleo familiar pueden generar desequilibrio o inestabilidad, en otras ocasiones pueden llegar a ser muy beneficiosos. En este caso, existen dos hijos dependientes de terceros, uno dada su corta edad y el otro debido a un retraso mental severo. Por esta razón, se considera que las responsabilidades parentales no pueden recaer sobre un solo progenitor. Dada la necesidad de dispensar una especial atención al primero, así como la asistencia del segundo a terapias extraordinarias y diarias, se establece una guarda y custodia compartida cada dos días (lunes y martes con la madre, miércoles y jueves con el padre), fines de semanas alternos y vacaciones por mitad, con atribución del uso de la vivienda ganancial al marido, con la conformidad de la esposa.

de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de julio de 2012, JUR 2012/289956) o mensual (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 27 de septiembre de 2012, JUR 2012/401263).

En cuanto a la adopción de este sistema temporal por la jurisprudencia, existen numerosas resoluciones judiciales en las que se deniega el régimen de custodia compartida por entender que la organización en materia de alojamiento que requiere esta medida resulta totalmente perjudicial para proteger el interés del menor²⁸¹. Como argumento que se aduce cabe citar que la custodia compartida constituye una situación de “continuo trasiego” de los hijos entre los domicilios de sus padres²⁸². Se entiende que con dicha medida, el equilibrio emocional del menor podría verse afectado, constituyendo un obstáculo para su estabilidad y desarrollo personal. Parece olvidarse que la deslocalización del menor es connatural a la custodia compartida, sin que ello resulte razón suficiente para denegar esta modalidad de guarda²⁸³. De nuevo, se pone de manifiesto la importancia de objetivar criterios de concesión de la custodia compartida con el objeto de estructurar la discrecionalidad judicial.

En mi opinión, considero que se está concibiendo el modelo de guarda y custodia compartida de forma errónea. A la hora de acordar cualquier modelo de guarda, ya sea monoparental, repartida o compartida, resulta necesario priorizar los intereses de los menores a efectos de otorgarles un régimen de estabilidad que les permita, en la medida de lo posible, que la ruptura conyugal de sus progenitores no repercuta negativamente en sus vidas. En esta línea, comparto la preocupación de la jurisprudencia de velar por la integridad física y moral de los menores, evitando que protagonicen sistemas de alternancia cuasi-diaria entre los domicilios de los progenitores, lo que les generaría una situación estresante y poco beneficiosa para su desarrollo, a todos los niveles²⁸⁴.

²⁸¹SAP de Zaragoza de 24 de octubre de 2005 (JUR 2005/241134); SAP de Madrid de 25 de abril de 2006 (JUR 2006/193150); SAP de Madrid de 11 de abril de 2007 (JUR 2007/313755); SAP de Barcelona, de 21 de enero de 2009 (RJ 2009/137494)

²⁸²DELGADO DEL RÍO, G. *op.cit.* Pág. 329.

²⁸³En la SAP de Barcelona de 30 de abril de 1999 (AC 1999/6596) ya se hacía referencia a dicha cuestión, al argumentar que: “*Distribuyendo la residencia habitual de la menor como si se tratara de un bien material, susceptible de aprovechamiento alterno y consecutivo y que vendría a representar un continuo cambio no sólo de ámbito familiar, sino también de los hábitos y costumbres de la menor, no pueden depararle sino un desconcierto permanente y cierta pérdida de arraigo que necesariamente le repercutirá en sus propia identidad personal, por lo que hemos de partir de que, salvo casos excepcionales en los que concurran circunstancias extraordinarias, ha de darse (la custodia) a uno u otro de los progenitores sin perjuicio de establecerse un adecuado régimen de comunicación y estancia del menor con su otro progenitor*”.

²⁸⁴SJPI de Sevilla de 8 de abril de 2011 (AC 2011/509): “*El fin y beneficio innegable resulta consustancial a la felicidad de los niños, a su estabilidad y correcto desarrollo y a él han de quedar sometidas las demás pretensiones de contenido*

Ahora bien, la denegación automática de la custodia compartida, por el único impedimento de la alternancia domiciliaria denota una concepción de este modelo de guarda basado meramente en un reparto salomónico del tiempo de convivencia con uno u otro progenitor. La esencia de este modelo de guarda se basa en un reparto equitativo, pero referido a los deberes y derechos de ambos progenitores con sus hijos, sin anclarse en límites temporales. Es por ello que, siempre que los domicilios de ambos se encuentren en el mismo entorno en el que residía el menor antes de la crisis conyugal, no me parece razón de peso para denegar la custodia compartida la imposibilidad de establecer una distribución exactamente paritaria del tiempo que el menor ha de permanecer con cada progenitor. Autores como DELGADO DEL RÍO critican dicha argumentación jurisdiccional al entender que denegar la custodia compartida bajo estos pretextos no deja de ser, salvo supuestos muy evidentes, la expresión de un prejuicio²⁸⁵.

Afortunadamente, comienza a hacerse eco en la jurisprudencia del cambio en esta concepción²⁸⁶, como se pone de manifiesto en la reciente SAP de Madrid de 5 de febrero de 2013 (RJ 2013/98919), en la que se establece que en los regímenes de custodia conjunta “la convivencia de los hijos con los padres siempre es compartida, aunque no necesariamente al 50%”. Es conveniente diferenciar la custodia compartida de pernocta compartida. Y ya no solo para dar entrada a nuevas modalidades temporales de custodia conjunta que permitan a ambos padres ejercitar sus derechos paterno-filiales sin necesidad de cumplir periodos temporales iguales, sino también para separar la reivindicación de la custodia compartida de los derechos sobre la que ha sido, hasta la fecha, la vivienda familiar²⁸⁷.

económico y patrimonial”. En el mismo sentido, sentencia de JPI de Madrid de 19 de julio de 2007 (AC 2007/276116); SAP de Barcelona de 21 de diciembre de 2012 (JUR 2012/107322), entre otras.

²⁸⁵GREGORIO DEL RÍO, G. *op.cit* Págs 331 y 332.

²⁸⁶El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha puesto de manifiesto en diversas sentencias (SSTSJC de 31 de julio de 2009 RJ 2009/643, 16 de diciembre de 2011 RJ 2012/2766, entre otras) que la mal llamada custodia "compartida", puede amparar diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores -partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta-, que supongan un reparto no necesariamente igual del tiempo de convivencia con cada uno de los padres. En este sentido, las situaciones de desigualdad en el tiempo de convivencia con uno y otro progenitor se verán compensadas a través de la correspondiente pensión de alimentos, en cuya fijación, además, habrá de tenerse en cuenta, la diferente capacidad económica que pueda existir entre los obligados a abonarla -Arts. 264 y 267 Código de Familia-, circunstancia que también se tomará en consideración en aquellos supuestos en que el tiempo de permanencia con los hijos sea idéntico.

²⁸⁷Para un análisis más amplio de la atribución judicial del derecho de uso de la vivienda familiar, Vid. infra. “IV. 4. Problemática del uso de la vivienda en guarda y custodia compartida”.

c.3) Otras modalidades.

Pese a que las modalidades anteriores suelen ser las más frecuentes, existen otros modelos convivenciales que también han sido llevados a la práctica. Como ha quedado de manifiesto, en la custodia compartida la cuestión temporal constituye el marco o escenario donde se proyecta el reparto de tareas. Por esta razón, constituye una premisa básica del operador jurídico confeccionar un modelo de convivencia que satisfaga los intereses del menor y los de la familia.

En determinadas ocasiones, se ha optado por continuar residiendo en la misma vivienda familiar, cuando las circunstancias de la misma así lo permitiesen, mediante su división física²⁸⁸. De esta manera, se evita el eventual peregrinaje del menor y se facilita la posibilidad de que ambos progenitores compartan sus tareas cotidianas con los hijos. En este caso, ya no resultaría necesario proveerse de otra vivienda, en propiedad o en arrendamiento, reduciendo notablemente el coste económico de la ruptura, especialmente si la que fue vivienda familiar se encuentra gravada por una hipoteca.

Como contrapartida, las dificultades de puesta en práctica de dicha modalidad son evidentes en la medida en la que no todas las viviendas tienen la posibilidad de ser divididas físicamente manteniendo unas condiciones mínimas de habitabilidad²⁸⁹. Por su parte, el hecho de residir tan próximo a la ex-pareja puede constituir un foco de divergencias continuadas, especialmente en los casos de malas relaciones entre los progenitores²⁹⁰.

La situación de precariedad económica de muchas familias en la actualidad ha dado lugar a que, de facto, muchas de ellas continúen residiendo en el mismo hogar pese a que la relación

²⁸⁸SALAZAR BORT, S. *op.cit.* Pág. 313

²⁸⁹Dicha medida se ha acordado a efectos de que uno de los cónyuges continúe ejerciendo su profesión en la que venía siendo la vivienda familiar. Es el caso de la SAP de Barcelona, de 9 de mayo de 2000 (JUR 2000/211017) en la que se atribuye el uso de la vivienda familiar a la esposa e hijo, permitiendo al esposo el uso de la habitación destinada al ejercicio profesional de su actividad médica durante las horas de consulta y durante un plazo máximo de 6 meses, transcurrido el cual deberá establecer la consulta en otro inmueble. Mientras haga esta utilización, deberá satisfacer los gastos de electricidad, agua, gas, comunidad de propietarios y el IBI en una quinta parte.

²⁹⁰El TSJ de Cataluña, en su sentencia de 18 de enero de 2010 (RJ 2010/ 1297), asienta como doctrina jurisprudencial integradora del artículo 80.1 del Codi de Família, que basta con que uno de los dos ex-esposos no quiera continuar conviviendo con el otro bajo el mismo techo, aunque se hubiere convenido con anterioridad lo contrario y sin que exista conflicto convivencial cotidiano, para que se estime que concurre una circunstancia de modificación de la medida de atribución del uso compartido de la vivienda familiar a ambos cónyuges acordada en la sentencia de divorcio, a los efectos de que tal asignación del uso se realice a uno u a otro de los ex-consortes.

afectiva haya finalizado, evitando así la duplicidad de gastos que conlleva la separación o el divorcio existiendo hijos menores²⁹¹. Pese a ello, la jurisprudencia no se decanta por dicha modalidad de residencia a la hora de dictar la resolución judicial²⁹². En la medida en la que la vivienda no cumpla con los requisitos necesarios para llevar a cabo su división física, se habrá de optar por otras alternativas que necesariamente implicarán que al menos uno de los cónyuges deje de residir en la misma.

Al hilo de lo anterior, otra posibilidad, reconocida de forma expresa en las regulaciones autonómicas de Cataluña o Valencia, consiste en la realización de la vivienda familiar²⁹³. De esta manera, con el precio obtenido por la venta de la vivienda, los progenitores adquieren dos nuevas viviendas, relativamente próximas, para poder ejercitar una custodia compartida²⁹⁴. Con esta posibilidad, se continúa respetando el interés superior del menor, en la medida en la que se satisface su derecho de habitación en el mismo entorno en el que vivía hasta la fecha, desapareciendo los problemas derivados de la atribución del derecho de uso en exclusiva a uno solo de los cónyuges cuando la vivienda pertenece a ambos, o bien, es privativa del otro progenitor²⁹⁵.

Por último, y a modo de reflexión, cabe hacer referencia a una última modalidad de convivencia que en escasas ocasiones se lleva a la práctica en el seno de una custodia compartida: la pernocta continuada del menor en la vivienda de uno solo de los progenitores, compartiendo durante el día responsabilidades con el otro cónyuge. Esta modalidad implica una concepción de la

²⁹¹VILLAGRASA ALCAIDE, C. “*La custodia compartida en España y Cataluña*”. En: “La custodia compartida a debate”. Cuadernos “Bartolomé de las Casas”. Edit. Dykinson. Madrid, 2012. Pág. 91.

²⁹²MONTERO AROCA, J. “*El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (la aplicación práctica del art. 96 del Código Civil)*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 87 considera que aunque la vivienda pueda dividirse físicamente en dos, “se está desnaturalizando la atribución del uso, y no se está dando lugar a dos viviendas verdaderamente independientes”. Y cita resoluciones judiciales en las que se deniega la división física de la vivienda: SAP de Salamanca, de 10 de diciembre de 1997 (AC 1997/2439); SAP de Barcelona, de 24 de marzo de 2000 (JUR 2000/183050); SAP de Murcia, de 20 de noviembre de 2003 (JUR 2004/36566), entre otras.

²⁹³SAP de Girona de 12 de junio de 2012 (AC 2012/1356): “*La resolución acuerda y las partes no lo recurren, la división de cosa común. Es por ello que, con estimación parcial del recurso, procede atribuir a la madre el uso del domicilio hasta tanto se haga efectiva la división y la vivienda sea adquirida por uno de los codueños o por un tercero. Con ello se garantiza el derecho a la vivienda del menor, que permanecerá en el mismo domicilio mientras no se venda o lo adquiera uno de los codueños por entero, a la vez que cuando cese el uso atribuido, podrán ambos progenitores, con el dinero obtenido de la venta, procurarse una nueva vivienda adecuada a sus necesidades*”.

²⁹⁴SAP de Baleares de 29 de junio de 2005 (JUR 2005/178434) o la SAP de Valencia, de 18 de octubre de 2006 (JUR 2006/76443), entre otras.

²⁹⁵SAP de Barcelona, de 21 de febrero de 2008 (RJ 2008/130224): “*La atribución del derecho de uso de forma exclusiva a uno de los progenitores con custodia compartida, sólo estará justificado cuando su situación económica le impida cubrir la necesidad de vivienda de los hijos y ésta no quede garantizada con las aportaciones económicas del otro progenitor o de otra forma*”.

custodia compartida centrada en la verdadera esencia de dicho modelo de guarda que es el compartir las responsabilidades y tareas cotidianas con el hijo menor, dejando al margen la cuestión de la pernocta en uno u otro domicilio²⁹⁶.

La pernocta en una única residencia salvaría el requisito de la proximidad domiciliaria de los progenitores, como impedimento básico a la hora de conceder este modelo de guarda y, a su vez, se reduciría el perjuicio y el estrés derivado de la alternancia domiciliaria de los hijos, propia de la ya analizada modalidad “niño-maleta”²⁹⁷. Sin embargo, el empoderamiento económico que el régimen jurídico del art. 96 CC ofrece al cónyuge custodio (atribución del uso de la vivienda familiar y administración de la pensión de alimentos del menor) entorpece la constitución de acuerdos en este sentido.

4. Problemática del uso de la vivienda en la guarda y custodia compartida.

a) La importancia económica del derecho de uso de la vivienda familiar.

El derecho de uso constituye una figura jurídica de importancia, tanto jurídica como económica, creciente²⁹⁸. La regulación jurídica del derecho de uso en el ordenamiento jurídico español difiere del de los ordenamientos jurídicos de países vecinos, en los que se ha tomado en mayor consideración la protección del interés familiar así como la posición del cónyuge no beneficiario tras la crisis matrimonial²⁹⁹.

²⁹⁶Sin embargo, continúa ligándose la custodia compartida a un reparto temporal de pernocta. En este sentido, el art. 3 de la Ley valenciana define la custodia compartida en base a un criterio de cohabitación: “*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*”.

²⁹⁷Así se acordó en la SAP de Álava de 7 de mayo de 1996 (AC 1996/1008), resolución en la que, para evitar la itinerancia del menor, se articuló una custodia compartida basada en que el hijo viviese con su padre en el domicilio familiar (cenar y dormir) pasando el resto del día con su madre y los abuelos maternos. Se optó por la misma solución en la SAP de Madrid de 8 de julio de 2005 (JUR 2005/221066).

²⁹⁸En los últimos tiempos, el derecho de uso ya no se concibe como una figura jurídica propia de los procedimientos matrimoniales, cuya finalidad versaba en satisfacer el interés superior de los hijos comunes menores de edad. Actualmente, el derecho de uso de la vivienda es también tratado en el ámbito penal. En este sentido, el art. 64.2 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género otorga la posibilidad de constituir un derecho de uso sobre la vivienda familiar como medida de protección de la mujer en supuestos de violencia doméstica. CERVILLA GARZÓN, M.D, *op.cit.* Pág.80.

