

## 1.2. Familia

# Cuestiones controvertidas e implicaciones prácticas en torno a la guarda y custodia compartida

## *Controversial questions and practical implications concerning the guard and custody*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM*

**RESUMEN.** La guarda y custodia compartida como modalidad de guarda que se regula en el artículo 92 del Código Civil y de una forma más amplia en algunas legislaciones forales, plantea una serie de cuestiones con una importante trascendencia práctica que, ha generado una abundante doctrina jurisprudencial, además de su relación con otras medidas fijadas en convenio regulador o en procesos de nulidad, separación y divorcio como la pensión alimenticia y la atribución del uso de la vivienda. En el análisis de tales materias se va a centrar el presente estudio.

**ABSTRACT:** *The guard and custody shared as guard's modality that is regulated in the article 92 of the Civil Code and of a more wide form in some statutory legislations raises a series of questions with an important practical transcendancy that has generated an important jurisprudential doctrine besides his relation with other measures fixed on regulation agreement or on processes of nullity, separation and divorce as the alimentary pension and the attribution of the use of housing on the analysis of such matters it is going to centre on the present study.*

**PALABRAS CLAVE:** Guarda y custodia compartida. Interés del menor. Pensión de alimentos. Atribución del uso de la vivienda. Violencia de género. Hijos menores de edad.

**KEY WORDS:** *Guard and shared custody. Interest of minor. Alimentary pension. Attribution of use of housing. Familiar violence. Minor childrens.*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LOS CRITERIOS PARA LA ADOPCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.—III. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA Y SU RELACIÓN CON OTRAS MEDIDAS: PENSIÓN DE ALIMENTOS Y ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La patria potestad se configura como un conjunto de derechos y deberes que, determina su calificación como función que se ejerce en interés y beneficio de los hijos, y donde las actuaciones de los padres deben estar presididas por el respeto a la personalidad de estos, ajustándose en cada momento a las exigencias específicas que su desarrollo personal exige y demanda. Solo los padres pueden ser titulares de la misma, y, como tal institución, las facultades que la integran tienen el carácter de intransferible, irrenunciables, imprescriptible e indisponible y de carácter social<sup>1</sup>. Se impide al titular el abandono de las finalidades que su cumplimiento persigue y no se otorga virtualidad extintiva a la dejación del ejercicio. En definitiva, lo que prima en esta institución es la idea de beneficio o interés de los hijos, conforme establece dentro del Título VII «De las relaciones paterno-filiales», del Libro I del Código Civil, que regula los derechos y deberes de los padres, que derivan de la titularidad de la potestad (arts. 154 a 171)<sup>2</sup>.

En este contexto, la titularidad de la patria potestad de los hijos no emancipados, y como regla general el ejercicio de la misma, corresponde conjuntamente a los progenitores —patria potestad dual— (art. 154, párrafo primero del Código Civil). Esta potestad que corresponde a los padres sobre los hijos, pueden ejercerla ambos progenitores de la manera que, estimen más conveniente; si bien, siempre ha de estar presidida por el interés o beneficio del menor<sup>3</sup>. Lo cierto es que, el principio de primacía del interés del menor, la consecución de su beneficio, y el respeto a su personalidad deben constituir los parámetros a los que se debe recurrir a los efectos de interpretar, integrar y aplicar el régimen jurídico de la patria potestad; y, se debe mantener y respetar cuando tiene lugar la crisis matrimonial<sup>4</sup>. De forma que, cuando en el ejercicio de la patria potestad, los padres incumplen los deberes inherentes a la misma, esto es, pongan en peligro el bienestar del menor, la intervención de los poderes públicos en la autonomía familiar está plenamente justificada; si bien, tal nivel de intervención debe ser siempre proporcional a la necesidad de una adecuada protección del menor y, asimismo, debe tenerse en cuenta que esta corresponde en primer lugar a los padres<sup>5</sup>.

Como ha precisado la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9 de julio de 2002 la patria potestad se configura como «una función instituida en beneficio de los hijos, que abarca un conjunto de derechos concedidos por la Ley a los padres sobre la persona y bienes de los descendientes en tanto son menores y no emancipados, para facilitarles el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesa sobre dichos progenitores; y constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes instituidos todos ellos, no en interés del titular, sino en el del sujeto pasivo»<sup>6</sup>.

Entre el conjunto de deberes y derechos incluidos en la patria potestad, se encuentra el de guarda y custodia de los hijos menores de edad. En los casos de ruptura de la convivencia, la patria potestad la continúan ejerciendo ambos progenitores, si bien ha de consensuar todas aquellas decisiones que, afecten al desarrollo de la vida de los hijos menores.

Por otra parte, en nuestro ordenamiento coexisten varios modelos de guarda: a) La guarda exclusiva ejercida solo por uno de los progenitores. Dentro de esta modalidad se ha de diferenciar los supuestos en lo que los progenitores mantienen la titularidad y ejercicio común de la patria potestad, frente a aquellos supuestos en los que uno de ellos no ejerce la patria potestad o no ejerce alguna de sus funciones; b) Guarda distribuida de los hijos o guarda alterna, representa una modalidad de alcance limitado y en cierta forma excepcional, pues, el Código

Civil parte de procurar la no separación de los hermanos; de ahí que cuando se opta por ello bien mediante pacto en convenio, o bien como medida en un proceso contencioso resulta necesario que se justifique su adopción sobre la base de resultar una medida adecuada al superior interés de todos los hermanos. Es por ello importante que, en el régimen de estancias entre los hijos se garantice no solo la relación paterno y materno filial, sino también la fraternal; c) La guarda atribuida a un tercero (art. 103 del Código Civil) se prevé con carácter específico y excepcional para aquellos casos en que ninguno de los progenitores pueden asumir el cuidado del menor<sup>7</sup>; d) La guarda conjunta o compartida o sucesiva. Dentro de ella cabe, asimismo, diferenciar: 1. Guarda compartida simultánea donde la convivencia de todo el núcleo familiar se mantiene bajo el mismo techo. Son supuestos en lo que no se ha procedido a dividir la vivienda. 2. Guarda compartida a tiempo parcial con cambio de domicilio por parte de los menores: los hijos permanecen parte del tiempo con uno u otro progenitor, siendo posible la alternancia por días, por semanas, por meses o por años o cursos escolares; 3. La guarda compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio por los menores: son los padres lo que entran y salen del único domicilio<sup>8</sup>.

Ahora bien, en caso de no existir parientes o allegados adecuados o en el caso de no prestar estos el consentimiento a la asunción de las funciones de guarda, el juez deberá acordar la guarda administrativa (art. 172). Esta guarda tiene carácter provisional, sin perjuicio de la posterior declaración de desamparo que, comporta la asunción por parte de la Administración de la tutela y la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria de forma automática, manteniendo la validez de los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y sean beneficiosos para él.

Sobre tales bases, con la Ley 30/1981, de 7 de julio, —pese a la falta de referencia normativa expresa a excepción de la mención indirecta en el artículo 92.4 del Código Civil—, no se impedía la guarda y custodia compartida, pero ante la postura mayoritaria de rechazo de la jurisprudencia por entender que podía afectar al adecuado desarrollo de las relaciones paterno-filiales, la práctica habitual era la atribución unilateral o exclusiva de la guarda y custodia de los menores a uno solo de los progenitores, que solía coincidir en la mayoría de los casos con la figura materna y donde se establecía un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio —normalmente el padre— (art. 159 en relación con los arts. 90 y 103 del Código Civil)<sup>9</sup>. Asimismo, el sistema legal hacía muy difícil la adopción de tal modalidad de guarda en los procesos contenciosos, lo que propició la práctica excepcionalidad de la misma, a lo que habría que añadir las escasas solicitudes por parte de los progenitores de esta modalidad de guarda y custodia. Por su parte, la Ley 15/2005, de 8 de julio al reformar la legislación anterior de divorcio también dio cierto impulso a la custodia compartida, al determinar que la guarda y custodia exclusiva no se configure como la única modalidad de guarda tras la situación de crisis matrimonial, sino que además se regula —con la exigencia de una serie de requisitos formales— como otra posibilidad la guarda y custodia compartida, pues, como justifica en su Exposición de Motivos, lo que hay que procurar, es el mejor beneficio para el menor. A tal fin, se dedica el artículo 92 del Código Civil que, precisamente no proporciona una definición legal de la guarda y custodia compartida o conjunta, refiriéndose, no obstante, a esta figura con expresiones tales como «ejercicio compartido de la guarda y custodia» (apartado 5), «guarda conjunta» (apartado 7) y «guarda y custodia compartida» (apartado 8), correspondiendo tal labor a la doctrina y a la jurisprudencia<sup>10</sup>. Así LATHROP conceptúa la guarda y custodia compartida

como «aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, que permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de los hijos, pudiendo en lo que a residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos determinados»<sup>11</sup>.

Ahora bien, tal régimen de guarda descansa sobre tres principios fundamentales: el principio de interés del menor; el principio de igualdad de ambos progenitores y el principio de coparentalidad/corresponsabilidad<sup>12</sup>. Respecto al principio de superior interés del menor viene reconocido como criterio preferente en prácticamente todas las normas nacionales e internacionales que afectan o inciden sobre los menores de edad. Así en nuestro ordenamiento, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor —reformado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio— señala que «1. *Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primarán el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor*». Con la reforma se viene a dotar de contenido al concepto de interés del menor y se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Y, en último lugar, este principio es, además, una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral. Por lo que sobre estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio. Asimismo, en el artículo 9 de la citada Ley Orgánica 1/1996, también reformado por la Ley Orgánica 8/2015, reconoce su derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que está directamente implicado y del que se debe derivar una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social<sup>13</sup>. Con la nueva redacción se desarrolla, de forma más detallada, el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado de acuerdo con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmado por España el 12 de marzo de 2009 y cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 12 de noviembre de 2010; y con los criterios recogidos en la Observación número 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado; y, se

sustituye el término suficiente juicio por el de madurez, por ser un término más ajustado al lenguaje jurídico y forense, que ya se incorporó en su momento en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, y que, es generalmente utilizado en los diversos convenios internacionales en la materia. En todo caso, en la implementación de tales principios, en el ámbito internacional cabe destacar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (art. 12); además, el artículo 24.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2007, e íntegramente reproducido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, en el que se establece que *«los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrá expresar su opinión libremente. Este será tenido en cuenta para los asuntos que les afecten en función de su edad y madurez»*. También la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Principios 12 y 14); y, el Reglamento CE/2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución en materia matrimonial y responsabilidad parental [arts. 12.1 b) y 3 b), 15.1 y 5 y 23] —en vigor desde el 1 de marzo de 2005.