²⁹⁹En este sentido, me parece ejemplar la teoría que consagra la SAP de Barcelona de 21 de febrero de 2008 (RJ 2008/130224) cuando argumenta que: “*La situación económica de ambos progenitores permite cubrir la necesidad de vivienda de sus hijos, sin que sea necesario otorgar el uso exclusivo de la vivienda a cada uno de ellos, con la limitación que ello implica al derecho de propiedad correspondiente al otro progenitor. No existen razones que*

Como hemos visto, nos encontramos ante un derecho de constitución judicial, en el seno de un procedimiento de crisis matrimonial. Como consecuencia de su acceso al Registro de la Propiedad, el derecho de uso se articula como un derecho oponible *erga omnes* lo que conlleva unas consecuencias jurídicas importantes. Con carácter general, la vivienda titularidad de uno o ambos cónyuges que se encuentre gravada por un derecho de uso permitirá que, ante un embargo o ejecución hipotecaria del inmueble³⁰⁰, el derecho de uso inscrito ha de ser en todo caso respetado, lo que determinará que el beneficiario podrá continuar ocupando la vivienda hasta el cese de su derecho, con independencia del cambio de titular de la misma³⁰¹.

La importancia económica de dicho derecho radica en que nos encontramos ante un derecho exclusivo y excluyente³⁰². Exclusivo, en la medida en la que únicamente puede ser titular del mismo el cónyuge al que le haya sido atribuido por resolución judicial, atendiendo a los criterios esgrimidos por el Juzgador, de manera que no puede ser cedido o enajenado a un tercero³⁰³. Excluyente, porque impide la posibilidad de que otro sujeto ocupe esa vivienda, incluso en los supuestos en los que ésta pertenezca privativamente al otro cónyuge y decida proceder a su venta.

En el art. 96 párr. 4 CC se dispone que en los supuestos en los que concurra un derecho de uso de constitución judicial, se precisará del consentimiento de ambos progenitores para proceder a su venta. Ahora bien, y a diferencia de lo que dispone el art. 1320 CC en supuesto de normalidad matrimonial, el art. 96 CC no ofrece una limitación a la capacidad dispositiva del titular de la vivienda. Al contrario, dicho consentimiento versa sobre la posibilidad de disponer de la vivienda libre de cargas con el consentimiento del cónyuge beneficiario³⁰⁴. Si dicho consentimiento no concurriese, la vivienda podrá ser enajenada, si bien el derecho de uso habrá de ser en todo caso

justifiquen la atribución del derecho de uso con exclusividad y sin otra limitación temporal que la mayoría de edad o independencia económica de los hijos a uno u otro cónyuge, con custodia compartida”.

³⁰⁰ Siempre que el derecho de uso haya sido inscrito con anterioridad a la anotación del embargo o, en su caso, a la inscripción de la hipoteca que grave la vivienda. De lo contrario, regiría el principio de prioridad registral.

³⁰¹Vid. Supra. “IV. 2. Concepto y protección de la vivienda familiar”.

³⁰²CERVILLA GARZÓN, M.D, *op.cit.* Pág. 84.

³⁰³Como indica CUENA CASAS, M. “*El régimen jurídico...*”*op.cit.* Pág. 337, pese a la dicción del art. 96.1 CC, el derecho de uso pertenece exclusivamente al cónyuge beneficiario, de manera que los hijos no son titulares del derecho, aunque sí beneficiarios (RDGRN de 10 de octubre de 2009, RJ 2009/634).

³⁰⁴Así se dispone expresamente en el art. 233-25 del Código de Familia de Cataluña: “*El propietario o titular de derechos reales sobre la vivienda familiar puede disponer de ella sin el consentimiento del cónyuge que tenga su uso y sin autorización judicial, sin perjuicio del derecho de uso*”.

respetado. En la medida en la que dicho derecho esté inscrito en el Registro, el comprador ya no se encuentra protegido por la presunción de buena fe registral *ex art. 32 LH*.

Esta protección que el legislador ofrece a la necesidad de alojamiento de los menores y, en su caso, al cónyuge en cuya compañía queden, produce un desequilibrio económico notable entre los cónyuges³⁰⁵. De un lado, el cónyuge beneficiario ostenta un derecho de ocupación que, a diferencia de lo que ocurre en legislaciones autonómicas como la de Cataluña³⁰⁶ o Valencia, reviste un carácter totalmente gratuito. Si a ello se le suma que la vivienda resulta ser privativa del cónyuge no beneficiario, los gastos derivados de la titularidad de la misma, como es el pago del préstamo hipotecario o del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) recae sobre el propietario de la vivienda,

³⁰⁵GARCÍA RUBIO, M.P.; OTERO CRESPO, M. *op.cit.* Pág. 75, consideran que en base al régimen vigente el cónyuge beneficiario de la custodia recibe un paquete de “beneficios”: guarda de los hijos, vivienda familiar y pensión de alimentos. Y citan al respecto las SAP de Barcelona de 19 de enero de 2000 (JUR 2000/142511) y SAP de Murcia de 7 de mayo de 2002 (JUR 2002/248150). Asimismo, SALAZAR BORT, S. *op.cit.* págs. 110-115.

³⁰⁶La regulación del Derecho catalán respecto de la atribución del uso de la vivienda familiar difiere de la regulación dada por el Código Civil estableciendo un sistema más equilibrado entre los antiguos cónyuges.

En primer lugar, las partes pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este (art. 233-20). También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados. Nos encontramos ante una regulación más favorable al pacto entre las partes. El propio art. 233-21.3 habilita a los cónyuges a pactar, en previsión de ruptura matrimonial, sobre la atribución o distribución del uso de la vivienda y sobre las modalidades de uso. Como indica el tenor literal del precepto, “*no son eficaces los pactos que perjudiquen el interés de los hijos, ni tampoco, si no se han incorporado a un convenio regulador, los que comprometan las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso*”.

A falta de acuerdo, la atribución del uso de la vivienda familiar, cuando la misma pertenece en todo o en parte al cónyuge no beneficiario, no reviste carácter gratuito, como en el caso del Código civil. En este caso, la atribución del uso debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria, si la hubiese. Así se desprende de la literalidad del art. 233-20.7 del Codi.

Una vez se produce la atribución del derecho de uso, se prevé legalmente qué gastos han de ser abonados por el titular de la vivienda y cuáles otros por el usuario de la misma. En este sentido, el art. 233-23 del código establece lo siguiente: *En caso de atribución o distribución del uso de la vivienda, las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución. Los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas de devengo anual corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso.*

Asimismo, en la regulación catalana sí que se prevé, ya no solo la limitación temporal del derecho de uso, sino también los límites para proceder a su concesión. En el apartado 5 del art. 233-20 se estipula que “*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*”. Por su parte, el art. 233-21.1 faculta a la autoridad judicial, a instancia de uno de los cónyuges, para excluir la atribución del uso de la vivienda familiar en cualquiera de los siguientes casos:

a) *Si el cónyuge que sería beneficiario del uso por razón de la guarda de los hijos tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.*

b) *Si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos y, si procede, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de estos*”.

de manera que el beneficiario se encuentra exento de pago³⁰⁷. Únicamente habría de hacer frente a todos aquellos gastos de suministro o cuidado de la vivienda derivados del uso de la misma.

Como contrapartida, nos encontramos con la situación del cónyuge no beneficiario. El derecho de uso de la vivienda concedido al otro cónyuge resulta cuantificable con respecto al cómputo de la pensión de alimentos que ha de abonar a sus hijos menores³⁰⁸. La titularidad exclusiva o compartida de la vivienda comporta un gasto menos en materia de alimentos. En caso de que dicha vivienda fuese arrendada, la pensión alimenticia a cargo de dicho cónyuge se vería incrementada a efectos de contribuir a la satisfacción de la renta arrendaticia.

En los supuestos en los que la vivienda reviste carácter ganancial, la atribución del derecho de uso no se cuantifica a la hora de realizar la liquidación del régimen. Sin embargo, a la hora de proceder a la venta de la vivienda ganancial gravada por el derecho de uso, el cónyuge beneficiario tendría derecho al cobro de la mitad del precio de la vivienda, pese a no haber abonado nada como consecuencia de su ocupación hasta la venta de la misma. En el supuesto de que la vivienda fuese privativa, el cónyuge titular del derecho de uso podría habitar dicha vivienda sin necesidad de otorgar ningún tipo de compensación. Sin embargo, a la hora de proceder a la venta del inmueble, el hecho de que se encuentre gravado por un derecho de uso repercutirá necesariamente en el precio de la operación de compraventa³⁰⁹.

A todas estas circunstancias hay que añadirle que, en base a la jurisprudencia asentada por el Tribunal Supremo³¹⁰, nos encontramos ante un derecho que carece de limitación temporal³¹¹ en caso

³⁰⁷Como indica HERRERO GONZÁLEZ, R. “*El Impuesto de Bienes Inmuebles. Su tratamiento jurídico en supuestos de divorcio y atribución del uso de vivienda a uno de los cónyuges*”, Diario La Ley, Nº 7374, Sección Tribuna, Abril. 2010, Edit. La Ley, Pág. 4, *el sujeto pasivo del impuesto de bienes inmuebles no es el conjunto de miembros de la familia, sino exclusivamente el titular o titulares del bien frente al Ayuntamiento receptor del Impuesto de Bienes Inmuebles*

³⁰⁸A diferencia de lo que ocurre en Francia. El art. 373-2-2 del Código civil francés prevé expresamente lo siguiente: “*En caso de separación entre los padres, o entre éstos y el niño, la contribución a su manutención y educación adoptará la forma de pensión alimenticia, que será entregada, según sea el caso, por uno de los padres al otro, o a la persona a quien se haya confiado el cuidado del niño (...). Tal pensión podrá adoptarse, en su totalidad o en parte, la forma de pago directo de los gastos en que incurra el niño. Asimismo, podrá pagarse, en su totalidad o en parte, en forma de derecho de uso y habitación*”.

³⁰⁹Como indica CUENA CASAS, M. “*La insolvencia familiar...*” *op.cit.* Pág. 232, este derecho de uso atribuido judicialmente también repercutirá en el seno de un procedimiento concursal de alguno de los cónyuges, a la hora de practicar la oportuna liquidación de cargas y efectuar el descuento del precio de tasación pericial del inmueble. Por su parte, en el art. 26.b) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, también prevé el derecho de uso que grava el inmueble a la hora de calcular el montante del tributo.

³¹⁰Constituye doctrina del Tribunal Supremo la imposibilidad de limitar el derecho de uso de la vivienda cuando existen hijos menores de edad. Así ha sido puesto de manifiesto en las sentencias de 1 de abril (RJ 2011/3139), de 14 de abril

de concurrir hijos menores de edad. Las facultades dominicales del cónyuge no beneficiario pueden verse restringidas con carácter indefinido. Sin embargo, resulta un criterio común de las normativas autonómicas la efectiva limitación temporal del derecho de uso de la vivienda familiar. En este sentido, el art. 81 del CDFA indica que *“La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia”*³¹². Por su parte, la Ley valenciana indica que *“la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario”* (art. 6.3).

Resulta objetivo que el ordenamiento jurídico establece una posición de desigualdad en relación a uno u otro cónyuge en función de la atribución de dicho derecho de uso, llegando en ocasiones a dejar al cónyuge no beneficiario en una situación económica límite. Veamos las peculiaridades que reviste dicho régimen, atendiendo al título de disposición de la vivienda, y las posibles soluciones que pueden aportarse a cada uno de los supuestos.

b) Carácter privativo de la vivienda familiar.

El art. 96 CC no hace distinción respecto de la titularidad de la vivienda, determinando como criterio general que se atribuirá el derecho de uso de la vivienda a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Como hemos analizado, en los supuestos de custodia compartida habrá de

(RJ 2011/3590), 21 de junio (RJ 2011/7325) y 30 de septiembre de 2011 (RJ 2011/7387) donde el Tribunal sienta doctrina jurisprudencial en interés casacional. El Tribunal Supremo entiende que la atribución del uso de la vivienda familiar al menor y al progenitor custodio constituye una manifestación del principio del interés del menor, de suerte que el art. 96 CC constituye una norma taxativa que no permite establecer ninguna limitación temporal a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo

³¹¹En todas las legislaciones autonómicas reguladoras de la custodia compartida el derecho de uso reviste carácter temporal. Como ejemplo, podemos citar la Ley aragonesa, cuyo art. 7.3 consagra que *“La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia.”*

³¹²El Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en su sentencia de 13 de julio de 2012, aclara que la regla que consagra el art. 81.2 CDFA es la atribución del uso de la vivienda al progenitor a quien corresponda de forma individual la custodia de los hijos. Pero el legislador aragonés no ha querido dejar en la indeterminación la necesaria liquidación de los intereses económicos o patrimoniales de los progenitores, ya que no en todos los casos existen razones atendibles para un uso de larga duración, y menos para acordar un uso ilimitado, pues la subsistencia de vínculos de tal naturaleza constituye de ordinario fuente de conflictos, además de que puede lesionar el interés del otro si es propietario o copropietario de la vivienda. Por ello, en el art. 81.3 se ordena que tal uso debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia.

estar a otros criterios, relativos a la capacidad económica de los cónyuges, a la hora de apreciar el interés del cónyuge más necesitado de protección.

En los supuestos en los que la vivienda privativa de uno de los cónyuges ha sido utilizada como vivienda familiar, es preciso adoptar una serie de cautelas. Lo adecuado sería respetar en la medida de lo posible el derecho de propiedad privada del cónyuge titular, integrando una solución alternativa para satisfacer el derecho de habitación del menor sin perjudicar los derechos dominicales del progenitor titular de la vivienda³¹³. Ahora bien, en el caso de que la capacidad económica del cónyuge no propietario sea inferior a la del titular, unido a la dificultad de proveerse otra vivienda en las inmediaciones de la hasta ahora vivienda familiar, determinarán la atribución judicial del uso de la vivienda al cónyuge no propietario. En este caso, será el cónyuge propietario el que deberá acceder a otra vivienda, en el mismo entorno que la suya propia, para poder materializar la custodia compartida otorgada.

Como hemos adelantado, la atribución del derecho de uso al cónyuge no propietario no va ligado a una compensación económica al cónyuge propietario, de suerte que podrá residir gratuitamente en la vivienda hasta que los hijos menores adquieran la mayoría de edad o se independicen económicamente. Dicha situación no concurren el derecho catalán en el que se determina que tanto si la vivienda pertenece en todo o en parte al cónyuge no beneficiario, la atribución del uso de la vivienda, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria³¹⁴ que eventualmente devengue el otro cónyuge³¹⁵.

Tampoco ocurre así en el Derecho valenciano. En el art. 6.1 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, en el que expresamente se indica que:

³¹³Una de las conclusiones del II Encuentro de Jueces y Abogados de Familia determinaba que “Si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los progenitores o pertenece a un tercero, se debería prever la posibilidad de soluciones alternativas a la atribución del derecho de uso, siempre que se garantice el derecho de habitación del menor”:

³¹⁴También se reconoce así de forma expresa en el Derecho francés. En el art. 274 del Code civil se establece lo siguiente: “El Juez decidirá las modalidades según las cuales se ejecutará la prestación compensatoria entre las formas siguientes:

1º Pago de una cantidad de dinero (...)

2º Atribución de bienes en propiedad, o de un derecho temporal o vitalicio de uso, de vivienda o de usufructo, actuando la sentencia como una cesión forzosa a favor del acreedor. Sin embargo se exigirá el acuerdo del cónyuge deudor para la atribución en propiedad de bienes que él haya recibido por herencia o donación”.

³¹⁵Así se dispone en el art. 233-20.7 del Código de Familia de Cataluña.

“En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores”.

Sin embargo, la regulación del Código Civil no contempla ningún tipo de compensación económica, dando lugar a una situación verdaderamente injusta. Actualmente, resulta habitual que ambos progenitores trabajen y ganen sus respectivos sueldos. Dada la integración de la mujer al mercado laboral y la difícil situación económica actual, no resulta extraño que la capacidad económica de uno y otro cónyuge resulten muy similares³¹⁶. En base a la redacción del Código, si se otorgase la custodia al cónyuge no propietario, aunque su sueldo fuese superior al del propietario de la vivienda, le sería atribuida la titularidad del derecho de uso, teniendo el propietario que salir de su propia vivienda, teniendo que abonar una determinada cantidad mensual para acceder a otra vivienda.

Si nos encontrásemos ante un supuesto de custodia compartida, lo aconsejable sería respetar en la medida de lo posible las facultades dominicales del cónyuge titular³¹⁷. Ahora bien, si la capacidad económica del propietario fuese superior a la del otro cónyuge y quisiesen ejercitar una custodia conjunta, éste debería abandonar su vivienda privativa para acceder a otra de similares circunstancias, en las inmediaciones de la familiar, para poder cumplir con el requisito de cercanía domiciliaria.

³¹⁶MORENO VELASCO, V. “La atribución del uso...” *op.cit.* Pág. 2

³¹⁷En este sentido, la regulación valenciana determina que “Salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculden para ocuparla como tal residencia familiar. Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos, éste cesará en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso (art. 6.2 de la Ley Valenciana).

Otra circunstancia a tener en cuenta versa en el pago del préstamo hipotecario que recae sobre dicha vivienda familiar. El Tribunal Supremo, en su reciente sentencia de 28 de marzo de 2011, ha dictaminado que el pago de la deuda hipotecaria no constituye carga matrimonial, lo que determina que habrá de ser abonado íntegramente por el propietario de la vivienda³¹⁸. Si a ello se le suma que este progenitor ha de abonar también una determinada renta para poder residir en una nueva vivienda, próxima a la familiar, además de hacer frente a la pensión de alimentos de los hijos y en su caso a la pensión compensatoria en favor de su ex-cónyuge. Objetivamente, el coste económico del divorcio o separación resulta extraordinario para una parte y, como contrapartida, prácticamente gratuito para la otra.

Si alzamos la vista a la regulación extranjera, vemos que la situación difiere a la hasta ahora explicada. Así, en Francia se prevé expresamente la compensación económica por parte del cónyuge beneficiario. En primer lugar, el art. 262-1 del Código civil francés pone de manifiesto la importancia económica del derecho de uso cuando, a la hora de regular los efectos de la sentencia de divorcio, prevé expresamente que “el disfrute de la vivienda familiar por parte de uno de los cónyuges conservará un carácter gratuito hasta el acta de no conciliación, salvo decisión contraria del juez³¹⁹”. Se reconoce expresamente que el carácter gratuito del derecho de uso cuanta con una limitación temporal, al contrario de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico español en el que dicha gratuidad reviste carácter indefinido.

Asimismo, el art. 255 del mismo cuerpo legal faculta al Juez para atribuir a uno de ellos el disfrute de la vivienda y el mobiliario familiar precisando su carácter gratuito o no, y eventualmente, constatando el acuerdo de los cónyuges sobre el importe de una indemnización por ocupación. Se reconoce la posibilidad de equilibrar el sistema de atribución del uso de la vivienda por vía de una compensación económica. El art. 285-1 continúa diciendo que si la vivienda familiar pertenece en propio o personalmente a uno de los cónyuges, el juez podrá atribuirlo en alquiler al cónyuge que ejerza sólo o de forma conjunta la patria potestad de uno o de varios de los hijos cuando estos tuvieran su residencia habitual en dicha vivienda y su interés así lo exigiese. El Juez

³¹⁸En virtud de las STS de 5 de noviembre de 2008 (RJ 2009/3) y STS de 28 de marzo de 2011 (JUR 2011/939) se asienta doctrina jurisprudencial en materia de pago de las cuotas del préstamo hipotecario: “*el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el art. 1362.2º CC y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 CC (...), excepto la distribución de las cuotas relativas al pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar, que deberán ser pagadas por mitad entre los cónyuges propietarios*”.

³¹⁹Reformado por la Ley nº 2004-439 de 26 de mayo de 2004 art. 15 Diario Oficial de 27 de mayo de 2004 en vigor el 1 de enero de 2005.

fijará la duración del arrendamiento y podrá renovarlo hasta la mayoría de edad del hijo más joven. En todos los casos, el Juez podrá rescindir el arrendamiento si las nuevas circunstancias lo justificaran³²⁰.

Por su parte en Italia, el art. 155.4 del Código Civil italiano sigue la misma trayectoria que el art. 96 CC, respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar en interés de los menores, sin previsión de compensación económica al respecto. Sin embargo, si tiene en cuenta a la hora de atribuir dicho uso los ingresos de ambos progenitores, así como el título de propiedad. La Corte de Casación italiana, Sección I civil, en Sentencia de 22 de marzo de 2007, nº 6979 señala que las decisiones respecto de la atribución de la vivienda familiar deben llevarse a cabo teniendo en cuenta el interés de los hijos, no pudiendo ser dispuesta en sustitución de las pensiones de mantenimiento o de la pensión compensatoria³²¹. El mismo finaliza en el momento en el que el beneficiario deje de residir de manera estable en la vivienda familiar, cuando conviva maritalmente con un tercero, así como en el momento en el que contraiga nuevas nupcias. En los supuestos de vivienda familiar en arrendamiento, el Derecho italiano opta por la cesión *ex lege* del mismo en favor del esposo al que el Juez haya atribuido el uso de la vivienda³²².

En mi opinión, a la hora de equilibrar la situación lo aconsejable resultaría atribuir el derecho de uso al cónyuge titular de la vivienda, siempre que el otro cónyuge pueda acceder a otra vivienda que satisfaga adecuadamente el derecho de habitación de los menores, respetando los requisitos básicos para poder ejercitar una custodia compartida. En caso de que no concurriese dicha circunstancia, el cónyuge beneficiario podría compensar económicamente al cónyuge titular en el momento de la liquidación del régimen económico matrimonial. En este caso, se atribuiría el derecho de uso de la vivienda al cónyuge no titular, si bien limitado temporalmente.

Algunos autores entienden que otra opción podría resultar atribuir el uso alternativo de la vivienda por períodos alternos³²³. Sin embargo, como ya hemos indicado, entiendo que esta posibilidad resulta difícilmente operativa en la práctica. Si bien el problema económico podría verse reducido al compartir la otra vivienda en la que hayan de residir los progenitores el período en que no convivan con los hijos, uno de los conflictos principales versaría en el pago no repartido de los

³²⁰*Idem.*

³²¹MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. *op.cit.* Pág. 9

³²²MARTÍNEZ MELÉNDEZ, M.T. *op.cit.* Pág. 103.

³²³GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. “*El derecho de uso...*” *op.cit.* Pág.5

gastos derivados de la titularidad del vivienda por el propietario, como son el IBI, el préstamo hipotecario o los gastos de comunidad³²⁴.

c) Carácter ganancial de la vivienda familiar.

En los supuestos de ganancialidad de la vivienda familiar la desigualdad derivada del régimen legal reviste, si cabe, mayor complejidad. En este supuesto los cónyuges son titulares, no de la mitad exacta de la vivienda, sino de una cuota de la comunidad post-ganancial. A diferencia de lo que ocurre en los supuestos de comunidad pro-indiviso³²⁵, en los que cualquiera de los cónyuges puede instar la división de la cosa común (art. 400 CC), en el supuesto de la vivienda ganancial, no opera dicha celeridad en cuanto a la disposición de la misma. Junto al procedimiento de separación o divorcio resulta habitual solicitar la liquidación de la sociedad ganancial, con el objeto de adjudicarse los bienes que integran dicha comunidad. El problema es que, de ordinario, constituye un proceso lento y costoso que entorpece la toma de decisiones en relación con la vivienda familiar.

La situación económica vigente determina que, ante la dificultad de acceso a la vivienda familiar, las familias se vean obligadas a solicitar un préstamo ante la entidad financiera para poder hacer frente al pago de la hipoteca³²⁶. En dicho contrato, ambos cónyuges figuran como cotitulares

³²⁴HERRERO GONZÁLEZ, R. *op.cit.* Págs. 4 y ss. Pese a que ambos progenitores pudiesen pactar el pago compartido de esta batería de gastos, lo cierto es que ante los distintos acreedores (Hacienda Pública, en el caso del IBI; la entidad financiera, en el caso del préstamo hipotecario; la comunidad de propietarios, en el supuesto del pago de gastos de comunidad en un régimen de Propiedad Horizontal) continúa respondiendo, con carácter exclusivo, el titular privativo de la vivienda. Dicha circunstancia no se encuentra exenta de conflictividad en los supuestos de impago por parte del cónyuge no titular. En la medida en la que el cónyuge propietario está abonando una deuda propia, tras la reciente doctrina del Tribunal Supremo, no cabría la posibilidad de repetir contra el otro cónyuge por la cantidad impagada, siendo íntegramente responsable frente a los acreedores.

³²⁵BARCONES AGUSTÍN, N. “*Problemas que presenta la división de la vivienda familiar. Especial referencia a la subasta judicial*”. Boletín núm. 2085 del Ministerio de Justicia, julio, 2013, págs. 7-9. <www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292338963543?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content...> En los supuestos de comunidad pro-indiviso en los que hubiese sido atribuido el derecho de uso sobre la vivienda familiar a uno de los cónyuges, la solicitud de la división de la cosa común, en virtud del art. 400 CC, habrá de coordinarse con el derecho de uso concedido. En este sentido, aunque se reconozca en sentencia el derecho a la división de la vivienda familiar, si se procede a la ejecución de dicha sentencia, en modo alguno podrá afectar la ejecución al mantenimiento del derecho de uso reconocido a uno de los cónyuges. (SSTS de 22 de septiembre de 1988, RJ 1988/6852; de 22 de diciembre de 1992, RJ 1992/10684). A su vez, y en cumplimiento de la previsión del art. 404 CC, dicha división podrá ser sustituida la adjudicación a un copropietario de la vivienda, indemnizando al otro o mediante la venta de la cosa y reparto del precio.

³²⁶Con anterioridad a la doctrina asentada por el Tribunal Supremo en materia de pago del préstamo hipotecario (STS de 28 de marzo de 2011), la jurisprudencia menor se presentaba vacilante. Como consecuencia de considerar el pago del préstamo como carga familiar, la jurisprudencia menor aceptaba que el pago de las cuotas del préstamo fuese proporcional a los ingresos de cada cónyuge. El Tribunal Supremo acaba con dicha tendencia, al entender que ambos

del préstamo y, en consecuencia, son deudores solidarios frente a la entidad financiera con la que hayan contratado. Constante el matrimonio, resulta frecuente que el pago de la deuda no se realice por partes iguales, especialmente en los supuestos en los que existe una desigualdad económica entre los cónyuges, situación muy habitual en caso de que alguno de ellos pierda su empleo³²⁷.

En base a la doctrina asentada en virtud de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2011, el pago de la deuda hipotecaria no se computa como carga matrimonial, de manera que en el momento en el que deviene la crisis matrimonial, el conflicto tanto jurídico como económico está asegurado. Pese a que el crédito hubiese sido solicitado en su día para la atención de una necesidad de la sociedad conyugal, como es la adquisición de una vivienda donde ubicar el domicilio familiar, dicha circunstancia no resultó suficiente para aceptar una contribución desigual al pago de la cuota del préstamo³²⁸.

Atendiendo al criterio familiar más necesitado de protección, si se acredita que uno de los cónyuges posee una mayor capacidad económica que el otro, pudiéndose permitir residir en otra vivienda próxima a la familiar, se procederá a la atribución en favor del otro cónyuge del derecho de uso de la vivienda familiar³²⁹. El problema versa en que es necesario continuar pagando el

han de abonar por mitad el pago de las cuotas derivada de la cotitularidad contractual frente a la entidad crediticia. No cabe, por ejemplo, que el pago del préstamo recaiga únicamente sobre el marido, exonerando a la mujer, asimismo cotitular, del pago. Esto implicaría una novación contractual, para la cual, necesariamente se precisaría el consentimiento al efecto del acreedor crediticio. Resulta ejemplificativa la SAP de Barcelona de 23 de noviembre de 2010 (JUR 2011/90173) a la hora de explicar la tendencia de la Jurisprudencia menor anterior al 2011: "Esta cuestión controvertida tiene diferente tratamiento por las dos Salas de esta Audiencia Provincial de Barcelona dedicadas a Derecho de Familia. Mientras la Sala 12ª considera que el pago de los préstamos hipotecarios no deben tener el tratamiento de cargas familiares, y por tanto no tienen cabida en las sentencias de familia, esta Sala 18ª considera que las sentencias de separación y divorcio deben recoger tal pronunciamiento, que no vinculará a la entidad bancaria, sino solo a las partes del proceso matrimonial; y permitirá a los litigantes asegurar por vía de ejecución de sentencia, el cumplimiento de la obligación contraída con terceros, pues tal pronunciamiento en nada afecta al título, sino que lo que se trata es de garantizar el pacífico uso de la vivienda que se ha atribuido a la progenitora custodia de unos hijos comunes de las partes que con ella conviven". En el mismo sentido, STSJC de 10 de septiembre de 2011 (RJ 2011/2458)

³²⁷En la SAP de Murcia de 22 de diciembre de 2012 (JUR 2012/8887) se acuerda una custodia compartida de la hija menor atribuyendo el uso de la vivienda familiar a la madre, en la medida en la que carece de recursos económicos para proveerse de otra vivienda en alquiler durante el período de tiempo que la hija permanezca con su padre. Ello no la exime de su obligación de satisfacer por mitad el importe de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, pese a la voluntad inicial del progenitor de hacerse cargo del pago íntegro del mismo.

³²⁸COSTAS RODAL, L. "Préstamo hipotecario que grava vivienda familiar ganancial: obligación de los ex cónyuges de pagar las cuotas hipotecarias por mitad. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2011", Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 3/2011 (BIB 2011/769), Aranzadi, 2011, pág. 3.

³²⁹Así se establece en Aragón. La Ley atiende al interés del cónyuge más necesitado de protección, tanto a la hora de otorgar el uso de la vivienda en los supuestos de custodia compartida como en los supuestos de custodia individual ("En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que **por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda** y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares. Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma

préstamo hipotecario, préstamo que como habíamos indicado anteriormente, no venía siendo pagado por partes iguales pese a que frente a la entidad financiera ambos son titulares del mismo³³⁰. En caso de que, tras la crisis matrimonial, continúen manteniendo el mismo volumen de pago, la situación devendría realmente injusta en el supuesto de que el progenitor que haya tenido que abandonar la vivienda pague, por ejemplo, el 65% del préstamo, mientras que el otro pague únicamente el 35% y, a su vez, sea titular del derecho de uso de la vivienda³³¹.

En la medida en la que el pago del préstamo no computa como carga familiar³³², el progenitor que ha tenido que abandonar la vivienda, debido a que posee una mayor capacidad económica y que, a su vez, pagaba una mayor cuota del préstamo, no puede computar dicho gasto a la hora de cuantificar la pensión de alimentos. En este sentido, ha de pagar, como mínimo, la mitad del préstamo hipotecario de la vivienda en la que ya no reside, más la pensión de alimentos, en su caso la pensión compensatoria y, adicionalmente, la cuantía derivada de la nueva vivienda en la que resida, en renta o en propiedad³³³. El desembolso económico es extraordinario³³⁴.

individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor.” Arts . 7.1 y 2)

³³⁰La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor” (art. 1205 CC). En este sentido, el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de noviembre de 1996 (RJ 1996/8283) explica lo siguiente: “*La novación extintiva en cuanto verdadera y propia novación, debe configurarse sólo con elementos fácticos claros, que acrediten la voluntad libre de las partes y de manera especial el consentimiento del acreedor, conforme determina el artículo 1.205 del Código Civil ... No puede... confundirse el conocimiento por el acreedor de la subrogación habida entre el primitivo deudor y deudor sustituto (relación perfectamente obligatoria entre ambos) con el consentimiento del acreedor, que supondría en cuanto a éste último, la liberación del primitivo deudor...*”. En igual sentido, STS de 20 de mayo de 1997 (RJ 1997/3890), STS de 13 de diciembre de 2007 (RJ 2007/8927), entre otras.

³³¹A diferencia de lo que ocurre, como ya hemos analizado, en el Derecho Francés, esta situación se vería más equilibrada ante la compensación legalmente expresa del derecho de uso de la vivienda y el cómputo de la pensión alimenticia y/o de la compensatoria. Vid. Supra. IV. 4. Apartado b).

³³²RUBIO TORRANO, E. “*Sobre el pago de cuotas de crédito hipotecario para vivienda familiar contratado por cónyuges antes del divorcio*”, Aranzadi Civil-Mercantil num. 3/2011 (BIB 2011\758), Aranzadi, 2011, pág. 3, el TS adopta en su sentencia de 28 de marzo de 2011 la solución del art. 231-5 del Código Civil de Cataluña que elimina la consideración de cargas familiares del pago de las cuotas hipotecarias derivadas de la adquisición de la vivienda familiar, en relación con su art. 233-23, que se remite al título constitutivo para establecer el reparto de las obligaciones contraídas para la adquisición de la vivienda familiar cuando su uso se ha atribuido a uno solo de los cónyuges, siendo de su cargo los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación (art. 233-23, párrafo segundo CC Cataluña).

³³³MORENO VELASCO, V; GAUDET, J. *op.cit.* Pág 2. entiende que la medida más justa en estos casos consistiría que en el progenitor que se queda en la vivienda familiar, “*contribuya al pago del alquiler de la vivienda que debe ocupar el otro progenitor y que ambos contribuyan a los gastos de la vivienda familiar*”.