En este contexto, el principio de interés superior del menor supone que, este tiene un estatuto jurídico propio que, debe ser respetado y es indisponible por las partes; es un interés prevalente, incluso por encima del interés legítimo de sus progenitores<sup>14</sup>; se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos de forma prioritaria y preferente a las demás partes implicadas, debido a su falta de capacidad para actuar defendiendo sus propios intereses; es un criterio básico que ha de inspirar la actuación de los particulares como de los poderes públicos, y en relación con estos últimos, y concretamente referido a la actuación jurisdiccional, determina que el juez ha de resolver *ex officio* sobre lo que concierne a los menores, no estando sujeto a la petición de parte; es un principio de orden público y, en consecuencia, debe ser observado por los jueces y tribunales<sup>15</sup>; ha de ser precisado caso por caso, en base a la información y pruebas practicadas que debe ser valoradas, y dando lugar a una decisión motivada. Y se introduce como una cláusula general que comprende un principio general del derecho y se expresa normativamente por medio de un concepto jurídico indeterminado<sup>16</sup>.

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en la guarda y custodia compartida y en las cuestiones planteadas en relación a los criterios para su adopción, a los supuestos de conflictividad de los progenitores, de violencia de género, y su relación con otras medidas como la pensión de alimentos y el uso de la vivienda.

## II. LOS CRITERIOS PARA LA ADOPCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

El Código Civil español en su artículo 92, a diferencia también de lo que ocurre en el artículo 373-2.11 del *Code Civil* o en la *Children Act* 1989 inglesa, carece de un listado de criterios o elementos sobre los que las partes y juez puedan operar para determinar en cada caso el régimen de guarda más idóneo para el interés del menor. Tal labor ha sido asumida por la jurisprudencia mediante el desarrollo de tales criterios. Así la sentencia del Tribunal Supremo,



Sala Primera, de 29 de abril de 2013<sup>17</sup> fija como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92.5 y 6 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se debe tomar y que se acordará cuando concurren criterios tales como: «la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos, y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente; y, en definitiva cualquier otro, que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven». Y, añade que la redacción del artículo 91 «no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea»<sup>18</sup>. Estos criterios son los que deben tener en cuenta el juez para decidir en los casos en que los progenitores no estén de acuerdo en la medida a adoptar y deben atender a la protección del interés del menor<sup>19</sup>. Ahora bien, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de marzo de 2016<sup>20</sup> establece, además, que es requisito necesario para otorgar la custodia compartida la propuesta de un plan de coparentalidad o plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integren con hechos y pruebas los distintos criterios y las ventajas que van a tener los hijos una vez producida la crisis de pareja. Y, asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2016 (*JUR* 2016,138686) anula el régimen de custodia compartida de una menor concedida a su padre y madre porque ninguno de los dos la solicitó, pues, de no existir petición de parte «difícilmente puede valorarse un plan contradictorio adecuadamente informado sobre el que decidir con fundamento en interés de los menores, al no haber existido debate y prueba contradictoria sobre tal régimen de custodia». A tal fin, se ordena a la Audiencia Provincial de Vizcaya que dictó sentencia, estableciendo la custodia compartida que, pronuncie nueva sentencia en los «estrictos términos» en que se planteó el debate (cada progenitor reclamaba para sí la custodia de su hija) «que no incluía decidir sobre la guarda y custodia compartida».

Por otra parte, la guarda y custodia compartida no se debe confundir con la custodia atribuida a uno de los progenitores, concediendo al otro un amplio régimen de visitas<sup>21</sup> y, asimismo, no consiste en «un premio o 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, precisamente, los criterios abiertos ya señalados que concretan lo que debe tomarse en consideración a la hora de determinar el interés del menor<sup>22</sup>.

Por tanto, el juez podrá acordar la guarda y custodia compartida siempre que con ello se proteja adecuadamente el interés superior del menor, para lo cual además de atender a los factores o criterios expuestos, deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores si tienen suficiente juicio, y lo estime necesario<sup>23</sup> —aunque también se señala la obligatoriedad de la exploración del menor en alguna resolución<sup>24</sup>— bien de oficio, bien a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Judicial o del propio menor; asimismo, habrá de valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba que se hubiera practicado en ella, y, si lo considere conveniente, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados en orden a la determinación del régimen de

custodia más idóneo y favorable a los intereses de los menores<sup>25</sup>. Como precisa, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2013<sup>26</sup> «se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil, ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos, sin que la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel». Y añade la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 16 de febrero de 2015 con el régimen de guarda y custodia compartida «a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores, d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, ya que se ha venido desarrollando con eficiencia»<sup>27</sup>.

En esencia, lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que también es beneficioso para ellos<sup>28</sup>. De todas formas, la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que, permita la adopción de actitudes y conductas que, beneficien al menor; que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad; y, asimismo, que tengan aptitud y capacidad para desarrollar de forma óptima las funciones derivadas de la responsabilidad parental<sup>29</sup>. Por lo que, en la toma de decisión del Juez ocupará un lugar importante la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos<sup>30</sup>. Aunque también es cierto que, las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida<sup>31</sup>. Solo se convierten en relevantes cuando afectan, perjudicándolo, el interés del menor<sup>32</sup>, como sucede en los supuestos de conflictividad manifiesta o extrema entre los progenitores especialmente siempre que exista malos tratos y, asimismo, una continua exposición del menor al enfrentamiento entre sus progenitores. Así el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de octubre de 2014 consideró que no era posible acordar la guarda y custodia compartida porque la situación de conflictividad entre los progenitores la desaconsejaban. Recuerda el Alto Tribunal los criterios establecidos en su sentencia de 29 de abril de 2013 y concluye que «esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la de adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor; que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad»<sup>33</sup>. Sin embargo, el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de febrero de 2015<sup>34</sup> ha otorgado la custodia compartida de un niño solicitada por el padre al considerar que la existencia de divergencias entre los padres que sean razonables no imposibilitan este régimen que es deseable porque fomenta la integración del menor con ambos progenitores, sin desequilibrios, evita el «sentimiento de pérdida», no cuestiona la idoneidad de los padres y estima la cooperación de los mismos en beneficio del menor. De este modo, la citada sentencia indica que «para la adopción del sistema de cus-

todia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor; así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en dos profesionales como los ahora litigantes (ambos son profesores universitarios)». En ningún caso se acordará la guarda y custodia compartida, cuando exista o se advierta de las alegaciones de las partes o de las pruebas practicadas la existencia de un caso de violencia doméstica o de género, o 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, la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos<sup>35</sup>. El artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015 exige que la vida y desarrollo del menor tenga lugar en un entorno «libre de violencia» y que «en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otros interés legítimo que pudiera concurrir». Ahora bien, la violencia de género afecta a los menores de muy diversas formas. Así, tales menores pueden ser víctima directa o indirecta de la violencia; de ahí, en primer lugar, su consideración de víctima directa de violencia de género tras la modificación de los artículos 1.2 y 61.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de 2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; o de víctima indirecta al sufrirlo el otro progenitor tal como establece el artículo 2 b) de la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima. En todo caso, el artículo 94 del Código Civil permite al Juez limitar o suspender el derecho de visita. Igualmente, el artículo 66 de la citada Ley Orgánica 1/2004 autoriza la suspensión o restricción del derecho de visita, estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependen de él. Por su parte, el artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño establece como primordial la consideración del interés del menor. En igual sentido, la Carta Europea de Derechos del Niño de 1991 establece como esencial la salvaguarda de intereses del niño. En todo caso, tampoco el deseo del menor resulta por sí solo suficiente para determinar el régimen de guarda y custodia<sup>36</sup>.

En todo caso, que los progenitores reúnan capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales durante la situación de crisis matrimonial, no tienen porque verse las mismas mermadas por el hecho normal y habitual, en estos casos, que los padres opten por rehacer sus vidas con nuevas parejas, situación que, incluso puede ser positivo y de interés para el menor<sup>37</sup>; ni por razón de enfermedad de uno de los progenitores<sup>38</sup>.

No obstante, esta medida que se acuerde puede ser revisada (modificada) cuando se acredite el cambio de la situación de hecho y las nuevas circunstancias permitan un tipo distinto de guarda o impidan el que se había acordado en un momento anterior<sup>39</sup>. Tal modificación opera siempre que se acredite que, el interés de los menores está mejor protegido con la custodia compartida, que con la guarda exclusiva, atenuándose la exigencia rigurosa de una «alteración sustancial de las circunstancias» para la modificación de las medidas definitivas (*ex arts. 90.3 y 91 in fine* del Código Civil, y art. 775 LEC).

Por otra parte, la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse, como ha venido concretando la Sala Primera del Tribunal Supremo, si el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre y el recurso de casación en la determinación del régimen de guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia<sup>40</sup>. La razón se encuentra en que «el



fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor en interés de este»<sup>41</sup>.