³³⁴Debido a esta fuerte carga económica a cargo de un solo cónyuge, no resulta infrecuente que se proceda al impago del préstamo hipotecario con el consiguiente riesgo de ejecución hipotecaria de la vivienda familiar. Para evitar el desahucio de los menores con el cónyuge que tiene atribuido el uso, CUENA CASAS, M. en el curso de verano de la Universidad Complutense de Madrid “*Matrimonio y Ruptura: examen jurídico de la custodia compartida*” celebrado los días 15 y 16 de julio de 2013 consideró que el cónyuge beneficiario abandone el hogar familiar y acceda a una

Con el objeto de intentar equilibrar el sistema vigente, la solución óptima sería proceder a la realización del inmueble, bien mediante su venta³³⁵, bien mediante la adjudicación en su totalidad a uno de los cónyuges³³⁶. En el primer caso, en la medida en la que ambos son titulares de la vivienda, ambos tienen derecho a la mitad del precio obtenido por su venta, pese a que el desembolso de uno de ellos a efectos del pago del préstamo haya sido superior. En otro contexto, dicha situación determinaría el ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto. Sin embargo, la jurisprudencia no acepta dicho planteamiento al considerar que dicha situación se encuentra amparada legalmente en aras de satisfacer el interés más necesitado de protección.

Con respecto a la segunda opción, constituiría una posible solución el hecho de que en la liquidación de la sociedad de gananciales, el cónyuge que venía pagando la mayor parte del préstamo se adjudicase en su totalidad la vivienda. Dicha circunstancia no exoneraría al otro cónyuge del pago de la mitad de las cuotas del préstamo restantes salvo que el acreedor crediticio consintiese una novación contractual al efecto. De esta manera, el cónyuge adjudicatario pagaría por entero el préstamo, asumiendo asimismo la propiedad del inmueble y abonando al otro cónyuge las cantidades que hubiese pagado como cotitular de la relación crediticia hasta la fecha. Sin embargo, se continúa manteniendo el problema de la gratuidad del derecho de uso que hubiese sido adjudicado al cónyuge que ahora rechaza la adjudicación de la mitad de la vivienda. En estos casos, al igual que ocurría en el supuesto de que la vivienda fuese privativa de uno solo de los cónyuges, es preciso tratar de respetar, en la medida de lo posible, el derecho de propiedad del cónyuge³³⁷. El progenitor no propietario podría valerse de otra vivienda en arrendamiento cuya renta podría computarse en el pago de la pensión de alimentos de los hijos menores.

vivienda en arrendamiento. De esta manera, la renta de arrendamiento ha de ser integrada en el cómputo de la pensión de alimentos, a la cual el otro progenitor se encuentra necesariamente obligado a hacer frente, bajo sanción penal.

³³⁵Esta es la medida acordada en el art. 7.4 de la Ley de Aragón: “*Cuando el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el Juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares*”.

³³⁶GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. “*El derecho de uso...*”. *op.cit.* Pág. 4

³³⁷MARTÍNEZ MELÉNDEZ, M.T. *op.cit.* Págs. 406 y ss, establece que el ordenamiento civil no prevé ningún derecho de atribución preferente a ninguno de los cónyuges en orden a la adjudicación de la vivienda familiar ganancial. La jurisprudencia tiende a adjudicar la vivienda al esposo beneficiario del uso, zanjando así los problemas derivados de la privación de la propiedad del inmueble al cónyuge no beneficiario. Dicha circunstancia determinará que, si antes la necesidad de vivienda de los hijos menores era satisfecha por ambos progenitores, ahora pasa a estar satisfecha íntegramente por el cónyuge titular, de suerte que es preciso que se incremente la pensión de alimentos a cargo del cónyuge no adjudicatario en la mitad del valor mensual del uso de la vivienda

Otra posibilidad se basaría en que cada uno se adjudique la mitad de la vivienda familiar, de manera que si uno continúa pagando únicamente el 35%, continuará siendo titular de la mitad de la vivienda, si bien ahora el otro cónyuge podrá exigir, a través de la acción de reembolso, el 15% de deuda ajena. Dicha opción resultaría la más justa³³⁸, si bien es cierto que la dificultad a la hora de llevar a cabo la liquidación de la sociedad, especialmente en los procedimientos contenciosos, retrasaría la efectividad de la misma³³⁹. Además, la problemática de la ocupación gratuita de la vivienda, sin posibilidad de compensación respecto del otro cónyuge, continuaría estando vigente.

Una circunstancia común tanto al supuesto de vivienda familiar privativa de uno de los cónyuges como en el caso de vivienda ganancial versa sobre la ocupación de la misma por un tercero ajeno al núcleo familiar. Es el supuesto paradigmático del cónyuge beneficiario que rehace su vida sentimental, de manera que su nuevo compañero o compañera pasa a residir a la vivienda familiar³⁴⁰. Ante esta situación, la legislación del código civil no permite el cese del derecho de uso por parte del titular del mismo. Resulta esclarecedora la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 4 de abril de 2007, donde se recoge perfectamente la actitud de la jurisprudencia ante este tipo de situaciones. Así, se argumenta que:

“(…) Tampoco cabe apreciar que la situación de hecho contemplada en la sentencia recurrida suponga, como sostiene la parte apelada, un caso de abuso de derecho, pues el comportamiento que se reprocha a la demandante (convivencia marital en la vivienda familiar con su actual pareja, en compañía del hijo de los litigantes y del habido de esa nueva relación, y no en la vivienda propiedad de dicha pareja) no resulta contrario a la ley, ni formal ni sustancialmente (...) Pues bien, la permanencia en la vivienda familiar en los términos que acabamos de señalar no sobrepasa ninguno de estos límites pues sin siquiera concurre el requisito del daño para, en este caso, el demandado, y que viene exigido por el artículo 7.2 del Código civil. En efecto, la queja de éste, humanamente, si se quiere, comprensible, pero jurídicamente inatendible, se centra en un sentimiento de injusticia por la

³³⁸ Así lo indica CUENA CASAS, M “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2011”, disponible en Lexfamily.es, Revista jurídica de Derecho de Familia, <<http://www.lexfamily.es/revista.php?codigo=948>> Mientras se mantiene la cotitularidad de ambos, el cónyuge con más ingresos pague un mayor porcentaje de la deuda hipotecaria. De esta suerte, si bien en el momento de la venta de la vivienda ambos se repartirán el precio de la misma por mitad, el que pagó más podría ejercitar una acción de reembolso frente al otro cónyuge (art. 1158 CC). Así se compensa al que paga mayor porcentaje, sin cercenar las facultades dominicales del otro cónyuge en peor situación económica.

³³⁹ Como explica HERRERA PUENTES, P.J “Vivienda: atribución del uso”. EN: Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales. Edit. Sepín. Madrid, 2005, Pág. 584, una posible traba se basa en que el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial podría ser prolongado más de lo debido por el beneficiario de la atribución del uso con el objetivo de permanecer más tiempo disfrutando del inmueble.

³⁴⁰ LUQUE JIMÉNEZ, M.C. “La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial”, Colección Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2010, Pág. 107; IVARS RUÍZ, J. *op.cit.* Pág. 42.

utilización de dicha vivienda por un tercero que no paga nada por ello y que además tiene una vivienda en propiedad, dando por supuestos que esta situación le ocasiona un daño, cuando lo cierto es que su perjuicio económico, como antes hemos apuntado, proviene directamente de la prevalencia que el legislador ha otorgado al interés de los menores, y no del comportamiento de la demandante, que se atiene, en el ejercicio del derecho de uso conferido, a la finalidad que le es propia, sin que, desde esta perspectiva, suponga agravamiento alguno en su posición el uso de la vivienda familiar por un tercero, cuya situación económica, a estos efectos, es irrelevante. De igual modo, tampoco cabe apreciar un supuesto de enriquecimiento injusto, pues la pérdida económica que se alega por el esposo demandado no proviene de la convivencia marital de su ex-esposa con un tercero, cualquiera que sea su capacidad económica, ni tampoco de que esa convivencia se desarrolle en la vivienda familiar, sino, única y exclusivamente, de la sujeción de esta vivienda a la finalidad de servir de morada al hijo común de los litigantes, todavía menor de edad (...). En conclusión, la disposición del párrafo primero del artículo 96 del Código Civil no admite excepciones ni modulaciones como las que hemos analizado pues no permite al juzgador una ponderación de los distintos intereses enfrentados para resolver cuál de ellos, a su juicio, merece una mayor protección, pues esta labor, se comparta o no, ya ha sido realizada por el propio legislador en la norma analizada”.

De forma unánime, la jurisprudencia ha negado la limitación temporal del derecho de uso, contemplando como causa de extinción del mismo, la convivencia marital del beneficiario con un tercero³⁴¹. Se ha entendido que la atribución del uso se realiza a efectos de salvaguardar el interés superior del menor, permitiendo que éste permanezca en la vivienda familiar con el cónyuge que ostenta la custodia. La presencia de un tercero que conviva maritalmente con dicho progenitor no se considera un abuso de derecho ni un enriquecimiento injusto, pese a que no tenga que abonar nada por residir en una vivienda que no le pertenece. Tampoco se entiende que constituya una vulneración de la finalidad para la que fue otorgado el uso, ya que de la convivencia de un tercero en el mismo hogar no se deriva ningún otro derecho.

Dicha circunstancia no opera en Cataluña en la que constituye causa expresa que pone fin a este derecho de ocupación³⁴². Así, el art. 233-24 del Codi de Família catalán prevé expresamente

³⁴¹Sin embargo, dicha convivencia marital con tercero sí que constituye causa de extinción de la pensión compensatoria reconocida al cónyuge que sufra un desequilibrio económico importante como consecuencia de la ruptura matrimonial, tal y como reza el art. 97 CC.

³⁴²No ocurre lo mismo en Aragón, donde la convivencia marital, al igual que la regulación estatal, solo opera como causa de extinción de la pensión o asignación compensatoria: *La asignación compensatoria se extinguirá en los supuestos de nueva convivencia marital del perceptor, alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó, la muerte del perceptor, cumplimiento del plazo de duración, así como por el incumplimiento de su finalidad.*(art. 9.5 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.)

que el derecho de uso se extingue por “matrimonio o por convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona”. De esta manera, una vez extinguido el derecho de uso, el cónyuge que es titular de la vivienda puede recuperar su posesión, pudiendo solicitar, si procede, la cancelación registral del derecho de uso (Apartado 3). Por su parte, el art. 6.3 de la Ley valencia de custodia compartida también determina la limitación temporal de la atribución de la vivienda, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario.

En mi opinión, la convivencia marital de un tercero en la vivienda que pertenece en todo o en parte al otro cónyuge sí que constituye causa suficiente para solicitar una modificación de medidas en aras de poner fin a dicho derecho. La protección jurídica que alberga el derecho de uso al cónyuge más necesitado de protección no es extensible a terceros ajenos al núcleo familiar. En el supuesto de que la vivienda fuese ganancial, una posible solución versaría en que el cónyuge instase la liquidación de la sociedad ganancial, con el objeto de proceder a la realización del inmueble, atendiendo a la enajenación del mismo o a su adjudicación a uno u otro cónyuge.

c) Vivienda familiar en arrendamiento.

En determinadas ocasiones, la vivienda familiar en la que se venía residiendo con carácter habitual no es titularidad de ninguno de los cónyuges. En este caso, podemos encontrarnos ante un supuesto de vivienda en arrendamiento o ante una cesión gratuita o precario. El común denominador de ambos supuestos trae como base una premisa básica de la teoría general de los Derechos Reales: no cabe la posibilidad de gravar un bien ajeno sin el consentimiento de su propietario³⁴³. Consecuentemente, no cabe la constitución judicial del derecho de uso sobre una vivienda perteneciente a tercero ajeno a la crisis marital si no concurre un título jurídico de ocupación sobre el que apoyarse³⁴⁴.

³⁴³ Como indican las SSTS de 30 de octubre de 1986 (RJ 1986/6017) y 22 de octubre de 1987 (RJ 1987/7463), lo que caracteriza al precario es el disfrute de una cosa ajena, sin que a cambio del mismo, se pague un precio en concepto de renta, pues ello llevaría a que nos situásemos fuera del concepto o idea del comodato, esencialmente gratuito (art. 1740 CC) y pasásemos al de arrendamiento, como se deriva de la dicción de los arts. 1543 y 1741 CC.

³⁴⁴ STS de 18 de marzo de 2011 (RJ 2011/935): "*Para el caso de que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación, y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia. Tal y como indica la sentencia del pleno de la Sala de 18 de enero de 2010, la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del Derecho de*

En estos casos, la protección jurídica de la vivienda tras la crisis conyugal difiere del régimen analizado hasta ahora³⁴⁵. Cuando la vivienda familiar es ocupada en virtud de un título de arrendamiento, la protección del derecho de habitación de los menores gira en torno a la existencia de un contrato o negocio jurídico. Ahora bien, cuando el contrato de arrendamiento finalice, el contrato se extingue y el derecho de uso que se sustentaba en ese contrato de arrendamiento, también caerá. Dicha circunstancia, pese a que presente menores garantías que en los supuestos en los que la vivienda es titularidad de uno o de los dos cónyuges, ofrece una mayor seguridad jurídica que las situaciones de comodato o de precario.

Debido a la dificultad de acceso a una vivienda en propiedad, así como al movimiento geográfico continuado debido a motivos laborales, existe una tendencia creciente a articular la organización familiar en torno al arrendamiento de la vivienda³⁴⁶. El legislador ha sido consciente de dicha circunstancia, lo que ha determinado la reciente reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU) a través de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas³⁴⁷. En dicho cuerpo legal, se establece una nueva redacción del artículo 15 de la LAU, a saber:

«Artículo 15. Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario.

1. En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil que resulte de aplicación. El

propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges, nada tienen que ver con los terceros propietarios.”

³⁴⁵ Así lo expresa GUILARTE GUTIÉRREZ, V. “*Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial*” Aranzadi Civil-Mercantil vol. I (BIB1994\72), Aranzadi, 1994, Pág. 3, cuando analiza las diferencias de la doctrina en materia de uso de la vivienda familiar tras la ruptura matrimonial cuando alguno de los esposos, o ambos, ostenta un derecho de propiedad sobre la misma de los supuestos en los que los que ninguno de los esposos sean titulares de la vivienda cuyo uso se adjudica a uno de ellos. En tal caso, insiste en que la resolución judicial no crea *per se* un derecho originario, nuevo, oponible *erga omnes* sino que, frente a terceros sólo podrán oponerse por el cónyuge ocupante las facultades de que antes disponían ambos esposos.

³⁴⁶ Pese a ello, el porcentaje de población nacional que habita en una vivienda en alquiler se sitúa en el 17%, frente a la media de la Unión Europea que está cercano al 30%. Continúa existiendo una elevada tasa de vivienda en propiedad en comparación con la de vivienda en alquiler, razón por la que la nueva Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas viene a potenciar el mercado de alquiler en España. GARCÍA DE PABLOS, J.F. “*Las nuevas medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas*”, Revista Aranzadi Doctrinal num. 4/2013 (BIB 2013\1461) Aranzadi, 2013, Pág.1

³⁴⁷ Disposición 5941 del BOE núm. 134 de 2013 – BOE-A-2013-5941 (<http://www.boe.es/boe/dias/2013/06/05/pdfs/BOE-A-2013-5941.pdf>)

cónyuge a quien se haya atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, *pasará a ser el titular del contrato*.

2. La voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda

La nueva literalidad del precepto clarifica, respecto del régimen anterior, la situación del cónyuge no arrendatario en los supuestos de abandono de la vivienda del cónyuge titular del contrato como consecuencia de la crisis conyugal³⁴⁸. Hasta la fecha, la redacción anterior del artículo 15 de la LAU³⁴⁹ ofrecía la posibilidad de que, en caso de serle atribuido judicialmente el derecho de uso al cónyuge no arrendatario, éste podría continuar en la vivienda por el período temporal que restase hasta que se produjese la extinción del contrato, pese a no ser parte del mismo³⁵⁰.

Ante un contrato de arrendamiento celebrado por el marido por una duración de 5 años³⁵¹, devenida la crisis conyugal, cabe la atribución judicial del uso de la misma a la mujer, si las circunstancias concurrentes así lo aconsejan. El problema, derivado de la vaguedad del antiguo precepto, consistía en determinar en base a qué título dicho cónyuge podía permanecer en la

³⁴⁸DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P. *op.cit.* Págs. 6 y ss.

³⁴⁹Redacción de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos:

1. En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil.

2. La voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda.

³⁵⁰En sentido adverso, esta Ley reforma el art. 9 de la antigua LAU, de manera que el arrendador podrá recuperar el inmueble si, una vez transcurrido el primer año de duración del mismo, el arrendador comunica al arrendatario que tiene necesidad de la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial (art. 9.3)

³⁵¹Con la reforma legal operada, se reduce de 5 a 3 años el plazo mínimo de prórroga legal del arrendamiento: “La duración del arrendamiento será libremente pactada por las partes. Si ésta fuera inferior a tres años, llegado el día del vencimiento del contrato, éste se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance una duración mínima de tres años, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador, con treinta días de antelación como mínimo a la fecha de terminación del contrato o de cualquiera de las prórrogas, su voluntad de no renovarlo”. (art. 9.1 LAU)

vivienda arrendada³⁵². La ley únicamente indicaba que “*el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada*”, si bien no especificaba si ello sería en concepto de usuario o de arrendatario. La diferencia es sustancial. En el primer supuesto, el marido, pese a no residir en dicha vivienda, continúa estando obligado a hacer frente al pago de la renta de la misma. En el segundo supuesto, se produce una subrogación contractual, de suerte que el cónyuge al que se le ha atribuido judicialmente el uso, pasa a ser titular del contrato a todos los efectos³⁵³.

En cualquier caso, la ley exigía que si, en nuestro ejemplo, la mujer quisiese continuar en el uso de la vivienda, habría de comunicárselo al arrendador en el plazo de dos meses desde la notificación de la resolución judicial. Dicha circunstancia no se encontraba exenta de conflictividad, en la medida en la que dicha comunicación tendría por objeto notificar al arrendador el cambio en cuanto al sujeto que procedería a realizar pago de la renta hasta la extinción del contrato³⁵⁴. Si la mujer, como cónyuge beneficiario, no le comunicase nada al arrendador, contractualmente el obligado al pago de la renta continuaría siendo el marido. Ahora bien, pese a que ella ostentase un derecho de uso sobre la vivienda judicialmente constituido, en caso de impago de la renta por parte del marido, ella y sus hijos acabarían siendo desahuciados. En este caso no cabe la posibilidad de inscripción del derecho de uso en Registro de la Propiedad, en la medida en la que, como ya hemos adelantado, no se puede gravar un bien inmueble ajeno sin el consentimiento de su propietario³⁵⁵.

Pese a que la ley no previese de forma expresa la subrogación legal del cónyuge beneficiario en el contrato, lo cierto es que lo más aconsejable resultaría que se llevase dicha comunicación al arrendador, para que, de facto, la mujer pasase a ostentar la posición de arrendataria haciendo frente a los pagos de la renta y evitando así la posibilidad de desahucio. La mujer tendría la posibilidad de

³⁵²Dicha circunstancia no ofrecía duda en los supuestos de no renovación o desistimiento voluntario del contrato por parte del cónyuge arrendatario, en base a la regulación del art. 12 LAU. En este caso, cabría la subrogación legal automática del cónyuge del arrendatario, previa comunicación al arrendador en el plazo de 15 días. COSTAS RODAL, L. “*Arrendamiento de viviendas: derechos del arrendatario y naturaleza de las normas, según la proyectada reforma de la Ley 29/94, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos*”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num. 2/2013 (BIB 2013\897), Aranzadi, 2013, pág. 4

³⁵³Sobre el debate doctrinal en torno a la calificación de este negocio jurídico como cesión de uso o como novación contractual: COLÁS ESCANDÓN, A.M. “*La vivienda familiar en alquiler y el art. 15 de la LAU*”. Aranzadi Civil-Mercantil num. 13/2003 (BIB 2003\1292), Aranzadi, 2003, Págs. 21 y ss.

³⁵⁴*Idem.*

³⁵⁵Como indica GARCÍA DE PABLOS, J.F. *op.cit.*, Pág. 4 los arrendamientos no inscritos sobre fincas urbanas no pueden surtir efectos frente a terceros adquirentes que inscriban su derecho en el Registro de la Propiedad. Consecuentemente, la nueva redacción del art 14 LAU determina que el adquirente de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad, arrendada como vivienda en todo o en parte, que reúna los requisitos exigido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, “*sólo quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador si el arrendamiento se hallase inscrito con anterioridad a la transmisión de la vivienda*”.

integrar la renta de la vivienda en el cómputo de la pensión de alimentos³⁵⁶, de manera que en este caso, si el otro progenitor se negase a pagar, ya no estaríamos ante un supuesto de impago de renta, sino de pensión de alimentos, con las consecuencias penales que ello implicaría.

Todo este entramado jurídico desaparece con la nueva redacción legal del art. 15 LAU, en virtud del cual se reconoce la modificación del contrato *ex lege*: la mujer de nuestro ejemplo pasaría a ser legalmente arrendataria de la vivienda, poniendo así fin a los problemas de titularidad de las obligaciones arrendaticias. Y a su vez, la nueva regulación fomenta que este contrato de arrendamiento tenga acceso al Registro de la Propiedad, de suerte que el derecho de habitación de los menores y del cónyuge al que se le haya atribuido el uso de la casa puede ser protegido por vía registral³⁵⁷. La diferencia es que la oponibilidad *erga omnes* no resulta del derecho de uso constituido por resolución judicial, sino de la inscripción del propio arrendamiento de la vivienda. Dicha circunstancia ofrece una importancia fundamental en los supuestos de ejecución hipotecaria del arrendador.

En los supuestos de custodia compartida, los criterios jurisprudenciales de atribución del uso sobre la vivienda arrendada serían los mismos que los vistos hasta ahora. Una de las principales ventajas del arrendamiento, como título de ocupación, se basan en la mayor facilidad en cuanto a la organización del núcleo familiar tras la crisis conyugal en comparación con los supuestos estudiados hasta ahora.

La nueva legislación facilita el derecho de desistimiento contractual, de manera que cabe la posibilidad de abandonar la que hasta ahora ha sido la vivienda familiar con el objeto de proveerse, en arrendamiento, dos nuevas viviendas en el mismo entorno que la originaria. En el supuesto

³⁵⁶Dicha solución fue propuesta por CUENA CASAS en el curso de verano de la Universidad Complutense de Madrid “*Matrimonio y Ruptura: examen jurídico de la custodia compartida*” celebrado los días 15 y 16 de julio de 2013. La medida fue explicada a efectos de salvaguardar el interés del cónyuge custodio y de sus hijos en caso de impago del préstamo hipotecario por parte del otro progenitor cuando no existe un derecho de uso de la vivienda familiar inscrito. Para el caso que nos ocupa, resulta asimismo factible ejecutar la misma medida con el objeto de evitar el desahucio por impago de la renta arrendaticia. *Vid. Supra*. Nota 332.

³⁵⁷Sin embargo, SIMÓN MORENO, H. “*El Anteproyecto de ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas: una breve aproximación*” Diario La Ley, Nº 7922 (LA LEY 8409/2012), Pág. 2, considera que la regulación del Anteproyecto reduce la protección del arrendatario desde un punto de vista registral. La regla general consagrada en el anterior art. 14 LAU determinaba que el tercer adquirente que tuviese conocimiento de la existencia de un derecho no inscrito en el Registro de la Propiedad no tiene la condición de tercero de buena fe ex art. 34 LH. Esta doctrina, aplicada a los arrendamientos urbanos de bienes inmuebles, tiene como efecto que el arrendamiento no inscrito fuese oponible al tercer adquirente que conoce de su existencia por mecanismos ajenos al Registro de la Propiedad. Sin embargo, con la redacción actual del precepto, solo será oponible a terceros el arrendamiento que esté inscrito, eliminando así la prerrogativa de la que gozaba el arrendatario con la redacción anterior.

analizados hasta ahora, en los que la vivienda era titularidad de uno o de ambos progenitores, y que a su vez se encontraba gravada por una hipoteca, prácticamente exigía que uno de los progenitores continuase en la misma, mientras que el otro habría de acceder a otra vivienda próxima a la anterior, viéndose obligado a abonar la nueva renta arrendaticia, además del préstamo hipotecario. El coste económico, como ya hemos tenido la ocasión de analizar, era enorme. Con el arrendamiento, se elimina la rigidez en cuanto a la búsqueda de la nueva vivienda, especialmente con las dificultades económicas y logísticas que ello conlleva en las grandes urbes, reduciendo en la medida de lo posible el impacto económico derivado de la nueva situación familiar.

A su vez, se facilita la organización familiar y el margen de maniobra de los progenitores, estableciendo una situación más equilibrada. Los cónyuges tendrían mayor margen de decisión en cuanto a la planificación de su nueva vida tras la ruptura, pudiendo repartirse más cómodamente los tiempos de convivencia con los menores, sin que ello suponga un cambio brusco respecto de su situación anterior.

El inconveniente que presenta el régimen de alquiler descansa en la inestabilidad inherente a vincular el alojamiento de la familia a un negocio jurídico contractual y no a una relación jurídico-real. Pese a que se reconozca la posibilidad de inscripción del arrendamiento en el Registro, lo cierto es que dicha protección descansa en la temporalidad del contrato³⁵⁸. Una vez extinguido el contrato de arrendamiento, se extingue el derecho constituido en base al mismo. Aunque el legislador haya intentado asimilar la protección jurídica de la vivienda familiar en arrendamiento a los supuestos de vivienda en propiedad, lo cierto es que dicha protección es notablemente inferior en el primer caso respecto de los derechos de terceros sobre la vivienda.

d) Situación de precario.

Siguiendo la línea de la protección jurídica de la vivienda familiar en función del título de ocupación, resulta preciso hacer mención a los supuestos de precario³⁵⁹. Constituye una práctica

³⁵⁸CUENA CASAS, M. “*El régimen jurídico...*” *op.cit.* Pág. 343, la teoría general de los Derechos Reales descansa en que una vez resuelto el derecho del concedente, se resuelve el derecho del concedido.

³⁵⁹La STS de 30 de noviembre de 1964 (RJ 1964/5552) definía el precario como “*la cesión del uso y disfrute de una vivienda a su familiar muy allegado, sin señalamiento y exigencia de renta o merced, se entiende siempre que es constitutiva de un simple precario, que es lo menos gravoso para el concedente*” Vid. STS de 30 de octubre de 1986 (RJ 1986/6017), STS de 22 de octubre de 1987 (RJ 1987/7463), STS 23 de mayo de 1989 (RJ 1989/3880), entre otras.

frecuente el que la pareja resida en la vivienda privativa de los padres o de otro pariente próximo de uno de ellos. Vivienda que ha sido cedida con el objeto de desarrollar la vida familiar durante el matrimonio. El problema tradicional que se viene suscitando radica en la atribución del uso de la vivienda familiar, devenida la crisis conyugal, no al cónyuge que sea pariente del propietario cedente de la vivienda, sino a su cónyuge. Como ya hemos adelantado, no cabe la posibilidad de gravar un bien ajeno sin el consentimiento de sus titulares dominicales³⁶⁰. En caso de que dicho derecho de uso fuese atribuido judicialmente, el pariente propietario de la vivienda tendrían el derecho a ejercitar la acción de desahucio por precario, de manera que dicho cónyuge y los hijos se quedarían en la calle³⁶¹.

Constituye doctrina jurisprudencial consolidada el no constituir un derecho de uso sobre vivienda ajena en favor de ninguno de los cónyuges sin el consentimiento del propietario³⁶². No se puede cercenar las facultades dominicales de un sujeto ajeno al procedimiento de separación o divorcio, como pueden ser, de ordinario, los padres de uno de los cónyuges. Cuestión distinta es que dicha posesión gratuita se apoye en una relación contractual previa. En este caso, no nos encontraríamos ante un régimen de precario, sino ante un comodato³⁶³. Atendiendo a la redacción

³⁶⁰A la hora de conceptuar el precario, el Tribunal Supremo ha oscilado entre dos posturas fundamentales: la primera, basada en su consideración como un contrato que permite el uso de una cosa, sin plazo concreto de duración y con posibilidad de que el cedente pueda reclamar la restitución si así lo desea. La segunda, considera el precario como una mera situación posesoria sin carácter contractual. En cualquier caso, el precario es una situación posesoria que puede tener origen en un contrato que confiere la tenencia de la cosa, a semejanza de un comodato, y que en otras puede tener origen en causas de naturaleza diversa como tolerancia, beneplácito, falta de título efectivo, etcétera. Por todo ello se entiende que “*el precario se define más por sus efectos que por la causa de los mismos*”. En este orden de cosas, las necesidades familiares de vivienda cuando no concurre un título de ocupación no pueden perjudicar en ningún caso los intereses dominicales de terceros ajenos al proceso de separación o divorcio. MANTECA VALDELANDE, V. “*Cuando desaparece la causa del comodato el poseedor se convierte en precarista*”. Actualidad Jurídica Aranzadi num.768/2008 (BIB 2008\3007), Aranzadi, 2008, Pág. 3.

³⁶¹Así se deriva de la interpretación conjunta de los arts. 1750 CC y arts. 250.1.2º y 1565.3 LEC.

³⁶²A la hora de diferenciar un supuesto de comodato de uno de precario, el Tribunal Supremo ha asentado la siguiente doctrina jurisprudencial: “*En los casos en que una vivienda se ha cedido a título gratuito y sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar (obviamente a falta de plazo) si fue cedida para un uso concreto y determinado, uso que ha de ser siempre y en todo caso específico, y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino, debiendo la relación jurídica constar de forma clara, con independencia de que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes(...). La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial*”. STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009/4244). En este mismo sentido, STS de 8 de noviembre de 2006 (RJ 2007/105211); STS de 14 de enero de 2010 (RJ 2010/2323); STS de 18 de enero de 2010 (RJ 2010/1274), entre otras.

³⁶³PÉREZ MAYOR, A. “*Uso de la vivienda familiar propiedad de un tercero (¿precario o comodato?) y el nuevo Código Civil Catalán*” Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales num 15/2007 (BIB 2007/2309) Aranzadi, 2007, Pág. 2; SOLA PASCUAL, A. “*Cesión del inmueble a hijo y posterior separación matrimonial con atribución judicial del uso*

de los arts. 1749 y 1750 CC, el comodante no puede reclamar el inmueble hasta que no concluya el uso para el que se prestó. En este sentido, el cónyuge ha de probar que el comodante cedió el uso del inmueble en base a un determinado fin (el cual ha de ser distinto esencialmente distinto de el del matrimonio) y por un período de tiempo que todavía no haya transcurrido. En este caso, se estará a lo dispuesto en el título, manteniendo al cónyuge a quien se le haya atribuido judicialmente el uso en posesión de la vivienda³⁶⁴.

La problemática de este tipo de negocios jurídicos radica en la prueba de los mismos. Como indica el Magistrado J. Manuel FERNÁNDEZ MARTINEZ³⁶⁵ la jurisprudencia exige que la relación contractual previa conste de forma clara, si bien cabe su deducción en virtud de los actos tácitos de las partes. A falta de prueba de dicho vínculo contractual, nos hallaremos ante un precario³⁶⁶. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 14 de enero de 2010 (RJ 2010/2323) argumenta que *“no se puede obtener frente a un tercero una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporcionaba a los cónyuges. De esto se sigue que el propietario puede recuperar la vivienda a su voluntad, aunque se haya atribuido judicialmente el uso a uno de los cónyuges, pues la decisión de poner fin a la situación de precario por parte del propietario de la vivienda no presupone acto alguno de disposición previo por parte del precarista. Esta misma situación se da cuando, existiendo originariamente un comodato (u otro tipo de contrato o derecho que atribuye el uso del inmueble), desaparecen los presupuestos determinantes de la titularidad por parte del cónyuge que la ostentaba y el propietario o titular de la cosa no la reclama, pues entonces la situación de quien la posee es la propia de un precarista”*.

En este supuesto, resulta preciso constituir soluciones alternativas que satisfagan, en todo caso, el derecho de habitación de los menores en una vivienda con condiciones óptimas para su desarrollo personal y emocional. En este sentido, el Tribunal Supremo asienta la siguiente doctrina jurisprudencial en su sentencia de 10 de octubre de 2011 (RJ 2011/6839): *“El juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los*

a su cónyuge no titular: ¿precario o comodato?”, Boletín Aranzadi Civil-Mercantil num. 42/2002 (BIB 2002\1710), Aranzadi, 2002, pág. 1; SALAZAR BORT, S. *op.cit.* Pág. 169.

³⁶⁴MORENO VELASCO, V. *“La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito”*. Diario La Ley, Núm. 6503, 13 de junio de 2006. Edit. La Ley. Pág. 3.

³⁶⁵FERNÁNDEZ MARTINEZ, J.M. *“La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular. Examen del artículo 96 del Código Civil”*. Revista Aranzadi Doctrinal num. 10/2011 (BIB 2010\2959), Aranzadi, año 2011, Pág. 4.

³⁶⁶STS de 26 de diciembre de 2005 (RJ 2006/180).

menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos”.