Ahora bien, la falta de mención de criterios o elementos a tener en cuenta por el juez en el artículo 92 del Código Civil contrasta con los desarrollados por las legislaciones autonómicas, que si han procedido a concretar los factores que deben ponderarse antes de tomar la decisión sobre el sistema de guarda más adecuado al interés del menor. Así en Aragón, el artículo 80.2 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo por el que se aprueba el Código de Derecho Foral (en adelante, CDFA) fija como criterios de atribución a tener en cuenta, además del plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores, los siguientes: a) La edad de los hijos; b) El arraigo social y familiar de los hijos; c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio, y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años; d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos; e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; y, f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de la convivencia<sup>42</sup>. Por su parte, el Código Civil catalán en su artículo 233-11 señala como criterios a tener en cuenta para valorar la modalidad de guarda: 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 procurar un entorno adecuado, de acuerdo con su edad; c) La actitud de cada uno de los progenitores de 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; y, g) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y los progenitores<sup>43</sup>. En cuanto a la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres de Navarra en su artículo 3 señala como criterios para decidir sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores: a) La edad de los hijos; b) La relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores, y sus familias extensas; c) El arraigo social y familiar de los hijos; d) La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio, y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años; e) La aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos; f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; g) Los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los padres y que estos le hayan justificado; y, h) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de la convivencia.

Asimismo, la Ley 5/2011, de 1 de abril de la Generalitat Valenciana de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven en su artículo 5.3 indica como factores que deben ser valorados por el juez al fijar el régimen de convivencia: a) La edad de los hijos. En los casos de menores lactantes, se puede establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño, que deberá ser progresivamente

ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores; b) La opinión de los hijos menores, cuando tuvieran la madurez suficiente, y, en todo caso, cuando hayan cumplido los 12 años; c) La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos menores y la capacidad de cada progenitor; d) Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan; e) Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos menores; f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores, g) La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo menor de edad; y, h) Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos<sup>44</sup>.

Por su parte, la Ley 7/2015, de 30 de junio de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco señala como circunstancias que, debe tener en cuenta el juez: a) La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los y las menores y sus actitudes personales, y la vinculación afectiva de los y las menores o incapacitados con cada uno de sus progenitores; b) El número de hijos e hijas; c) La edad de los hijos e hijas; d) La opinión expresada por los hijos e hijas, siempre que tengan suficiente juicio y en todo caso si son mayores de 12 años; e) El cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos e hijas y entre ellos, y el respeto mutuo en sus relaciones personales, así como su actitud para garantizar la relación de los hijos e hijas con ambos progenitores y con el resto de sus parientes y allegados; f) El resultado de los informes a los que se refiere el apartado 4 de este artículo; g) El arraigo social, escolar y familiar de los hijos e hijas; h) Las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar de cada progenitor, así como la actitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes; i) La ubicación de sus residencias habituales, así como los apoyos con los que cuenten; y, j) Cualquier otra circunstancia concurrente en los progenitores o en los hijos e hijas que resulte relevante para el régimen de convivencia.

En todo caso, atendiendo a la regulación de los diferentes ordenamientos autonómicos, conviene precisar que, tanto el Código de Derecho Foral de Aragón como la Ley 5/2011 de la Generalitat valenciana se decantan por establecer la guarda y custodia compartida con carácter preferente, aunque en Aragón no se exige un reparto idéntico del tiempo entre ambos progenitores, sino equitativo, mientras que sí parece exigirse en la citada Ley 5/2011. Por su parte, la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo sobre custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia de los padres de Navarra y el Código Civil catalán no fija la guarda y custodia compartida como modalidad de guarda preferente (art. 3); y el artículo 9 de la Ley 7/2015, de 30 de junio del País Vasco regula la custodia compartida como régimen más adecuado en los casos de separación o divorcio, atendiendo a los requisitos establecidos en su articulado y siempre velando por el interés superior de los y las menores. En todas ellas, no resulta exigible el informe del Ministerio Fiscal y, asimismo, se excluye tanto la guarda y custodia individual como la compartida en los supuestos de violencia doméstica y de género, o cuando cualquiera de los progenitores 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 progenitor o de los hijos o hijas menores.

Ahora bien, en materia de guarda y custodia compartida, el Código Civil contiene una cláusula abierta que obliga a acordar esta modalidad siempre en interés del menor. Al respecto, los sistemas de guarda vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que 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 cónyuges (Alemania y 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).

En este contexto, la doctrina española se encuentra dividida respecto de la conveniencia o no de adoptar una solución de preferencia en relación con las modalidades de custodia compartida o custodia individual. Para unos, es más adecuado a la satisfacción del interés del menor no condicionar por vía normativa la decisión del juez y dejar que sea el mismo el que, en función de las circunstancias del caso, decida sobre el particular<sup>45</sup>. Mientras que, para otros sería más conveniente adoptar la solución contraria, y dotar de preferencia a la guarda compartida —como ya lo hacen la Ley aragonesa y catalana—, para lo que se requeriría invertir el sentido de la presunción establecida en el artículo 92.5 del Código Civil, por aquella en que la guarda y custodia compartida es en interés del menor<sup>46</sup>. Sea cual sea la posición que se adopte, no parece que la cuestión se deba residenciar en la preferencia entre una u otra modalidad de guarda, sino en dejar a la capacidad decisoria del juez mediante una neutralidad regulatoria, el tipo de guarda que proporciona mayor estabilidad al menor, y protege su interés. En la toma de tal decisión puede resultar conveniente la utilización de algunos de los parámetros contenidos en las diferentes regulaciones autonómicas, o establecidos por el Tribunal Supremo en sus diferentes resoluciones, todo ello sin perjuicio de la utilización de otras medidas que, permitan al juez la adopción de la medida de guarda más beneficiosa para el menor. Ciertamente, la guarda y custodia exclusiva o compartida se otorgará en función del interés superior del menor en cada caso concreto, sin que ninguna forma de custodia se haya de considerar preferente. Por otra parte, de optarse por la guarda y custodia compartida no supone ello necesariamente un reparto igualitario de tiempos de convivencia. La distribución de tiempos y responsabilidades se hará, igualmente, atendiendo al interés del menor.

### III. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA Y SU RELACIÓN CON OTRAS MEDIDAS: PENSIÓN DE ALIMENTOS Y ATRIBUCIÓN DEL USO DE VIVIENDA

Dentro de las prestaciones económicas ligadas a una crisis matrimonial o ruptura de pareja, ocupan un lugar preferente las prestaciones alimenticias a favor de los hijos menores de edad, como pronunciamiento de las medidas definitivas de la sentencia o del convenio ratificado judicialmente. La pensión alimenticia a favor de los hijos menores de edad la define SERRANO CASTRO la conceptúa como «el deber impuesto a una o varias personas de asegurar la subsistencia de una u otra, suponiendo la conjunción de dos partes: una acreedora alimentista, que tiene derecho a exigir y recibir los alimentos y otra deudora-alimentante, que tiene el deber legal y moral de prestarlos»<sup>47</sup>.

Se trata de una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, inherente como es sabido, a las relación paterno-filial, y no a la patria potestad, se funda en la filiación, de duración temporal, de contenido absoluto y proporcionada a las necesidades del hijo y los medios y posibilidades

económicas del padre y madre obligados<sup>48</sup>; de ahí que, los progenitores excluidos *ab initio* de la patria potestad (art. 111 del Código Civil) o privados judicialmente de esta (art. 170 del Código Civil) mantienen su deber de alimentos. De forma que, mientras el hijo sea menor de edad la obligación alimentaria existe incondicionalmente y no puede decretarse su cesación. Lo que antes se configuraba como carga del matrimonio, tras la ruptura de la convivencia se convierte en una medida —de obligada adopción en el caso de existir hijos menores de edad o incapacitado (art. 91 del Código Civil)— en la que se fija el modo en que se ha de hacer efectiva la prestación de alimentos a los hijos por parte de ambos progenitores, adaptándose a las nuevas circunstancias que supone la situación de vida independiente de aquellos. En todo caso, la determinación de esta medida —pensión de alimentos— opera sobre la base de la no sujeción del juez al principio de congruencia o aportación de parte en relación a la fijación de la pensión alimenticia de los menores o incapacitados judicialmente.

Como alimentantes, ambos progenitores en virtud de la potestad que es una función inexcusable, deben cuidar de los hijos y tienen en relación a ellos deberes de alimentos en el sentido más amplio, de convivencia, de educación y de formación integral (art. 154.1 del Código Civil)<sup>49</sup>. Es una consecuencia de la filiación, de ahí que, no se extingue por el cese de la convivencia con el menor, por la pérdida de la patria potestad, o por el ejercicio en exclusiva del otro de la patria potestad. Es una obligación mancomunada, proporcional al caudal de cada obligado<sup>50</sup>. Si bien, el progenitor custodio puede realizar lo que han denominado algunos tribunales la «aportación virtual» al sostenimiento de los hijos, si carece de ingresos propios<sup>51</sup>. Este deber paterno de alimentar a los hijos menores no emancipados es más amplio que el estricto deber de alimentos derivado de los artículos 142 a 153 del Código Civil, en cuanto no está sometido a las limitaciones de este<sup>52</sup>, aunque no se excluye la aplicación de algunos de sus preceptos<sup>53</sup>. Los alimentistas han de ser hijos del alimentante, pues, la obligación de alimentar deriva de la filiación biológica o adoptiva. La necesidad del alimentista menor de edad se presume siempre<sup>54</sup>.

Se justifica la subsistencia de la obligación de prestar alimentos a hijos menores de manera incondicionada, aun en el caso de que el hijo tenga sus necesidades cubiertas por sus propios medios. Junto a este mínimo vital, por debajo del cual quedaría comprometido el cumplimiento de la obligación de alimentar a los hijos, el *quantum* concreto de la obligación de alimentos tiene como techo o límite máximo la referencia al estatus social de la familia<sup>55</sup>.

De todas formas, no se exige para la efectividad de la medida la convivencia en el domicilio familiar; pues, es posible señalar una pensión alimenticia cuando la guarda y custodia del menor se ha otorgado a una tercera persona dentro de la propia *litis* matrimonial (art. 103 del Código Civil)<sup>56</sup>.

Al igual que, sucede con la atribución del uso de la vivienda como veremos, el legislador estatal no ha aprovechado la reforma por Ley 15/2005, de 8 de julio por el que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, para establecer normas específicas relativas a cómo afrontar la obligación alimenticia respecto de los menores de edad ante una custodia compartida o ante la distribución de los hijos.