En el Código de Familia catalán se ofrece una regulación concreta de este tipo de supuestos. Así, en su art. 233-21.2 establece que si los cónyuges poseyesen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedarían limitados por lo dispuesto por el título de acuerdo con la ley. Si los cónyuges ostentasen la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarían cuando este reclama su restitución. Consecuentemente, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias. Por su parte, el art. 233-20.6 autoriza al juzgador a sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos. En este sentido, la solución propuesta del arrendamiento de dos viviendas en el mismo entorno a la que hasta ahora fue la vivienda familiar, tal y como fue analizado anteriormente, constituiría una solución recurrente al efecto, especialmente en los supuestos de custodia compartida.

V. COMENTARIO DEL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL EN CASO DE NULIDAD, SEPARACION Y DIVORCIO.

El pasado 19 de julio de 2013, el Congreso de los Diputados aprobaba el “Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio”. Este proyecto legislativo nace como consecuencia de la promesa del Ministro de Justicia Ruíz-Gallardón, el pasado junio de 2012, de confeccionar una norma estatal en materia de custodia compartida a efectos de actualizar la legislación al respecto³⁶⁷.

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto se pone de manifiesto que los incesantes cambios sociales en el orden familiar durante los últimos años han determinado que la normativa estatal juegue un papel insatisfactorio. Dicha circunstancia ha exigido, tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, una constante labor de adaptación de la interpretación y aplicación del Derecho a la realidad social. La inexistencia de una reforma global de los regímenes económico-matrimoniales, unido a la escasa discrecionalidad judicial que el art. 92 CC concede al operador jurídico a la hora de otorgar el modelo de custodia compartida, ha despertado la alarma en cuanto a la necesidad de articular una reforma al efecto de la normativa del Código Civil.

Las Comunidades Autónomas con Derecho Civil Foral propio han ganado terreno al legislador estatal en torno a estas materias. Las regulaciones de Aragón y Valencia, más proclives a la consideración de la custodia compartida como modelo prioritario, así como las de Navarra y Cataluña, en las que el operador jurídico goza de una mayor discrecionalidad judicial, han constituido el espejo a la hora de elaborar este Anteproyecto de Ley. A ello hay que sumarle el estudio de la experiencia de otros ordenamientos jurídicos europeos³⁶⁸, así como la jurisprudencia nacional asentada al respecto durante los últimos años³⁶⁹.

³⁶⁷Esta fue la promesa del Ministro de Justicia tras la presentación de la Proposición no de Ley en materia de custodia compartida por el Grupo Parlamentario Unión, Progreso y Democracia ante el Congreso de los Diputados el 9 de abril de 2012.

³⁶⁸El legislador hace referencia expresa en la Exposición de Motivos del Anteproyecto a los ordenamientos jurídicos de Bélgica, Francia, Inglaterra y Gales, Italia y la República Checa, donde sus normas hablan explícitamente de la custodia compartida. Fuera de los países de la Unión, el legislador analiza asimismo la experiencia divorcista en diversos Estados de los Estados Unidos de América.

³⁶⁹En la Exposición de Motivos se hace referencia expresa a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009, como resolución ejemplificativa de aquellos presupuestos de elaboración jurisprudencial que deben ser exigidos para la adopción del régimen de custodia compartida, así como de la tendencia jurisprudencial vigente relativa a la

Los principales aspectos de la reforma legal giran en torno al estímulo del acuerdo de los progenitores en lo relativo a las medidas a adoptar como consecuencia de su ruptura. Se trata de seguir la línea trazada por el legislador del año 2005 a efectos de fomentar la capacidad de organización de los progenitores, si bien incrementando su actuación durante el proceso. En este sentido, se incorpora expresamente la posibilidad de acudir en cualquier momento a mediación familiar con vistas a lograr un acuerdo (art. 91.3 CC). Se pretende disminuir la litigiosidad, razón por la cual se articula la obligación de presentar un “plan de ejercicio de la patria potestad conjunta, como corresponsabilidad parental³⁷⁰” donde los progenitores articulen detalladamente cómo ejercerán sus responsabilidades parentales en todos los órdenes (art. 90 CC).

Se incrementa la discrecionalidad judicial a la hora de decidir sobre el modelo de guarda y custodia a adoptar (art. 92 CC). La guarda y custodia compartida no se establece como el régimen preferente o general, sino que será el Juez, siempre velando por el interés superior del menor, el que ha de determinar qué régimen satisface en mayor medida las necesidades del menor. Para ello habrá de recabar el informe del Ministerio Fiscal, que carece de carácter vinculante, así como las alegaciones de las partes, el dictamen de los expertos y los deseos expresados por el menor que tenga suficiente juicio. Se potencia la audiencia de la voluntad del menor en el proceso, la cual será valorada conjuntamente con otros criterios legales relevantes para el bienestar del hijo, como la relación que los padres mantengan entre sí con sus hijos, la situación de los domicilios o el número de hijos, entre otros³⁷¹ (art. 92.3 CC).

En los casos de violencia doméstica, se incorpora el sistema de condena, de manera que el Juez denegará la guarda y custodia del menor, tanto monoparental como compartida, en los

interpretación de la excepcionalidad del art. 92.8 CC. En este sentido, se hace mención a la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/201, de 17 de octubre, por la que se deroga el carácter vinculante del informe favorable del Ministerio Fiscal para la concesión de la custodia compartida a solicitud de uno solo de los progenitores.

³⁷⁰El legislador se muestra muy cuidadoso en cuanto a la terminología empleada. En el Anteproyecto ya no se habla de guardador, custodio o de régimen visitas, sino de convivencia y régimen de estancia, relación o comunicación con el no conviviente. De este modo, se acentúa el criterio de la corresponsabilidad parental, de la necesidad de reparto de las responsabilidades parentales entre ambos progenitores, dejando a un lado el empoderamiento que generaba el concepto de “progenitor custodio” frente al del progenitor “visitador”.

³⁷¹A efectos de valorar el modelo de guarda y custodia a adoptar, el legislador sigue el ejemplo de las regulaciones autonómicas al incorporar expresamente los criterios jurisprudenciales asentados por el Tribunal Supremo: “*edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; la relación que los padres mantengan entre sí y con los hijos; la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; la situación de sus residencias habituales; la existencia de estructuras de apoyo en los respectivos ámbitos de los padres; el número de hijos y cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos de especial relevancia para el régimen de convivencia*” (Art. 92.3 del Anteproyecto).

supuestos en los que concurra una sentencia firme por violencia doméstica o de género. A su vez, se mantiene la posibilidad de exclusión de la custodia del menor en los supuestos en los que el Juzgador, de la prueba practicada y de las alegaciones de las partes, aprecie indicios fundados y racionales de este tipo de delitos.

En lo referente a los aspectos patrimoniales derivados de la ruptura, el legislador centra su atención en la pensión de alimentos, el uso de la vivienda familiar, así como la celeridad en la liquidación del régimen económico matrimonial desde el inicio. Con respecto a este último punto, se incorpora como requisito procesal la necesidad de aportar junto la demanda, además del plan para el ejercicio de la corresponsabilidad parental, el inventario y la liquidación del régimen económico matrimonial y adjudicación de los bienes. Se trata de eliminar la duplicidad de procedimientos, aunando en uno solo todas las cuestiones sustantivas y económicas de la ruptura³⁷².

Con respecto a la pensión de alimentos, en el art. 93 CC se establece una clasificación de los gastos ordinarios, voluntarios y extraordinarios que han de satisfacer los progenitores respecto de los hijos. En relación a los ordinarios, se atenderá para su determinación a la capacidad económica de los cónyuges, las necesidades de los menores, la contribución a las cargas familiares, la atribución de la vivienda familiar y el tiempo de permanencia de éstos con cada uno de los padres. Los voluntarios y extraordinarios dependerán de la capacidad económica de los cónyuges. Se limita temporalmente la obligación de abonar la pensión alimenticia hasta la independencia económica de los hijos o, cuando estando en disposición de obtenerla, no la tengan por causa que les sea imputable.

La regulación relativa a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar es protagonista de una reforma sustancial. La asignación de la vivienda continúa estando presidida por el interés superior del menor, en la medida en la que, en todo caso, el Juez ha de garantizar su derecho a una residencia digna. El art. 96 CC parte del acuerdo de los progenitores, necesariamente condicionado a su aprobación judicial, sobre el lugar de residencia de los menores. En caso de que no se pudiese atribuir un destino definitivo a la vivienda familiar, el legislador prevé una serie de reglas que han de regir esta atribución del uso de la vivienda familiar.

³⁷²Dicha circunstancia determina la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo relativo a los procedimientos matrimoniales (arts. 770 y siguientes), así como los preceptos relativos a la liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 806 y siguientes).

En los casos de custodia compartida, siempre que el uso no fuera atribuido por periodos alternos a ambos progenitores, así como en los casos en los que no existiesen hijos o éstos fueran mayores de edad, el Juez habrá de atribuir el uso de la vivienda al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, siempre que dicha medida fuese compatible con los intereses de los hijos. Dicha medida es extensible al progenitor que no ostenta la custodia de los hijos, siempre que resulte acreditado que su interés es el más necesitado de protección y que el progenitor custodio tiene medios suficientes para cubrir sus necesidades de vivienda y la de los hijos (art. 96.2 CC).

La atribución de la vivienda familiar pasa a revestir carácter temporal³⁷³. Se mantiene el uso de la vivienda hasta que cese la obligación de prestar alimentos a los hijos o se liquide la vivienda, en caso de que la atribución se haya realizado por razón de la custodia. En los demás supuestos, se mantendrá por un periodo de dos años prorrogables durante otro, en caso de mantenerse las dificultades de acceso a otra vivienda (art. 96.3 CC). Se establece expresamente la inscripción registral de este derecho o, si se ha atribuido como medida provisional, la posibilidad de su anotación preventiva en el Registro de la Propiedad (Art. 96.8 CC).

Asimismo, la atribución del derecho de uso deja de tener un carácter esencialmente gratuito. Pese a no preverse una compensación económica expresa en los supuestos de vivienda ganancial o privativa del cónyuge no beneficiario, como ocurre en la normativa valenciana³⁷⁴, si se establecen medidas en aras de equilibrar la situación económica de los cónyuges resultante de la ruptura. La atribución a uno solo de los progenitores del uso de la vivienda familiar se tendrá en cuenta ya no solo para fijar la cuantía de la pensión compensatoria (art. 97 CC) sino también la pensión de alimentos que eventualmente haya de abonar el otro cónyuge (art. 96.4 CC). Mientras se mantiene la atribución de uso, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la

³⁷³En este sentido, la Magistrada PÉREZ-SALAZAR, M., titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Pamplona, declaraba a fecha de 2 de noviembre de 2009, lo siguiente: *“Mi audiencia es muy reacia a limitar el uso de la vivienda, pero yo creo que la tendencia irá cambiando con el tiempo porque la realidad social es distinta a la de hace 20 años y si muchas mujeres tienen la misma independencia económica que el hombre eso se ha de reflejar en la sentencia”*. Y continúa diciendo: *“Los hijos justifican la atribución del uso de la vivienda a la madre, pero hasta cierto punto. La tranquilidad del conjunto de la familia también es importante y la vivienda juega un papel fundamental para lograrla”*. EL PAÍS, 2 de noviembre de 2009. (http://elpais.com/diario/2009/11/02/sociedad/1257116403_850215.htm)

³⁷⁴Art. 6.1 de la Ley valenciana: *“(…) En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores”*

vivienda, incluidos los de comunidad, suministros y las tasas corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo los extraordinarios y el pago de los impuestos a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título.

El legislador incorpora la doctrina del Tribunal Supremo³⁷⁵ en materia de pago del préstamo hipotecario, de suerte que *“la vivienda con carga hipotecaria o con obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por los cónyuges de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución”* (Art. 96. 5 CC).

Si los cónyuges poseyeran la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedarán supeditados los requisitos que la Ley disponga al efecto. En los supuestos de cesión gratuita de la vivienda por un tercero, *“los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando éste le reclame su restitución, debiendo preverse, para tal caso, la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o pensión compensatoria, en su caso, a la nueva situación”* (art. 92.6 CC).

Entre otras reformas, el legislador regula las medidas provisionales, tratando de ajustarlas en la medida de lo posible a las que resultarán ser las medidas definitivas. En lo tocante al uso de la vivienda, el art. 103.2^a dispone que *“La atribución del uso de la vivienda, en función de lo que sea más conveniente para los intereses de los hijos y, si fuera compatible con éstos, para el interés del progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, y asimismo, previo inventario, determinará los bienes y objetos del ajuar que continuarán en ésta y los que habrán de ser retirados, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno”*. En consonancia con la situación económica vigente, se prevé la posibilidad de modificar las medidas definitivas cuando las necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los padres así lo aconsejen, eliminando la necesidad de que se registrase un *“cambio sustancial”* en las circunstancias tenidas en cuenta con anterioridad para adoptarlas.

En mi opinión, considero un acierto los dos puntos principales sobre los que se apoya este Proyecto legislativo. De un lado, la voluntad de estimular el pacto entre los progenitores, de facilitarles la posibilidad de organizar su vida tras la ruptura sentimental, ampliando en este sentido la discrecionalidad del operador jurídico. De otro, la disociación de la custodia y el uso de la

³⁷⁵STS de 28 de marzo de 2011 (RJ 2011/939)

vivienda, atendiendo a los criterios más necesitados de protección y estipulando medidas económicas tendentes a equilibrar la situación patrimonial de ambos cónyuges.

VI. CONCLUSIONES.

1. La guarda y custodia compartida, pese a que comprenda un reparto equitativo del tiempo de compañía con el hijo, éste no constituye el eje central sobre el que ha de girar este sistema de guarda, lo que de ordinario se traduce en una pernocta compartida. Dicha circunstancia determina que la diferencia con el modelo de custodia en exclusiva o monoparental radique en un mero factor temporal. La verdadera esencia no es un reparto de tiempos de convivencia, sino un reparto temporal de derechos y responsabilidades parentales, dejando a un lado el empoderamiento de uno de los progenitores y llevando a cabo un ejercicio responsable y compartido de los deberes derivados de la custodia. El objetivo de repartir los tiempos convivenciales con el menor de forma estrictamente ecuánime ha conllevado una importante litigiosidad en los procesos matrimoniales y, consecuentemente, ha sido causa denegatoria en numerosas ocasiones de dicho modelo de guarda.

2. El criterio decisorio a la hora de determinar el modelo de guarda legal, con independencia de la normativa estatal o autonómica aplicable al efecto, es siempre el interés superior del menor, concepto jurídico indeterminado que es preciso integrar de forma objetiva y ecuánime. En este sentido, considero que el legislador del año 2005, en aras de objetivar la concesión de la custodia compartida, debía haber asentado una serie de criterios legales que fuesen valorados conjuntamente por el operador jurídico a efectos de otorgar la custodia compartida. Ello no reduce su discrecionalidad, tan necesaria en los procesos de familia donde la casuística impera en todo caso, sino que constituiría una medida complementaria a las ya previstas en los arts. 92.6 y 9 CC. Dicha solución se encuentra presente en las regulaciones autonómicas en materia de custodia compartida, así como en las normativas extranjeras más modernas.

3. El legislador ofrece muestras de sus reservas en cuanto a la incorporación plena en nuestro ordenamiento de la figura de la guarda conjunta, estableciendo cautelas añadidas a su adopción a falta de acuerdo de los progenitores. En mi opinión, se puede determinar que lo que parecía una verdadera concesión del legislador, bajo la rúbrica de la igualdad de los cónyuges y la corresponsabilidad parental, a aquellos padres que querían continuar formando parte del cuidado diario de sus hijos y solicitasen unilateralmente la custodia compartida se traduce en la práctica en un complejo cauce procesal.

4. Las importantes ventajas patrimoniales que comporta la titularidad de la custodia, unido a las exigencias procesales que han de ser cumplidas en caso de petición unilateral de la custodia

compartida han dado lugar a que la autonomía de la voluntad de los progenitores, a la que se hace alusión de manera continuada en la Exposición de Motivos de la Ley de 2005, ha resultado ser relativa.

5. El establecimiento de una suerte de presunción legal basada en la necesidad de acuerdo de los progenitores como requisito para la correcta operatividad de esta medida otorga al cónyuge opositor la posibilidad de vetar esta medida. Dicha circunstancia constituye una importante herramienta a la hora de mantener la custodia individual del menor, lo que, en base al régimen vigente, comporta consecuencias económicas de especial importancia, como es la administración de la pensión de alimentos a favor del menor, así como mayores posibilidades de ser beneficiario del uso de la vivienda familiar, con independencia de la titularidad de la misma.

6. La previsión legislativa del art. 92.7 CC pone en entredicho el principio de presunción de inocencia. La solicitud de la custodia compartida, en no pocas ocasiones, esconde intereses ocultos que pueden llegar a constituir un abuso de derecho o fraude de ley asociados al uso de la vivienda familiar o al interés por conseguir una pensión alimenticia más reducida

7. El legislador no ha tenido en cuenta la complejidad material y económica que conlleva la *puesta en marcha* de la custodia compartida. La disponibilidad de dos o tres viviendas, en caso de que el menor permanezca en la vivienda familiar y sean los progenitores los que se alternen en el uso de la misma, o bien, la concurrencia de dos residencias relativamente próximas para disminuir los perjuicios derivados del movimiento del menor, constituyen, en la práctica, requisitos muy costosos y de difícil ejecución. Dicha premisa ha constituido en numerosas ocasiones el motivo por el cual la jurisprudencia ha denegado la custodia compartida al considerar que la integridad física o emocional del menor podría verse perjudicada como consecuencia del desarrollo de estos modelos convivenciales.

8. Se descuida que el régimen de custodia compartida conlleva una deslocalización del menor a efectos de repartir su tiempo cotidiano entre ambos progenitores. Una manera de soslayar dicha deslocalización, o atenuar sus efectos perjudiciales sobre el menor, radica en mantener al menor en la vivienda de uno de los progenitores y que durante el día comparta tareas con el otro progenitor. De esta suerte, se ejercitaría la verdadera esencia de la custodia compartida, dejando al margen la problemática de la pernocta del menor.

9. La voluntad de los legisladores autonómicos de Aragón, Navarra, Cataluña y Valencia radica en alejarse de la técnica legislativa empleada en el art. 92 CC a efectos de fomentar en mayor medida la concesión de la custodia compartida. El legislador, a mi juicio, no debe declarar prioritario ningún modelo de guarda: difícilmente se puede preservar el interés del menor si se subordina la aplicabilidad de un régimen legal a otro, descuidando la casuística inherente a este tipo de procesos. El operador jurídico ha de decidir entre ambos modelos en pie de igualdad, ponderando si las necesidades concurrentes del menor se verán satisfechas en mayor medida con uno u otro sistema.

10. La vigencia de una normativa en determinadas ocasiones exigua, dificulta la consecución de soluciones jurídicas adecuadas en aplicación de la ley. Creo firmemente que una regulación excesivamente pormenorizada, más en este ámbito del Derecho, puede traer consigo el riesgo de la petrificación del ordenamiento, impidiendo al Juzgador adoptar decisiones ante los nuevos conflictos que se le presenten. En aras de objetivar la actuación judicial, es necesario establecer criterios legales que permitan apoyar la decisión del operador jurídico, sin presumir en abstracto que un régimen legal resulte más beneficioso que otro. Por esta razón, y en espera de una nueva norma estatal en materia de custodia compartida, considero más adecuado encontrar reflejo en la regulación catalana, en la cual se fomenta la discrecionalidad judicial, de manera objetiva, a efectos de proteger el interés que verdaderamente ha de regir este tipo de procesos que es el interés del menor.

11. La protección que el ordenamiento jurídico dispensa a la vivienda familiar se muestra claramente beneficioso con los supuestos de crisis matrimonial. Ante un contexto caracterizado por el fuerte volumen de embargos, es preciso que el legislador adopte medidas tendentes a equilibrar el sistema de protección respecto de las parejas casadas, a efectos de tratar de mantener al núcleo familiar en posesión de la misma. En caso de que dicha posibilidad no fuese posible, es necesario aportar al cónyuge deudor soluciones alternativas que permitan equilibrar su situación económica con la estabilidad de la familia.

12. Considero adecuada la opción escogida por las regulaciones autonómicas, siempre que la necesidad de vivienda del menor se encuentre cubierta, que han desligado la atribución de la vivienda familiar al menor y al cónyuge en cuya compañía quede cuando el otro cónyuge adolezca de un interés más necesitado de protección. Es preciso equilibrar, en la medida de lo posible, las necesidades e intereses patrimoniales de los cónyuges, siempre que ello no merme la protección del interés del menor.

13. En un contexto económico crítico como el actual, la vinculación del uso esencialmente gratuito e indefinido de la vivienda familiar a la titularidad de la custodia de los hijos comunes dificulta en gran medida la consecución de acuerdos tendentes a la custodia compartida. El cónyuge custodio adquiere el uso de la vivienda familiar, sin necesidad de otorgar al otro cónyuge una compensación al respecto, cercenando sus facultades dominicales y obligándole a proveerse una nueva vivienda en la que residir. En este sentido, es preciso acabar con dicha suerte de ecuación, de manera que la pugna por la custodia se centre únicamente en los intereses del menor y no en circunstancias accesorias de claro carácter patrimonial.

14. En materia de atribución del uso de la vivienda familiar, es necesario que el legislador prevea una serie de baremos de referencia para poder determinar si la concreta decisión adoptada por el Juez ha velado objetivamente por el equilibrio de los intereses económicos de ambos cónyuges. En este sentido, la legislación autonómica catalana prevé expresamente que el uso de la vivienda familiar compute para el cálculo de la pensión compensatoria, así como para la pensión de alimentos.

15. En la medida en la que el pago del préstamo hipotecario no opera como carga familiar, es preciso articular soluciones que permitan satisfacer los intereses económicos del cónyuge que, constante el matrimonio, hubiese abonado un mayor porcentaje del préstamo. En este sentido, constituye una posible solución el hecho de que en la liquidación de la sociedad de gananciales, el cónyuge que venía pagando la mayor parte del préstamo se adjudicase en su totalidad la vivienda. En caso de que el acreedor crediticio consintiese una novación contractual al efecto, el cónyuge no adjudicatario dejaría de ser cotitular de la relación crediticia, de manera que el cónyuge adjudicatario pasaría a ser el titular único de la misma. De esta suerte, pagaría por entero el préstamo, asumiendo asimismo la propiedad del inmueble y abonando al otro cónyuge las cantidades que hubiese pagado como cotitular de la relación crediticia hasta la fecha. Por su parte, y a efectos de respetar las facultades dominicales de dicho cónyuge, resultaría preferible que frente a la atribución del uso de la vivienda familiar por constitución judicial, el progenitor no propietario se valiese de otra vivienda en arrendamiento cuya renta podría computarse en el pago de la pensión de alimentos de los hijos menores. En el supuesto de que cada uno decidiese adjudicarse la mitad de la vivienda familiar en la liquidación de la sociedad ganancial, si el pago de las cuotas del préstamo continuase realizándose de manera desigual (por ejemplo, uno abona el 40% del montante, mientras que el otro abona el 60%), pese a que ambos sean titulares de la vivienda, el cónyuge que venga abonando una mayor cantidad podrá exigirle al otro, a través de la acción de reembolso, el 10% de deuda ajena.

16. La interpretación del Tribunal Supremo de la duración del uso de la vivienda familiar, ex art. 96.1 CC, impidiendo su limitación temporal mientras concurren menores de edad constituye, a mi juicio, una sobreprotección del interés del menor en detrimento de los intereses patrimoniales del cónyuge no beneficiario. Sin descuidar que es el menor el que ha de primar en caso de conflicto de intereses, la necesaria ponderación judicial, más en un ámbito tan casuístico como las crisis matrimoniales, no puede suponer la aplicación de normas excesivamente rígidas, que desatiendan intereses de los progenitores que, aunque sea de manera indirecta, repercutirán en el interés del menor. En este sentido, la realización de la vivienda conyugal en orden a acceder a dos nuevos inmuebles, la reunión del uso de la vivienda familiar en su titular dominical o la atribución del uso de viviendas distintas de la familiar como residencia para el menor son algunas de las medidas posibles en aras de salvaguardar los derechos del menor de residir en una vivienda digna y, a su vez, respetar en pie de igualdad los intereses patrimoniales de los progenitores. Estas soluciones se encuentran previstas en las legislaciones autonómicas, con especial desarrollo al respecto por parte del Código Civil de Cataluña.

BIBLIOGRAFÍA:

ALASCIO CARRASCO, L. y MARÍN GARCÍA, I. “*Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC*”. , ISSN-e 1698-739X, Nº. 3, 2007_Indret: Revista para el Análisis del Derecho.

BARCONES AGUSTÍN, N. “*Problemas que presenta la división de la vivienda familiar. Especial referencia a la subasta judicial*”. Boletín núm. 2085 del Ministerio de Justicia, julio, 2013, págs. 7-9. «www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292338963543?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content... »

BERMÚDEZ BALLESTEROS, M.S. “*Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial*”. Aranzadi Civil-Mercantil num. 2/2001 (BIB 2001/324). Pamplona, 2001.

CALVO CABELLO, J.L. “*Discrecionalidad y arbitrariedad en la fijación del derecho y régimen de visitas. Análisis de diversos casos prácticos*”. Edit. Eunsa. Pamplona 1982,

CAMPO IZQUIERDO, Á.L. “*Guarda y custodia compartida. ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?*”. Diario La Ley, Nº 7206, Sección Tribuna, 29 Jun. 2009, Edit. La Ley.

CAMPUZANO TOMÉ, H. “*La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales*”. En Aranzadi. Civil, núm. 22/2004. (BIB. 2005/563), Pamplona 2005

CASTILLEJO MANZANARES, R. “*Guardia y custodia de los hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho*”. Edit. La Ley. Madrid, año 2007,

CERVILLA GARZÓN, M.D. “*El derecho a usar la vivienda familiar en las recientes reformas del derecho de familia*” (págs. 79-126) En: La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005), Marcial Pons, Madrid, 2007

COLÁS ESCANDÓN, A.M. “*La vivienda familiar en alquiler y el art. 15 de la LAU*”. Aranzadi Civil-Mercantil num. 13/2003 (BIB 2003\1292), Aranzadi, 2003.

COLL TELLECHEA M^a.J. “*La custodia compartida*”. Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, Nº 7, 2001.

CONDE-PUMPIDO GARCÍA, JL. “*Ley valenciana de custodia compartida*”. EN: Revista de Treball, Economia i Societat. Octubre 2011. Nº 62. Art. 1. «http://www.ces.gva.es/cs_/revista63.htm»

COSTAS RODAL, L. “*Arrendamiento de viviendas: derechos del arrendatario y naturaleza de las normas, según la proyectada reforma de la Ley 29/94, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos*”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num. 2/2013 (BIB 2013\897), Aranzadi, 2013.

COSTAS RODAL, L. “*Préstamo hipotecario que grava vivienda familiar ganancial: obligación de los ex cónyuges de pagar las cuotas hipotecarias por mitad. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2011*”, Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 3/2011 (BIB 2011/769), Aranzadi, 2011.

CUENA CASAS, M. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2011”, disponible en Lexfamily.es, Revista jurídica de Derecho de Familia, <<http://www.lexfamily.es/revista.php?codigo=948>>

CUENA CASAS, M. “El régimen jurídico de la vivienda familiar”. En: Tratado de Derecho de la Familia. Coord. CUENA CASAS, M.; YZQUIERDO TOLSADA, M., Thomson-Aranzadi, 2011

CUENA CASAS, M. “La insolvencia familiar: ejecución universal sobre el patrimonio familiar”. EN: “El derecho privado en contextos de crisis”. Cuadernos de Derecho judicial. Consejo General del Poder Judicial. (Págs. 203-297), Madrid, 2009.

CUENA CASAS, M. “No hay segunda oportunidad para los que menos tienen”, disponible en <<http://www.elnotario.es/index.php/opinion/57-no-hay-segunda-oportunidad-para-el-que-menos-tiene>>

DE LA IGLESIA MONJE, M.I. “Custodia compartida de ambos progenitores”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm 702.

DELGADO DEL RÍO, G. “La custodia de los hijos. La guarda y custodia compartida: opción preferente”. Civitas. Thomson Reuters. Navarra 2010.

DOMÍNGUEZ MARTINEZ, P. “La protección de la vivienda familiar en situación de normal matrimonio en el ordenamiento jurídico civil”. Aranzadi Civil-Mercantil num. 4/2012 (BIB 2012\1018) Aranzadi, 2012.

ESPIAU ESPIAU, S. “La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español”, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992.

FERNÁNDEZ MARTINEZ, J.M. “La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular. Examen del artículo 96 del Código Civil”. Revista Aranzadi Doctrinal num. 10/2011 (BIB 2010\2959), Aranzadi, año 2011.

GARCÍA DE PABLOS, J.F. “Las nuevas medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas”, Revista Aranzadi Doctrinal num. 4/2013 (BIB 2013\1461) Aranzadi, 2013.

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

GARCÍA VILLALUENGA, L. “Conflictos, familias y mediación” EN: “Los menores en protección” (Coord. SERRANO RUÍZ-CALDERÓN, M), Grupo Difusión, Madrid, 2007.

GIL MEMBRADO, C. “La vivienda familiar”, Colección Familia y Derecho. Edit. Reus, Madrid, 2013.

GONZÁLEZ ORVIZ, M.E. “Modelos de guarda y custodia: síndrome de alienación parental” Recurso Electrónico. Edit. Bosch. Barcelona, 2010.

GONZÁLEZ DEL POZO, JP. “A vueltas con la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos comunes”. El Derecho, Grupo Francis Lefebvre, junio, 2010 <www.elderecho.com/civil/vueltas-atribucion-vivienda-familiar-comunes_11_184555003.html>

GONZÁLEZ DEL POZO, JP. “Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón”. Diario La Ley, N° 7529, Sección Doctrina, 16 Dic. 2010, Edit. LA LEY(14038/2010)

GUILARTE GUTIÉRREZ, V. “Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial” Aranzadi Civil-Mercantil vol. I (BIB1994\72), Aranzadi, 1994

HERNANDO RAMOS, S. “El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida”. Diario La Ley, N° 7206, Sección tribuna 29, junio, 2009. Edit. La Ley.

HERRERA PUENTES, P.J “Vivienda: atribución del uso”. EN: Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales. Edit. Sepín. Madrid, 2005.

HERRERO GONZÁLEZ, R. “El Impuesto de Bienes Inmuebles. Su tratamiento jurídico en supuestos de divorcio y atribución del uso de vivienda a uno de los cónyuges”, Diario La Ley, N° 7374, Sección Tribuna, Abril. 2010, Edit. La Ley.

IVARS RUIZ, J. “Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia”. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.

LAMY, A. y POUSSIN, G. “Custodia compartida. Cómo aprovechar sus ventajas y evitar tropiezos”. Edit. Espasa. Madrid, 2005.

LUQUE JIMÉNEZ, M.C. “La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial”, Colección Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2010.

LASARTE ÁLVAREZ, C. “Derecho de familia. Principios de Derecho Civil VI”. Undécima edición. Marcial Pons. Madrid. 2012.

MANTECA VALDELANDE, V. “Cuando desaparece la causa del comodato el poseedor se convierte en precarista”. Actualidad Jurídica Aranzadi num.768/2008 (BIB 2008\3007), Aranzadi, 2008.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. “Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso”, Diario La Ley, N°7105, Sección Doctrina, 2 Feb. 2009, Edit. La Ley.

MARTÍN MELÉNDEZ, M.T. “Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96, P.I, 2 y 3 CC). Teoría y práctica jurisprudencial.” Edit. Aranzadi, Pamplona, 2005.

MIRANDA ESTRAMPES, M. “La protección de menores: una perspectiva constitucional”. Custodia compartida y protección de menores. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2009.

MONTERO AROCA, J. “El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (la aplicación práctica del art. 96 del Código Civil)”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MORENO VELASCO, V. “La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito”. Diario La Ley, Núm. 6503, 13 de junio de 2006. Edit. La Ley.

MORÁN GONZÁLEZ, M.I. “*El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda y custodia: especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor*”. En: Custodia Compartida y protección de menores. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009.

MORENO QUESADA, B. “*La disolución del matrimonio y medidas y efectos comunes*”. EN: “*Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia y sucesiones.*” Coordinador: Francisco Javier Sánchez Calero. Sexta edición Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2012.

MORENO VELASCO, V. “*La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores*” Diario La Ley, Nº 7843, Sección Tribuna, Edit. LA LEY, Abril, 2012.

MORENO VELASCO, V. y GAUDET, J. “*La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y EEUU*”. Diario La Ley, Nº 7179, Sección Tribuna, 21 May. 2009, Edit. LA LEY

PARDILLO HERNÁNDEZ, A. “*Guarda y custodia compartida: análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, con referencia al marco normativo vigente*”. Diario La Ley, Nº 8104, Sección Dossier, 13 Jun. 2013, Edit. La Ley.

PÉREZ GALVÁN, M. “*Problemas prácticos en el régimen de guarda y custodia compartida*”. Diario la Ley. Nº 7206, Sección Tribuna, 29 de junio 2009. Editorial LA LEY.