La ausencia de mención expresa en el Código Civil sobre la obligación alimenticia en los supuestos de distribución de los hijos y guarda compartida contrasta con la previsión expresa en el artículo 233-10.3 del Código Civil catalán en el que se dispone que la forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, si bien, es preciso ponderar el

tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores, además de los gastos que cada uno de ellos asuma pagar directamente. Asimismo, en esta línea, el artículo 7 de la Ley 5/2011 de la Generalitat valenciana señala que, en defecto de pacto de convivencia familiar, corresponde a la autoridad judicial determinar en función de los recursos económicos de que disponen ambos progenitores, la cantidad que estos deberán satisfacer en concepto de gastos ordinarios de atención a los hijos e hijas menores. En relación con la cuestión relativa a los gastos extraordinarios clarifica su asunción, al disponer que, serán satisfechos por ambos progenitores de conformidad con lo acordado entre ellos. A falta de pacto, será la autoridad judicial la que decidirá el modo en que deben ser sufragados, con independencia de quien los satisfizo, y de si el régimen de convivencia es compartido o no. En todo caso, los gastos necesarios de educación y formación no cubiertos por el sistema educativo y los de salud, no cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar afiliados los hijos menores, tendrá que ser sufragados obligatoriamente por ambos progenitores en la proporción que establezca la autoridad judicial. Por su parte, el artículo 82 del CDFA precisa que tras la ruptura de la convivencia de los padres, ambos contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo que, determinará el juez en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los padres. Asimismo, el juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia, y si es necesario fijará un pago periódico entre los mismos. Y, en relación a los gastos extraordinarios necesarios de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto. Finalmente, la Ley 7/2015, del País Vasco establece que, el juez determinará, cuando proceda:

- a) La contribución de cada progenitor al sostenimiento de las cargas familiares y la pensión de alimentos para satisfacer las necesidades de los hijos e hijas;
- b) La proporción en la que deben contribuir a los gastos por sus necesidades extraordinarias; y,
- c) La periodicidad, forma de pago y bases de actualización de las anteriores.

Asimismo, adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos e hijas en cada momento. Para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios se tendrán en cuenta las necesidades de los hijos e hijas, los recursos económicos de cada miembro de la pareja, el tiempo de permanencia de los hijos e hijas con cada uno, la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, el lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos e hijas y la contribución a las cargas familiares, en su caso. Los gastos extraordinarios de los hijos e hijas serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos voluntarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen, y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido su realización (art. 12).

En todo caso, corresponde al juez concretar en su resolución la cuantía de la pensión —que no queda obligado por el principio de rogación, sino por el principio de *favor filii*—, ni incurre en incongruencia por *extra o ultra petita* al fijar una suma superior a la reclamada por los progenitores— y cómo ha de abonarse.

No obstante, la atribución del uso de la vivienda familiar tiene un valor económico que debe ponderarse al fijar la pensión alimenticia<sup>57</sup>, como así se



establece específicamente en el artículo 233-20.7 del Código Civil catalán y en el artículo 10.3 de la Ley 7/2015 del País Vasco —como contribución en especie—<sup>58</sup>. De no realizarse tal atribución, la pensión alimenticia deberá contemplar el nuevo gasto de vivienda que necesariamente se ha de generar en relación con el hijo común<sup>59</sup>.

En este contexto, en caso de guarda y custodia compartida se parte como doctrina jurisprudencial que, no puede contemplarse como efecto necesario o ineludible la extinción de la obligación por parte de uno de los progenitores —o de los dos— de abonar una pensión de alimentos en favor de los hijos, incluso en aquellos supuestos en que el tiempo de permanencia sea idéntico. Si estamos ante progenitores con ingresos propios, corresponde la prestación de alimentos directamente a cada uno, cuando tenga consigo a su hijo. El problema surge cuando haya diferencias sustanciales entre los ingresos y recursos de uno con reparto al otro y no es posible cumplir la regla de atemperar los alimentos a las necesidades de los hijos y recursos de los padres (art. 93 del Código Civil) especialmente en el momento en que estos permanecen bajo la custodia del menos favorecido; de ahí que, el juez no puede dejar de analizar las posibilidades económicas de los padres en relación con las necesidades de los hijos, y ante las diferencias de ingresos de uno y otro, que puede determinar una desproporción entre los ingresos de ambos progenitores, o, en el caso que, uno de los progenitores no perciba salario o rendimiento alguno, resolver lo que proceda, y ante el hecho que la cuantía de alimentos ha de ser proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da, convenir que, aquel que tenga más ingresos o el que solo los perciba, pague una pensión alimenticia al que tenga menos ingresos, aun cuando el tiempo de permanencia de los hijos con ambos sea idéntico, correspondiendo, igualmente, al juez determinar la cuantía de aquella, que, puede ser sin limitación temporal, ya que, hay que partir de la base que, la custodia compartida no exime del pago de alimentos; o, en fin, optar por compensar al progenitor que menos capacidad económica tiene a través de un sistema de cuenta común con aportaciones mensuales de ambos progenitores o de uno de ellos en mayor proporción o en exclusiva<sup>60</sup>. De todas formas, se concretarán los alimentos precisos para cubrir las necesidades ordinarias y extraordinarias de los hijos en la proporción que proceda y en la fijación de la pensión alimenticia se atenderá al tiempo de estancia, a las necesidades de los hijos, a la situación económica de los progenitores y, asimismo, nos parece oportuno, a la atribución de la vivienda familiar. Si bien, todo ello sin perjuicio de una ulterior modificación, si varían las circunstancias sustancialmente (art. 91 del Código Civil).

Con relación a la atribución del uso de la vivienda, la guarda y custodia deriva de la patria potestad y de la patria potestad, entre otras cosas, deriva la fijación del domicilio familiar (art. 70 del Código Civil), dando cumplimiento a lo previsto en el artículo 68 del citado cuerpo legal respecto a la obligación de vivir juntos. La ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo en el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, entre otras la de fijar el nuevo domicilio, y como consecuencia, el de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura, coincidente por lo general con el de quien ostenta la guarda y custodia. Estamos, sin duda, ante una de las decisiones más importante que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y solo en defecto de este acuerdo

corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder fijar de una manera ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura. De todas formas, en la determinación del domicilio de los menores debe estar presidida por el principio de protección que los mismos merecen en el marco del proceso matrimonial. Sobre tales bases, la atribución del derecho de uso del artículo 96 del Código Civil opera cuando los cónyuges no han llegado a un acuerdo vía convenio regulador, o este no se ha homologado judicialmente; de forma que, como hemos señalado, corresponde al juez en proceso contencioso decidir sobre el uso de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial sobre la base de diversos criterios contenidos en tal precepto, así la existencia de hijos que quedan en compañía de un progenitor con la problemática que, conlleva según estos sean menores, incapacitados o mayores de edad, o, cuando unos hijos permanecen en compañía de un progenitor y los demás con el otro o, en fin, cuando se carece de descendencia y la vivienda es exclusiva de uno de los cónyuges<sup>61</sup>. Asimismo, se fijan en dicho precepto los requisitos para la realización de actos dispositivos sobre la vivienda familiar por el cónyuge titular, cuando su uso ha sido asignado al otro (art. 96.4)<sup>62</sup>. En todo caso, se parte de un doble objetivo: en el supuesto de haber hijos, el interés de estos actúa como prioritario para la adopción de la medida e indirectamente, el interés del cónyuge al que se atribuye la guarda y custodia; y, en el caso de no haber hijos, se considera como determinante en la adopción de la medida el interés más necesitado de protección, para lo que el juez deberá atender a los motivos de distinta naturaleza (económicos, sociales, personales), que concurren en uno u otro cónyuge, procediendo a un estudio comparativo de la situación de cada uno antes de concretar la medida. Solo cuando no concorra en ninguno de los cónyuges un interés más necesitado de protección, se atenderá a la titularidad de la vivienda que, será, por tanto, en todos los casos el criterio subsidiario. Queda, sin embargo, huérfano de regulación, — pese a la reforma operada en el artículo 92 por la Ley 25/2005, de 8 de julio—, la atribución del uso de la vivienda cuando la custodia de los hijos es compartida, lo que contrasta con la normativa existente en el ámbito autonómico, como analizaremos. En todo caso, la custodia compartida tiene un verdadero «obstáculo» en la forma en que el artículo 96.1 del Código Civil regula la atribución del uso de la vivienda familiar, al vincular dicha atribución con la custodia exclusiva de menores.

A. Existencia de hijos. En este caso, la Ley prescinde del criterio de titularidad, pues, resulta irrelevante qué cónyuge sea el propietario del inmueble<sup>63</sup>. Por tanto, el interés familiar que se tiene en cuenta, a los efectos de decidir la atribución del uso a uno de los cónyuges, es el de los hijos menores de edad, por entender que es el de estos el más necesitado de protección. De este modo, el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge en cuya compañía queden (art. 96.1 del Código Civil)<sup>64</sup>. Si los hijos son encomendados al cónyuge titular no se plantean problemas, al recaer sobre la misma persona el uso y la titularidad de la vivienda y, en consecuencia, ningún derecho emerge<sup>65</sup>; ahora bien, si el beneficiario del uso no es el titular, o lo es en régimen de copropiedad, el fundamento de la privación del uso al cónyuge titular/propietario se encuentra en el especial cumplimiento de los deberes que, a él le corresponde respecto de sus hijos ya que la separación, nulidad y divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con ellos (art. 92.1 del Código Civil), como la relativa a facilitarles habitación y, además que esta siga desarrollándose en una vivienda determinada, que hasta ahora es la que constituía la vivienda familiar<sup>66</sup>. Lo que no

impide que la vivienda que cubra las necesidades de alojamiento del hijo menor sea otra distinta de la vivienda familiar, pues, lo que se protege es el interés del menor a vivir en una digna que, satisfaga todas sus necesidades<sup>67</sup>.

En este contexto, se ha planteado la posible limitación temporal del uso de la vivienda ante el riesgo que, se corre de «expropiar» al propietario, sin que exista defensa para este<sup>68</sup>. Sobre este particular se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de abril de 2011<sup>69</sup>, considerando que cuando existen hijos menores conviviendo en el domicilio familiar no es posible establecer *a priori* ninguna limitación temporal. Y, añade la sentencia de este mismo Tribunal de 16 de junio de 2014 que *«la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil»*<sup>70</sup>. Si bien, no faltan pronunciamientos a favor de la limitación temporal de la medida, fijando un plazo de duración concreto<sup>71</sup>, o, simplemente, hasta la mayoría de edad de los hijos<sup>72</sup>, o alcancen independencia económica<sup>73</sup>, e, incluso, se opta por fijar como criterio temporal la liquidación de la sociedad de gananciales<sup>74</sup> o venta de la vivienda familiar, sobre el razonamiento que, la atribución preferente que sanciona el artículo 96.1 del Código Civil, no puede condicionar la indefinida privación al cónyuge no beneficiario del conjunto de las facultades dominicales que, en principio reconoce el artículo 348 del citado cuerpo legal. De todas formas, respecto de los hijos mayores de edad, se suele optar mayoritariamente por su limitación temporal, si bien, se tiene en cuenta entre otros criterios, su dependencia económica, su edad<sup>75</sup>.

Ahora bien, procede señalar que, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma del mencionado artículo 96.1 cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida<sup>76</sup>; y, otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo 233.20 del Código Civil catalán, que establece que en caso de otras residencias idóneas para satisfacer el interés prevalente del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada; en el artículo 12.6 de la Ley 7/2015 del País Vasco que, igualmente, posibilita la sustitución del uso de la vivienda familiar por el de otra vivienda propiedad de uno o ambos miembros de la pareja, si resulta idónea para satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos y en su caso, del progenitor más necesitado; y, en fin, también en cierta forma en el artículo 81.1 del CDFA<sup>77</sup>.

B. Atribución del uso de la vivienda familiar cuando a cada progenitor se otorga la guarda y custodia de uno de los hijos. El artículo 96.2 prevé la posibilidad de que la custodia de los hijos se reparta entre ambos cónyuges (custodia repartida). Si bien, el legislador no establece ningún criterio que permita objetivamente atribuir el uso de la vivienda a uno u otro cónyuge, por lo que en este supuesto, por expresa previsión legal, la decisión queda encomendada al arbitrio judicial, esto es, al criterio razonable e imparcial del juez. El criterio del «interés más necesitado de protección» no se presume a favor de los hijos menores, sino que deberá acreditarse en cada caso, en cuanto no sirve para resolver el conflicto<sup>78</sup>.

Ahora bien, si no queda acreditado un interés especial de protección en ambos grupos familiares, es perfectamente factible que, si la vivienda familiar es privativa, se mantenga esta en poder y posesión del cónyuge titular, obviando la posibilidad de atribución del uso<sup>79</sup>. Por ende, si la vivienda es de titularidad

común, el uso es compartido, por lo que se puede optar por no otorgar a ningún grupo familiar el uso de la vivienda<sup>80</sup>, o dividirla —si es posible su división material—<sup>81</sup>, o, simplemente atribuir el uso de forma temporal y rotatoria o forma alternativa a cada grupo familiar.

C. Atribución del uso de la vivienda familiar cuando no existen hijos. Si no hubiera hijos menores de edad o incapacitados, el párrafo tercero del artículo 96 supedita la atribución a que el cónyuge no titular sea el interés más necesitado de protección y, además, así lo aconsejen las circunstancias del caso<sup>82</sup>.

En este contexto, la concreción de lo que representa el principio del interés más necesitado de protección y de las circunstancias personales y socioeconómicas en las que se puede encontrar el cónyuge no titular, corresponde al órgano judicial en una adecuada ponderación de los intereses en juego, pues, la aplicación del artículo 96.3 tiene carácter excepcional y, por ende, su interpretación debe ser sumamente restrictiva, máxime cuando la vivienda es propiedad de otro<sup>83</sup>. Ahora bien, es posible que el juez después de valorar todas las circunstancias del caso llegue a la conclusión de que no existe un interés más necesitado de protección, por lo que el uso deberá permanecer en manos del cónyuge titular de la vivienda. La titularidad cede solo cuando se pruebe que el interés del cónyuge no titular es el más necesitado de protección y, además, las circunstancias hacen aconsejable que sea el beneficiario del uso. Por otra parte, se ha considerado en alguna ocasión que, la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse, operando precisamente sobre la base del párrafo tercero del artículo 96 del Código Civil<sup>84</sup>.

D. La atribución del uso en el caso de guarda y custodia compartida. La atribución del uso de la vivienda constituye una de las medidas donde la guarda y custodia compartida tiene una incidencia directa. No solamente se trata de un espacio físico, sino que además representa el lugar donde se van a desarrollar las relaciones personales de los progenitores con sus hijos, lo que va a influir en su desarrollo y estabilidad emocional. Indudablemente, la atribución del uso a uno de ellos en estos casos de custodia compartida, conlleva una gran movilidad, y disponer de recursos económicos para hacer frente a esta nueva situación, que, sin embargo, no suponen un obstáculo para el reconocimiento de tal custodia.

El Código Civil no introduce reglas especiales de atribución en caso de guarda y custodia compartida<sup>85</sup>. Las posibilidades son: a) Que los hijos permanezcan en la vivienda y sean los padres los que se desplacen en los periodos establecidos —conocido como vivienda-nido—. En este supuesto, la vivienda se atribuye a los hijos y al progenitor que en cada momento los tenga en guarda y custodia<sup>86</sup>; b) Que sean los hijos los que cambien de domicilio. De forma que, para la atribución de la vivienda resulta lógico que se atienda al interés del cónyuge más necesitado de protección, valorando entre otros factores el que disponga de otra vivienda el otro progenitor, apoyos familiares, situación económica de cada uno de los progenitores, estado de salud, etc. (art. 96.1 del Código Civil)<sup>87</sup>; o se atribuye de forma conjunta a ambos<sup>88</sup>; o, en fin, se aplica analógicamente lo previsto en el párrafo segundo del artículo 96 que regula el supuesto ya analizado de que existan varios hijos y unos queden bajo la custodia de un progenitor y otros en la del otro, resolviendo el juez lo que estime procedente; c) Que no se realice atribución ninguno de los progenitores ni a los hijos<sup>89</sup>. En caso de ser la vivienda ganancial o pertenecer a ambos cónyuges en propiedad común, la solución para la doctrina descansaría en la aplicación analógica del artículo 96.2 del Código Civil, que establece que será el juez el que resolverá lo procedente para el supuesto de que unos hijos queden en compañía de uno de

los progenitores y los otros en la del otro<sup>90</sup>. La falta de regulación en relación con esta medida y la guarda y custodia compartida contrasta con la existente en las legislaciones autonómicas. Así en el Código Civil catalán, en los casos en los que no haya acuerdo, la atribución será preferente al progenitor que ostente la guarda mientras dure esta (art. 233-20.2); y, asimismo, puede atribuirse la vivienda al cónyuge más necesitado de protección en caso de guarda y custodia compartida o distribuida [arts. 233-20.3 a)]. Por su parte, el CDFA en caso de custodia compartida se atribuye el uso 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 (art. 81.1). En la Ley 5/2011, de la Generalitat valenciana tanto para el supuesto de régimen de convivencia compartida, como régimen de convivencia individual, a falta de pacto, la atribución del uso de la vivienda se harán: 1. En función de lo que sea más conveniente para los hijos; y, 2. Siempre que sea compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a la vivienda (art. 6.1)<sup>91</sup>; y, finalmente, la Ley 7/2015 del País Vasco partiendo del interés de la persona del menor de edad, se pretende impulsar el acuerdo entre los progenitores en lo referente al uso de la vivienda. También se considera que el uso de la vivienda no queda rígidamente unido al régimen de la custodia, con vistas a facilitar la autonomía de los miembros de la pareja después de la ruptura y en el menor tiempo posible. Así, en defecto de acuerdo o de su aprobación judicial, el juez atribuirá el uso de la vivienda familiar, y de los enseres y el ajuar existente en ella, en atención a lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos e hijas, a criterios de necesidad de los miembros de la pareja y a la titularidad de la vivienda. El juez otorgará el uso de la vivienda familiar preferentemente al progenitor a quien corresponda la guarda y custodia de los hijos comunes si es lo más conveniente para su interés. Asimismo, atribuirá el uso de la vivienda familiar a aquel miembro de la pareja que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos e hijas, objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a otra vivienda, y el otro progenitor tuviera medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los y las menores y fuera compatible con el interés superior de estos. En todo caso, la atribución del uso de la vivienda a uno de los progenitores por razones de necesidad deberá hacerse con carácter temporal por un máximo de dos años, y será susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga deberá solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado, y tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas. Si la guarda y custodia fuera compartida se puede atribuir el uso de la vivienda por periodos alternos entre ambos; si no fuera así, se atribuirá al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fuera compatible con el interés superior de los hijos. Si se atribuyere a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos, ya fuera exclusiva o compartida, y la vivienda fuera privativa del otro progenitor o común a ambos, dispondrá del uso solo mientras dure la obligación de prestarles alimentos. Opta por la temporalidad en la atribución. En este caso, la vivienda privativa del otro o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario, teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquiler de viviendas similares y la capacidad económica de los miembros de la pareja. El juez podrá sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otra vivienda propiedad de uno o ambos miembros de la pareja si es idónea para satisfacer la necesidad de



vivienda de los hijos e hijas menores y, en su caso, del progenitor más necesitado. Y, si los progenitores poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley (art. 9).

Sobre tales bases, de nuevo la falta de regulación del Código Civil se suple con la labor que, al respecto realiza la jurisprudencia. Así en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014<sup>92</sup>, además de señalarse, precisamente que, el Código Civil a diferencia de otros ordenamientos autonómicos, no contiene una regulación específica de la materia señala que, el artículo 96 del Código Civil por lo que «ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección que, no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil».