PÉREZ MAYOR, A. “*Uso de la vivienda familiar propiedad de un tercero (¿precario o comodato?) y el nuevo Código Civil Catalán*” Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales num 15/2007 (BIB 2007/2309) Aranzadi, 2007.

PÉREZ-SALAZAR RESANO “*La guarda y custodia compartida y el régimen de visitas: los puntos de encuentro familiar*”, Custodia Compartida y protección de menores, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2009.

PÉREZ VEGA, Á. “*La guarda y custodia compartida de los hijos sometidos a patria potestad*”. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, Nº 9, 2005_, (págs. 673-692).

PICONTÓ NOVALES, T. “*La custodia compartida a debate*”. Cuadernos “Bartolomé de las Casas”. Edit. Dykinson, Madrid, 2012.

PINTO ANDRADE, C. “*La atribución judicial de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad*”. Revista Jurídica de Castilla y León. Número 30. ISSN: 2254-3805. Mayo, 2013

RÍOS PERE, J. “*La Ley catalana prevé dar la custodia compartida sin informe previo del fiscal*” «www.custodiacompartida.org»

RIVERA ALVÁREZ, J.M, “*La custodia compartida: génesis del nuevo art. 92 del Código Civil*”, Cuadernos de Trabajo Social; Vol 18, año 2005 (137 - 162, 11/2005),

RODRÍGUEZ, T. “*Custodia compartida: una alternativa contra la disolución de la familia*”, www.monografias.com/trabajos28, ap. 6 Tiempo y convivencia.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. “Limitación de responsabilidad, remisión de deuda y acuerdo extrajudicial de pagos en el anteproyecto de ley de Apoyo a los emprendedores”, Revista Aranzadi Doctrinal num. 5/2013 (BIB 2013\1659) Aranzadi, Pamplona, 2013.

RODRÍGUEZ CHACÓN, R. “El derecho de uso sobre la vivienda, fuente de conflictividad. Causas y remedios” La conflictividad en los procesos familiares. Vías jurídicas para su reducción” (págs. 117-152) Asociación Española de Abogados de Familia (ISBN 84-9772-241-8) Dykinson, Madrid, 2004.

ROMERO COLOMA, A.M. “La guarda y custodia compartida. Una medida familiar igualitaria”. Colección Scientia Iuridica. Madrid, 2011.

ROMERO COLOMA, M.A, “Cónyuge enfermo y uso de la vivienda conyugal”, Revista Aranzadi Doctrinal num. 1/2013 (BIB 2013\643), Aranzadi, 2013

RUBIO TORRANO, E. “Sobre el pago de cuotas de crédito hipotecario para vivienda familiar contratado por cónyuges antes del divorcio”, Aranzadi Civil-Mercantil num. 3/2011 (BIB 2011\758), Aranzadi, 2011.

SALAZAR BORT, S. “La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales” (BIB 2001, 1606). Aranzadi, Pamplona, 2001.

SAN SEGUNDO MANUEL, T. “Maltrato y separación: repercusiones en los hijos”. EN: Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. “Anteproyecto de ley de modificación del Código Civil: separación y divorcio”, Forum Astense, Núm. 4, 2004.

SIMÓN MORENO, H. “El Anteproyecto de ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas: una breve aproximación” Diario La Ley, Nº 7922 (LA LEY 8409/2012)

SOLA PASCUAL, A. “Cesión del inmueble a hijo y posterior separación matrimonial con atribución judicial del uso a su cónyuge no titular: ¿precario o comodato?”, Boletín Aranzadi Civil-Mercantil num. 42/2002 (BIB 2002\1710), Aranzadi, 2002.

TAPIA PARREÑO, J.J. “La custodia compartida en la doctrina de las Audiencias Provinciales”. EN: “Custodia compartida y protección de menores”. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, 2009.

VILLAGRASA ALCAIDE, C. “La custodia compartida en España y Cataluña”. En: “La custodia compartida a debate”. Cuadernos “Bartolomé de las Casas”. Edit. Dykinson. Madrid, 2012.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. “Las reformas legales que nos esperan” EN: Actualización del Derecho de Familia y Sucesiones, Dykinson, Madrid, 2005.

ZÚÑIGA, Á., “La custodia compartida”. Escritura pública, Nº. 78, 2012 (págs.64-66).

ZURITA MARTÍN, I. “Las últimas reformas legales en materia de relaciones paterno-filiales”. EN: “La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005). Edit. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, SA. Madrid 2007.

JURISPRUDENCIA CITADA:

Base de datos utilizada: Aranzadi Westlaw.

A) Juzgado de Primera Instancia:

SJPI de Palma, de 25 de octubre de 2007 (JUR 2007/361322)
SJPI de Madrid de 19 de julio de 2007 (AC 2007/276116)
AJPI de Manresa, de 5 de abril de 2011 (AC 2011/502)
AJPI de Gijón de 22 de junio de 2010 (AC 2010/1257)
SJPI de Sevilla de 8 de abril de 2011 (AC 2011/509)

B) Audiencia Provincial:

SAP de Álava de 7 de mayo de 1996 (AC 1996/1008)
SAP de Cuenca de 30 de septiembre de 1996 (AC 1996/2457)
SAP de Alicante de 7 de julio de 1997 (AC 1997/1591)
SAP de Salamanca de 10 de diciembre de 1997 (AC 1997/2439)
SAP de Córdoba de 23 de marzo de 1998 (AC 1998/410)
SAP de Palencia de 10 de febrero de 1999 (JUR 1999/681)
SAP de Valencia de 22 de abril de 1999 (AC 1999/9730)
SAP de Barcelona de 30 de abril de 1999 (AC 1999/6596)
SAP de Barcelona de 19 de enero de 2000 (JUR 2000/142511)
SAP de Girona de 9 de febrero 2000 (AC 2000/184)
SAP de Barcelona de 24 de marzo de 2000 (JUR 2000/183050)
SAP de Barcelona de 9 de mayo de 2000 (JUR 2000/211017)
SAP de Huelva de 18 de septiembre de 2001 (RJ 2001/3592)
SAP de Zaragoza de 29 de marzo de 2001 (AC 2001/481)
SAP de Granada de 10 de octubre de 2001 (RJ 2001/330137)
SAP de Madrid de 12 de noviembre de 2001 (JUR 2001/53323)
SAP de Murcia de 7 de mayo de 2002 (JUR 2002/248150)
SAP de Valencia de 13 de febrero de 2003 (JUR 2003/93800)
SAP de Alicante de 6 de marzo de 2003 (JUR 2003/193553)
SAP de Castellón de 14 de octubre de 2003 (JUR 2003/264777)
SAP de Castellón de 14 octubre de 2003 (JUR 2003/264777)
SAP de Murcia de 27 de octubre de 2003 (RJ 2003/277016)
SAP de Asturias de 7 de noviembre de 2003 (JUR 2004/66270)
SAP de Murcia, de 20 de noviembre de 2003 (JUR 2004/36566)
SAP Barcelona de 2 de diciembre de 2003 (JUR 2004/29008)
SAP de Valencia de 4 de diciembre de 2003 (JUR 2004/165288)
SAP de Córdoba de 16 de diciembre de 2003 (JUR 2004/20303)
SAP de Córdoba de 1 de marzo de 2004 (JUR 2004/125769)
SAP de Las Palmas de 15 de abril de 2004 (JUR 2004/152448)
SAP de Barcelona de 26 de abril de 2004 (JUR 2004/159769)
SAP de Baleares de 17 de septiembre de 2004 (JUR 2004/287235)
SAP de Baleares de 29 de junio de 2005 (JUR 2005/178434)
SAP de Madrid, de 8 de julio de 2005 (JUR 2005/221066)
SAP de Zaragoza de 24 de octubre de 2005 (JUR 2005/241134)
SAP de Córdoba de 24 de abril de 2006 (JUR 2006/230967)
SAP de Madrid de 25 de abril de 2006 (JUR 2006/193150)
SAP de Alicante, de 8 de mayo de 2006 (JUR 2006/186168)
SAP de Asturias de 13 junio de 2006 (JUR 2006/187339)
SAP de Madrid de 29 de septiembre de 2006 (JUR 2006/268395)
SAP de Valencia de 18 de octubre de 2006 (JUR 2006/76443)
SAP de Burgos de 3 de noviembre de 2006 (JUR 2006/23869)
SAP de Madrid de 14 noviembre de 2006 (JUR 2006/15575)
SAP de Barcelona de 20 de diciembre de 2006 (JUR 2007/139338)

SAP de Barcelona de de 12 enero de 2007 (JUR 2007/178637)
SAP de Jaén, de 19 de enero de 2007 (JUR 2007/266022)
SAP de Barcelona de 13 de febrero de 2007 (JUR 2007/204890)
SAP de Barcelona, de 20 de febrero de 2007 (JUR 2007/101427)
SAP de León de 26 de febrero de 2007 (JUR 2007/249673)
SAP de Albacete, de 6 de marzo de 2007 (JUR 2007/265006)
SAP de Castellón de 7 de marzo de 2007 (JUR 2007/273649)
SAP de Huelva, de 30 de marzo de 2007 (JUR 2007/202414)
SAP de Madrid de 11 de abril de 2007 (JUR 2007/313755)
SAP de Baleares, de 27 de abril de 2007 (JUR 2007/289800)
SAP de Madrid de 17 de mayo de 2007 (JUR 2007/313171)
SAP de Santa Cruz de Tenerife de 28 de mayo de 2007 (JUR 2007/287175)
SAP de Málaga de 2 de julio de 2007 (JUR 2007/212148)
SAP de Las Palmas, de 26 de julio de 2007 (JUR 2007/136253)
SAP de Barcelona de 20 de diciembre de 2007 (JUR 2008/108542)
SAP de Barcelona de 21 de febrero de 2008 (RJ 2008/130224)
SAP de Madrid de 1 de julio de 2008 (JUR 2008/287440)
SAP de Madrid de 22 de diciembre de 2008 (JUR 2009/88145)
SAP de Barcelona, de 21 de enero de 2009 (RJ 2009/137494)
SAP de Sevilla de 1 abril de 2009 (JUR 2009/221311)
SAP de Cáceres de 30 de junio de 2009 (JUR 2009/342788)
SAP de Santa Cruz de Tenerife de 21 septiembre de 2009 (JUR 2009/484209)
SAP de Girona de 13 de octubre de 2009 (JUR 2010/205)
SAP de Burgos de de 21 de noviembre de 2009 (JUR 2009/286462)
SAP de las Islas Baleares de 5 de mayo de 2010 (JUR 2010/ 215434)
SAP de Barcelona de 23 de noviembre de 2010 (JUR 2011/90173)
SAP de Valencia de 6 de abril de 2011 (JUR 2011/ 227422)
SAP de Sevilla de 18 de abril de 2011 (RJ 2011/365235)
SAP de Valencia de 5 de octubre de 2011 (JUR 2011/43457)
SAP de Santa Cruz de Tenerife de 12 marzo de 2012 (JUR 2012/206218)
SAP de A Coruña de 29 de marzo de 2012 (JUR 2012/155918)
SAP de Albacete de 23 abril de 2012 (JUR 2012\162481)
SAP de A Coruña de 9 de mayo de 2012 (JUR 2012/205092)
SAP de Girona de 12 de junio de 2012 (AC 2012/1356)
SAP de Murcia de 26 de junio de 2012 (AC 2012/529)
SAP de Girona de 29 de junio de 2012 (AC 2012/1356)
SAP de Santa Cruz de Tenerife de 18 de julio de 2012 (JUR 2012/232829)
SAP de Madrid de 20 de julio de 2012, JUR 2012/289956)
SAP de Valencia de 27 de septiembre de 2012, JUR 2012/401263)
SAP de Barcelona de 21 de diciembre de 2012 (JUR 2012/107322)
SAP de Murcia de 22 de diciembre de 2012 (JUR 2012/8887)
SAP de Barcelona de 7 de febrero de 2013 (RJ 2013/168857)
SAP de Cádiz de 19 febrero de 2013 (JUR 2013/175918)

C) Tribunal Superior de Justicia:

STSJ de Cataluña de 22 de septiembre de 2003 (RJ 2003/7128)
STSJ de Cataluña de 6 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8842)
STSJ de Cataluña de 4 de octubre de 2006 (RJ 2007/6178)
STSJ de Cataluña de 5 de septiembre de 2008 (RJ 2009/1449)
STSJ de Cataluña de 31 de julio de 2009 (RJ 2009/643)
STSJ de Cataluña de 22 de septiembre de 2009 (RJ 2009/5629)
STSJ de Cataluña de 3 de diciembre de 2009 (RJ 2010/1438)
STSJ de Cataluña 18 de enero de 2010 (RJ 2010/ 1297)
STSJ de Cataluña de 22 de abril de 2010 (RJ 2010/3623)
STSJ de Cataluña de 4 de abril de 2011 (RJ 2011/4622)
STSJ de Cataluña de 10 de septiembre de 2011 (RJ 2011/2458)
STS de Cataluña de 16 de diciembre de 2011 (RJ 2012/2766)
STSJ de Aragón de 1 de febrero de 2012 (RJ 2012/4317)
STSJ de Aragón de 5 julio de 2012 (RJ 2012/8806)
STSJ de Aragón de 24 de julio de 2012 (RJ 2012/8812)

D) Tribunal Supremo:

STS de 30 de noviembre de 1964 (RJ 1964/5552)
STS de 2 de mayo de 1983 (RJ 1983/2619)
STS de 30 de octubre de 1986 (RJ 1986/6017)
STS de 22 de octubre de 1987 (RJ 1987/7463)
STS de 22 de septiembre de 1988 (RJ 1988/6852)
STS de 23 de mayo de 1989 (RJ 1989/3880)
STS de 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10684)
STS de 31 de diciembre de 1993 (RJ 1994/10330)
STS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994\10330)
STS de de 18 de octubre de 1994 (RJ 1994/7722)
STS de 25 de noviembre de 1996 (RJ 1996/8283)
STS de 20 de mayo de 1997 (RJ 1997/3890)
STS de 11 de julio de 2002 (RJ 2002/7144)
STS de 9 de junio de 2003 (RJ 2003/5137)
STS de 7 de julio de 2004 (RJ 2004/5148)
STS de 14 de febrero de 2005 (RJ 2005/1670)
STS de 16 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7633)
STS de 21 de noviembre de 2005 (RJ 2005/ 7734)
STS de 26 de diciembre de 2005 (RJ 2006/180)
STS de 8 de noviembre de 2006 (RJ 2007/105211)
STS de 13 de diciembre de 2007 (RJ 2007/8927)
STS de 5 de noviembre de 2008 (RJ 2009/3)
STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009/4244)
STS de 28 de septiembre de 2009 (RJ 2009/7257)
STS de 14 de enero de 2010 (RJ 2010/2323)
STS de 18 de enero de 2010 (RJ 2010/1274)
STS de 10 de marzo de 2010 (RJ 2010/2329)
STS de 11 de marzo de 2010 (RJ 2010/2340)
STS de 10 enero de 2011 (RJ 2012/3642)
STS de 21 de febrero de 2011 (RJ 2011/ 2362)
STS de 18 de marzo de 2011 (RJ 2011/935)
STS de 28 de marzo de 2011 (RJ 2011/939)
STS de 1 de abril de 2011 (RJ 2011/3139)
STS de 14 de abril de 2011 (RJ 2011/3590)
STS de 21 de junio de 2011 (RJ 2011/7325)
STS de 7 de julio de 2011 (RJ 2011/5008)
STS de 22 de julio de 2011(RJ 2011/5676)
STS de 27 de julio de 2011 (RJ 2011/6282)
STS de 27 de septiembre de 2011 (JUR 2011/7382)
STS de 30 de septiembre de 2011 (RJ 2011/7387)
STS de 10 de octubre de 2011 (RJ 2011/6839)
STS de 10 de enero de 2012 (RJ 2012/3642)
STS de 19 de abril de 2012 (RJ 2012/5909)
STS de 21 de mayo de 2012 (RJ 2012/6532)
STS de 26 de octubre de 2012 (RJ 2012/9730)
STS de 10 de diciembre de 2012 (RJ 2013\12312)
STS de 29 de abril de 2013 (RJ 2013/3269)

E) Tribunal Constitucional:

STC de 29 septiembre de 1997 (RTC 1997/151)
STC de 29 de mayo de 2000 (RTC 2000/141)
STC de 15 de enero de 2001 (RTC 2001/4)
STC de 20 de mayo de 2002(RTC 2002/124)
STC de 14 de julio de 2003 (RTC 2003/144)
STC de 19 de abril de 2004(RTC 2004/71)

STC de 21 de enero de 2008 (RTC 2008/11)
STC de 22 diciembre de 2008 (RTC 2008/176).