Asimismo, el Tribunal considera que, el interés más necesitado de protección ya ha sido valorado en la sentencia —en concreto el de la madre—, por lo que queda por analizar si debe imponerse o no una limitación del derecho del uso, armonizando con ello dos intereses contrapuestos: el del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele disponer de ella, incluso en los periodos en los que el hijo permanece con él, y el del hijo a comunicarse con su madre en otras vivienda, aspecto este en que debe casarse la sentencia.

Por lo que en este caso, entiende que, debe imponerse una limitación temporal en el uso de la vivienda por parte de la madre hasta los dos años contados desde esta sentencia, para con ello proceder a armonizar los dos intereses contrapuestos expuestos, y además ha de tenerse en cuenta que se trata de una situación que la esposa ha consentido y, por tanto, ha debido calcular en su momento. Se entiende, además que, con la limitación temporal del derecho de uso a dos años contados desde la sentencia, se armoniza el interés del hijo de comunicarse con su madre en otra vivienda, y el del titular de la vivienda (el padre), que de otra forma quedaría frustrado indefinidamente al no permitírsele disponer de tal vivienda. En todo caso, el interés prevalente del menor queda preservado, si la vivienda alternativa a la familiar que la madre tenga una vez que acabe los dos años, es idónea para satisfacer tal interés.

Ciertamente, aunque se insista desde el Tribunal Supremo que, el artículo 96 del Código Civil establece que, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, representa una regla taxativa que, no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que, se pueda producir este perjuicio, también se ha precisado que, entre los factores que eliminar el rigor de la norma está que, el hijo no precise de la vivienda familiar por encontrarse satisfechas sus necesidades habitacionales a través de otros medios, esto es, que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así se contiene en el artículo 233-20 del Código Civil catalán y en cierta forma también el artículo 81.1 del Código de Derecho Foral aragonés.

En el mismo sentido, se pronuncia la sentencia de ese mismo Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 17 de noviembre de 2015<sup>93</sup> después de fijar el reparto del tiempo de la menor con ambos progenitores, a falta de acuerdo entre los mismos, se pronuncia sobre la atribución del uso de la vivienda familiar estableciendo que, al acordar la custodia compartida, la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que, con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con ella conviva, pues, ya la residencia no es única. Por tanto, de acuerdo con el artículo 96.2 del Código Civil, aplicando analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, el Tribunal determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, con el fin de facilitar a ella y a la menor (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales. En igual sentido se pronuncia, la sentencia de este Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de febrero de 2016<sup>94</sup>. Por lo que, sobre tales bases, en el supuesto de guarda y custodia la norma que habría de aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo del artículo 96 del Código Civil y si la vivienda es privativa de uno de los cónyuges, de ambos o pertenece a un tercero se podría imponer una limitación temporal similar a la que establece el párrafo tercero del citado precepto para el matrimonio sin hijos y en función del interés más necesitado de protección. Ahora bien, en el caso de atribución de la vivienda familiar de titularidad dominical común, cuando se hiciera una atribución temporal del uso, se debería concretar en el convenio o en la sentencia el destino que se le dará al inmueble por el juez o por las partes, una vez se extinga el uso, o en el supuesto que, la vivienda familiar sea titularidad del cónyuge no custodio y no titular del uso, a la extinción temporal del uso, se facilitase el desalojo del inmueble.

De todas formas, tanto la guarda y custodia compartida como la atribución del uso de la vivienda son medidas revisables, cuando tenga lugar una modificación o alteración de las circunstancias<sup>95</sup>.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- CASTÁN TOBEÑAS, J. M.<sup>a</sup> (1982). Comentario al artículo 154 del Código Civil. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III, vol. 2.º, 2.ª ed., Madrid: Edersa.
- CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, Navarra: Aranzadi.
- GONZÁLEZ DEL POZO, J. P. (2009). El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida, *LA LEY*, núm. 7206, 29 de junio, 1-5.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil*, T. VI Derecho de Familia, 14.ª ed., Madrid: Marcial Pons.
- LATHROP GÓMEZ, F. (2008). *Custodia compartida de hijos*, Madrid: La Ley.
- MARTÍN CALERO, C. (2007). Comentario al artículo 92 del Código Civil. En: V. Guilarte Gutiérrez (dir.), *Comentarios a las reformas de la separación y divorcio*, Valladolid: Lex Nova.
- (2010). Criterios de atribución de la custodia compartida, *Indret*, julio, 1-21.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á. (2013). La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad, *Curso de Derecho Civil*, vol. IV. *Derecho de Familia*, 4.ª ed., Madrid: Colex.

## V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 11 de octubre de 1991.
- STS, Sala de lo Civil, 10 de marzo de 2010.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de julio de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de diciembre de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de noviembre de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 12 de diciembre de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 2 de julio de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 24 de octubre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 16 de febrero de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 9 de septiembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de septiembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de octubre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de noviembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de noviembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de enero de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de febrero de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 4 de febrero de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 11 de febrero de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 19 de febrero de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 1 de marzo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de marzo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 4 de marzo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 9 de marzo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de marzo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 18 de marzo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de marzo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de abril de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 12 de abril de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 13 de abril de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de abril de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de abril de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de mayo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de mayo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 24 de mayo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de mayo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 30 de mayo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de junio de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 15 de junio de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 27 de junio de 2016.
- SAP, Guipúzcoa, secc. 3.ª, 30 de enero de 2001.
- SAP, Madrid, secc. 22.ª, 22 de febrero de 2005.
- SAP, Castellón, secc. 2.ª, 11 de diciembre de 2012.
- SAP, Barcelona, secc. 18.ª, 17 de septiembre de 2014.
- SAP, Asturias, secc. 6.ª, 2 de octubre de 2014.

- SAP, Burgos, secc. 2.<sup>a</sup>, 21 de septiembre de 2015.
- SAP, Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 13 de noviembre de 2015.

## NOTAS

<sup>1</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á. (2013). La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad, *Curso de Derecho Civil. vol. IV Derecho de Familia*, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid: Colex, p. 353, quien, asimismo, precisa que la patria potestad pertenece a la categoría de las llamadas «potestades familiares». *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 11 de octubre de 1991 (LA LEY 44425-JF/0000), que señala que «la patria potestad es un derecho-deber de carácter obligatorio, irrenunciable, imprescriptible, que debe ejercitarse siempre en beneficio del menor, pero puede privarse total o parcialmente de él a los titulares»; de 25 de junio de 1994 (LA LEY 1994, 13968), se configura la patria potestad como un conjunto de derecho de los padres sobre la persona y bienes de los hijos, y conjunto de deberes inherentes a ella; y, de 31 de diciembre de 1996 (LA LEY 1997, 508); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 5.<sup>a</sup>, de 20 de julio de 1998; y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 1.<sup>a</sup>, de 8 de febrero de 1999; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.<sup>a</sup>, de 22 de junio de 1999 (AC 1999, 8394) «la patria potestad en su configuración jurídico-positiva actual, abandonada y superada ya la vieja concepción de poder omnimodo sobre los hijos queda definida como una función en la que se integra un conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre la personas y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes, que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados. En definitiva, lo que prima en tal institución es la idea del beneficio o interés de los hijos»; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.<sup>a</sup>, de 5 de marzo de 2001; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 16 de octubre de 2007 (LA LEY 2007, 219823); de la misma Audiencia, secc. 12.<sup>a</sup>, de 14 de marzo de 2008 (LA LEY 2008, 27513); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.<sup>a</sup>, de 1 de septiembre de 2008 (LA LEY 2008, 196431).

Por su parte, señala LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil*, T. VI Derecho de Familia, 14.<sup>a</sup> ed., Madrid: Marcial Pons, p. 346, que la subordinación de las facultades paternas a la formación de los hijos ha llevado a algunos autores a defender la idea de que (al igual que la propiedad) la patria potestad debe configurarse actualmente como una función social, conclusión que, a su juicio, resulta exagerada y en todo caso, confusa por imprecisa. Y, añade «baste resaltar el aspecto de potestad para llegar a la conclusión unánimemente aceptada de que los poderes paternos se encuentran sometidos y dirigidos a la formación integral de los hijos».

<sup>2</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1991; de 20 de enero de 1993; y 31 de diciembre de 1996; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.<sup>a</sup>, de 27 de febrero de 1996.

<sup>3</sup> *Vid.*, CASTÁN TOBENAS, J. M.<sup>a</sup>, (1982). Comentario al artículo 154 del Código Civil. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. III*, vol. 2.<sup>o</sup>, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid: Edersa, pp. 109-111; MARTÍN MORÓN M.<sup>a</sup> T. (1989) *Voz «Patria potestad»*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica, T. XIX*, Barcelona 1989, pp. 130-131; ALONSO PÉREZ M. (1997). La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras, *Actualidad Civil*, número 2, semana del 6 al 12 de enero de 1997, pp. 22-24; CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2010). *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid: La Ley, pp. 29-30. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de julio de 1987 (LA LEY 12499-JF/0000); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996 (AC 1996, 472).

<sup>4</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, de 20 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5376), en situaciones indudablemente conflictiva como los matrimonios mixtos.

<sup>5</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 1.ª, de 11 de diciembre de 2000 (LA LEY 2000, 225540).

<sup>6</sup> *RJ* 2002, 5905. Asimismo, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 1960 (*RJ* 1960, 2833); 26 de abril de 1963 (*RJ* 1963, 2420); de 8 de abril de 1975 (*RJ* 1975, 1514); de 5 de octubre de 1987 (*RJ* 1987, 6716); y, 11 de octubre de 1991 (*RJ* 1991, 7447); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 1.ª, de 8 de febrero de 1999 (*AC* 1999, 3913); y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.ª, 22 de junio de 1999 (*AC* 1999, 8394).

<sup>7</sup> Se trata de un supuesto excepcional, prevista como medida provisional y vinculada a la incapacidad de ambos progenitores para ejercerla de modo adecuado. La atribución de la guarda del menor a un tercero no implica automáticamente la privación de la patria potestad. En todo caso, el juez ha de acordar en su resolución qué funciones han de ejercer los guardadores. Si el juez no dice nada, los progenitores conservan la patria potestad, salvo en la función de guarda. Esta medida, no obstante, puede ser acordada de oficio por el juez sin que esté vinculada ni al principio dispositivo, de rogación y aportación de parte tanto como medida provisional o definitiva en un procedimiento matrimonial (art. 103 del Código Civil), como en cualquier procedimiento o momento procesal (art. 158.4). Al respecto es importante señalar que, el Código Civil catalán ha regulado específicamente la posibilidad que, tras la muerte un progenitor, la autoridad judicial pueda, con informe del Ministerio Fiscal, y de forma excepcional, atribuir la guarda y demás responsabilidades parentales al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor difunto, si el interés del hijo lo requiere y, además, se dan dos requisitos: 1. Que este cónyuge o conviviente del progenitor difunto haya convivido con el menor; 2. Que se escuche al otro progenitor y al menor si tiene 12 años o tiene la suficiente capacidad natural (art. 236-15). Asimismo, el Derecho aragonés establece sobre la autoridad familiar del padrastro o la madrastra, que el cónyuge del único titular de la autoridad familiar sobre un menor que conviva con ambos comparte el ejercicio de dicha autoridad. Y que fallecido el único titular de la autoridad familiar, su cónyuge puede continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquel y encargarse de su crianza y educación, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar (art. 8 Código de Derecho Foral Aragonés). *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 681), guarda y custodia del menor ejercida por su tía paterna; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 11 de abril de 2014 (*JUR* 2014, 193852), guarda y custodia atribuida a los abuelos, atendiendo al informe psicosocial que, señala que sobre la base de los intereses de los menores, es conveniente atribuir la guarda a ellos; y, de 16 de mayo de 2014 (*AC* 2014, 71019), a favor de su tía, por considerarse la mejor solución para los hijos que, siempre han convivido con ella, y han de mantenerse en ese entorno, en el que son atendidos, reciben cuidados y ello no impide que tengan relación con sus padres.

<sup>8</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 31 de julio de 2008 (LA LEY 2008, 116201) señala que, la denominación de 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 de tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones.

Por su parte, ROGEL VIDE, C. (2005). En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados del Anteproyecto al Proyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación o divorcio, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, número 1, p. 82, considera más adecuado el término de custodia alterna, ya que la guarda y custodia ni es conjunta no se comparte, sino que lo que se alterna entre los progenitores es el lugar de estancia y/o el tiempo. El menor ha de repartir su tiempo entre ambos progenitores.

<sup>9</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 17 de febrero de 1998 (LA LEY 1998, 23899).

<sup>10</sup> Sin embargo, alguna normativa autonómica han incluido una definición al respecto. Así el artículo 3 a) de la Ley 5/2011, de 5 de abril de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven señala al respecto «*Por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a organizar y regular 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, acordando voluntariamente entre aquello. O en su defecto por decisión judicial». Por su parte, en la letra b) del citado precepto se define el régimen de convivencia individual como «una modalidad excepcional de régimen de convivencia, consistente en la atribución de la cohabitación con los hijos menores a uno solo de los progenitores de manera individual, sin perjuicio del derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos menores de edad adaptada a las circunstancias del caso»; y, finalmente, en la letra d) el pacto de convivencia familiar se conceptúa como «acuerdo de naturaleza familiar y patrimonial, adoptado por ambos progenitores y judicialmente aprobado, con la finalidad de regular y organizar el régimen de convivencia o de relaciones, en su caso, así como los demás extremos previstos en la Ley».

Asimismo, en algunos textos internacionales se define por un lado, la corresponsabilidad parental y, por otro, la custodia compartida. Así el artículo 2.7 del Reglamento (CE) número 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental conceptúa la corresponsabilidad parental como «los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita». Y, el artículo 2.11 b) define la custodia compartida «...Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no puede decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor». En otros, sin embargo, se opta por destacar algunos aspectos característicos de esta modalidad de guarda. Así el artículo 18.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 establece el deber por parte de los Estados de consagrar en sus normativas el principio de igualdad de los progenitores respecto de la crianza y desarrollo de los menores; y, la Carta Europea de los Derechos del Niño de 21 de septiembre de 1992 establece en el punto 14 que «...el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones...».

<sup>11</sup> LATHROP GÓMEZ, F. (2008). *Custodia compartida de los hijos*, Madrid: La Ley, p. 39. GUILARTE MARTÍN CALERO, C. (2007). Comentario al artículo 92 del Código Civil. En: V. Guilarte Gutiérrez, *Comentarios a la reforma de la separación y divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Valladolid: Lex Nova, p. 156, señala que «la guarda y custodia compartida consiste en la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y visitador (propios de la guarda exclusiva), lo que les coloca en pie de igualdad y garantiza el derecho del menor a ser educado y criado por sus dos progenitores a pesar de la ruptura de pareja». Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.ª, de 29 de junio de 2012 (LA LEY 2012, 128420), aboga por la superación del concepto de guarda y custodia, exclusiva o compartida, suprimiendo toda referencia a la guarda y custodia, para hablar de periodos de permanencia o de guarda, distribución de estancias, que deberán estar los hijos con un progenitor y con el otro. Pero, añade, aunque la sustitución de la terminología es conveniente y necesaria, y debe utilizarse de un forma generalizada, pues, 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 a otro en las decisiones que afectan a los hijos.

<sup>12</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 17 de septiembre de 2014 (LA LEY 2014, 149595), no puede hablarse de un régimen de custodia compartida, si no hay coparentalidad. Por lo que la medida sobre la guarda se ha de acordar atendiendo al carácter conjunto de la responsabilidad parental y el ejercicio de las funciones será más o menos compartido según el grado de corresponsabilidad, de comunicación y de intercambio de información de los padres.

<sup>13</sup> *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 31 de enero de 2008 (LA LEY 2008, 1122).

<sup>14</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, 16 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 553); de 18 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1919); de 27 de mayo de 2015 (*JUR* 2015, 146687); de 26 de junio de 2015 (*RJ* 2015, 2658); de 16 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 2782); de 17 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 2784); de 25 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 4028), cumplimiento del principio de interés del menor, a pesar de separar a los hermanos; de 9 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4224); de 17 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5392) donde se señala que, el concepto de interés del menor que ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 8/2015 extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido que «se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares»; se protegerá «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas, como emocionales y afectivas»; se ponderará «el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo», «La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...», y a que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara»; de 28 de enero de 2016 (*RJ* 2016, 27159); de 4 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 32451); de 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 847); y, de 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 1131). Y, asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 1 de febrero de 2016 (BOE, núm. 57, 7 de marzo de 2016, pp. 18444-18459); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, 26 de junio de 2015 (*AC* 2015, 1257).

<sup>15</sup> *Vid.*, sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 141/2000, de 29 de mayo.

<sup>16</sup> DE TORRES PEREA, J. M. (2009). *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid: Iustel, p. 24.

<sup>17</sup> LA LEY 2013, 37196. Con anterioridad, *vid.*, en el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 8 de octubre de 2009 (LA LEY 2009, 192180) señaló que «(...) el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al juez determinar en cada caso concreto que 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. (...) 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»; de 10 de marzo de 2010 (LA LEY 2010, 5293); de 11 de marzo de 2010 (*RJ* 2010, 2340); y, de 9 de marzo de 2012 (LA LEY 2012, 31826). Con posterioridad, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 5002); de 25 de abril de 2014 (*RJ* 2014, 2651); de 16 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 553); de 28 de enero de 2016 (*RJ* 2016, 370); de 11 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 37611); y, de 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 847). Por su parte, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 22 de febrero de 2005 (*JUR* 2005, 222004); y, de 13 de noviembre de 2012 (LA LEY 2012, 31826), señalan como presupuestos normativos a los que ha de atenderse para la adopción de la medida de guarda y custodia compartida a «los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño de menores, de alimentación, de educación, y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que puede ofrecerles, la ayuda laboral, sus afectos, y relaciones con ellos en especial, si existe un rechazo o una especial identificación, su edad, y capacidad de autoabastecerse, etc». Asimismo, la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 18 de febrero de 2011 (*JUR* 2011, 229748), señala que, resulta necesario analizar con cuidado todas las circunstancias y valorarlas a la luz del interés del menor; y

han de analizarse entre otras, la capacidad de los progenitores, el grado de armonía entre ellos; la edad de los hijos y su opinión o las circunstancias geográficas y convivenciales. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 29 de febrero de 2012 (*JUR* 2012, 117971) para el establecimiento de la custodia compartida, las circunstancias a ponderar, de carácter objetivo, son entre otras: «a) La disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor para dedicarlo a los hijos; b) El aseguramiento de la estabilidad de los menores en relación con la situación precedente, procurando la continuidad del entorno, familia amplia, colegio, amigos o ciudad o barrio; c) La ponderación de cuál de los progenitores ofrece mayor garantía para que la relación con el otro progenitor se desarrolle con normalidad; d) El rol de dedicación a los hijos de uno y otro progenitor en la etapa de convivencia anterior a la separación; e) La garantía de equilibrio psíquico de los menores, para que no se vean afectados por desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores; y, f) Que quede deslindada la idoneidad de la custodia, con el afán por la obtención de réditos materiales, como el uso de la vivienda o la percepción de pensiones».

<sup>18</sup> Igualmente, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 7 de julio de 2011 (*LA LEY* 2011, 111554); y, de 2 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4250) señalan que, no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen de relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea. Ni tampoco ha de ser objeto de interpretación restrictiva. Asimismo, las sentencias de este mismo Tribunal, de 16 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 553); de 15 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 2778); de 17 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 2784) no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable; de 21 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4784) establece que, la corta edad de los menores no desincentiva la guarda y custodia compartida; 11 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 248); y, de 29 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 995) además de reiterar la doctrina sobre la normalidad y conveniencia de la custodia compartida en caso de separación de progenitores. Casa y anula la sentencia de la Audiencia y señala que esta sentencia ciertamente desconoce, como si no existiera la doctrina de esta Sala y pone en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado de una solución homogénea por parte de los Tribunales en asuntos similares» pero el Alto Tribunal va más allá e insiste que «la sentencia no solo desconoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, sino que más allá de lo que recoge la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor, resuelve el caso sin una referencia concreta a este, de siete años de edad, manteniendo la guarda exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el artículo 92 del Código Civil en tanto en cuanto de los hechos probados se desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan, pues, ninguna se dice salvo que funciona el sistema instaurado en la sentencia de divorcio». Por lo que acusa a las Audiencias Provinciales de crear inseguridad. *Vid.*, también, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.<sup>a</sup>, 9 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 73146).

Por otra parte, atendiendo a los criterios expresados, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 19 de julio de 2013 (*LA LEY* 2013, 118670), hijos con un vínculo normalizado y positivo hacia el padre y la madre, no presentando preferencias por ninguno de los dos, sin que se adviertan obstáculos al hecho de que puedan vivir quince días con casa uno; y, de 25 noviembre 2013 (*LA LEY* 2013, 190714), considera idónea la guarda y custodia compartida ya que existe un estímulo de cooperación de los padres en beneficio del menor, y proximidad de los domicilios materno y paterno y régimen de visitas desarrollado sin incidencia. Sin embargo, en la sentencia de este Alto Tribunal, Sala Primera, de 7 de junio de 2013 (*LA LEY* 2013, 65217), en la valoración conjunta de la prueba, se consideró que era más conveniente a los niños la atribución de la guarda y custodia a la madre.

En esta línea, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 15 de septiembre de 2014 (*LA LEY* 2014, 149622), señala que resulta indispensable un mínimo de capacidad de comunicación y cierta coherencia en los estilos educativos entre ambos progenitores.

<sup>19</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 1 de octubre de 2010 (*LA LEY* 2010, 1657547); de 27 de abril de 2012 (*LA LEY* 2012, 56727), donde,

asimismo, se precisa que la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse si el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre; de 25 de mayo de 2012 (LA LEY 2012, 72578); de 25 de noviembre de 2013 (LA LEY 2013, 190714); de 29 de noviembre de 2013 (LA LEY 2013, 186577); de 17 de diciembre de 2013 (LA LEY 2013, 204311); de 25 de abril de 2014 (LA LEY 2014, 51101); de 2 de julio de 2014 (LA LEY 2014, 79813), ambos progenitores están capacitados para ejercer responsabilidades parentales y atender a sus hijos de forma adecuada, su relación se ha desarrollado con normalidad, procurando adaptar a los hijos a la nueva situación, y sus domicilios están próximos en una pequeña localidad; de 16 de octubre de 2014 (LA LEY 2014, 149440); de 20 de octubre de 2014 (LA LEY 2014, 149445); y, de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 2014, 145489). Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 22 de julio de 2011 (LA LEY 2011, 119736), se deniega la guarda y custodia compartida por no convenir al interés primordial de los menores; de 27 de septiembre de 2011 (LA LEY 2011, 183864), denegación de la guarda y custodia compartida por falta de la concurrencia de los requisitos necesarios para la aplicación de la Ley 5/2011, de la Comunidad Valenciana. La guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva de la mejor forma posible que es la de procurar la protección del interés del menor; de 10 de enero de 2012 (LA LEY 2012, 7717), se dispone que, para establecer un régimen de guarda y custodia compartida es necesario demostrar que de este modo se protege más eficazmente el interés del menor, lo que no ha ocurrido en el caso de autos, pues, el padre se limita a exponer sus propios argumentos sobre la primacía y la conveniencia general de la guarda y custodia compartida, pero sin referencia concreta al interés del menor; de 10 de diciembre de 2012 (LA LEY 2012, 18517), se deniega la guarda y custodia compartida solicitada por el padre. El sistema de custodia y de visitas que ambos cónyuges establecieron de mutuo acuerdo desde su superación de hecho ha funcionado correctamente y los menores se encuentran adaptados al mismo y es beneficioso para ellos. La guarda y custodia compartida se concibe 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; de 15 de octubre de 2014 (RJ 2014, 4894) no procede establecer un sistema de custodia compartida, al no ser beneficioso para los hijos y, la madre que, se ha dedicado en exclusiva al cuidado de los tres niños desde su nacimiento hasta el momento actual, dejando por ello de trabajar. Además de una menor disponibilidad del padre, y una conflictiva relación de la progenitora con la familia paterna, que puede no resultar beneficiosa para los hijos, teniendo en cuenta la atención que deberían prestarles dada la escasa disponibilidad de tiempo por parte del padre; de 1 de marzo de 2016 (RJ 2016, 736) se deniega la custodia compartida dada la distancia de los domicilios al residir la madre en Granada y el padre en Cádiz, y no solo se tienen en cuenta la corta edad del menor, sino también las alteraciones que, esto supone en el régimen de vida del menor, máxime cuando está próxima su escolarización obligatoria; de 9 de marzo de 2016 (RJ 2016, 842) desestimación de la atribución de guarda y custodia a favor del padre, pues, la enfermedad de Parkinson en estado leve y controlada de la madre no le impide hacerse cargo del cuidado de sus hijos, sin perjuicio de lo que resulte de su posterior evolución. Y, además, la existencia de una manifestación ansioso-represiva que, no consta que sea consustancial al Parkinson, es un cuadro de relativa frecuencia tras las rupturas matrimoniales y no inhabilita para desarrollar la labor como madre, como se deduce del informe psicosocial elaborado por los peritos judiciales; de 9 de marzo de 2016 (RJ 2016, 972) aptitud de ambos progenitores para hacerse cargo de la educación de sus hijos; y aun reconociendo que le es más fácil a la madre la compatibilización de horarios por el hecho de ser maestra del mismo colegio en el que están escolarizados sus hijos, ello no impide que el padre pueda afrontar la custodia compartida con el mismo éxito, dada la flexibilidad de horario (acreditada documentalmente), por lo que debe ser reconocida al padre el compartir con la madre la guarda y custodia de los hijos; y, de 17 de marzo de 2016 (RJ 2016, 1131) no se concede la guarda y custodia compartida, pues, con la sensibilidad orientada al interés del menor, y consciente de la doctrina de esta Sala, entiende que



«por el momento» se le crea al menor un problema de lealtades que le provoca ansiedad y preocupación, desfavorable para su estabilidad emocional, y de ahí que, partiendo de sus deseos, concluya como más favorable para él un régimen amplio de relación con el padre y la nueva familia de este, cercano a la custodia compartida, pero sin que la madre que no tiene nueva familia, pierda la custodia.

<sup>20</sup> *JUR* 2016, 52409. Añade al respecto que «esto no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores; todo ello sobre la base debidamente acreditada de lo que con reiteración ha declarado esta Sala sobre 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, con la precisión —STS de 22 de julio de 2011— de que “las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”. Se deniega la guarda y custodia por no haberse propuesto tal Plan, al considerarse, en los términos expuestos, necesario conocer «los pormenores en que va a consistir la custodia compartida».

<sup>21</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 57738) ante la constancia de un desequilibrio amplio en los tiempos de permanencia de uno u otro con la hija, procede el reparto, a falta de acuerdo entre los progenitores por semanas alternas de lunes a lunes y vacaciones por mitades.

<sup>22</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 11 de marzo de 2010 (LA LEY 2010, 5294); de 18 de noviembre de 2011 (LA LEY 2011, 241446); y, de 10 de diciembre de 2012 (LA LEY 2012, 185317).

<sup>23</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, 20 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5613); y, de 11 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 37611), se dota de relevancia a las manifestaciones del menor de catorce años de edad, no solo por su edad, sino también por su madurez.

<sup>24</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 10 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 2564).

<sup>25</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 11 de marzo de 2010 (LA LEY 2010, 5294); de 2 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4250), opta por la guarda compartida; de 15 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 4894); y, de que al respecto señala que «las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 2011 (LA LEY 2011, 186210), deniega la guarda y custodia compartida valorando el informe psicosocial emitido por el psicólogo del servicio judicial. También, la sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 87928) se deniega la custodia compartida pues, en el informe psicosocial se pone de manifiesto que «no consta de momento que sea lo más beneficioso para los menores... se encuentran en estado evolutivo saludable, tiene buena adaptación escolar, el buen estado de salud, y un proceso de desarrollo normalizado». Y a mayor abundamiento, se amplía el extenso régimen de visitas que «permita asegurar una presencia sólida de la figura paterna indispensable para la formación integral de los hijos». Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.ª, de 20 de febrero de 2014 (*JUR* 2014, 789199), informe psicosocial emitido por el equipo técnico adscrito a los Juzgados de Avilés; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 11 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 236809), informe psicosocial emitido por EATAV en el que se considera que, el interés de los menores en ese momento, determina la conveniencia que queden al cuidado de la madre con un amplio sistema de relaciones y comunicaciones con el padre; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª,



24 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 156255) valor relevante de los informes psicológicos; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, 19 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 196315).

<sup>26</sup> *RJ* 2013, 5002. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 87925).

<sup>27</sup> *RJ* 2015, 564. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, secc. 1.ª, 22 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5023); de 15 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 3004); de 9 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 4179); de 28 de enero de 2016 (*RJ* 2016, 27159); de 11 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 249); de 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 847); y, de 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 1131).

Por su parte, como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 22 de julio de 2011 (*RJ* 2011, 5676) —y con anterioridad, las sentencias de 10 de octubre de 2010, y 11 de febrero de 2011— que lo que importa es garantizar o proteger con este procedimiento el interés del menor que, si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. De donde todos los requerimientos establecidos en el artículo 92 del Código Civil han de ser interpretados con esta única finalidad. Y ello sin perjuicio de que esta materia pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior. No obstante, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2013). Régimen común a la nulidad, separación y divorcio, *Curso de Derecho Civil*, vol. IV *Derecho de Familia*, Madrid: Colex, p. 184 señala que este ejercicio conjunto de la guarda suscita también algunos reparos, derivados fundamentalmente del peligro de perpetuare los enfrentamientos o desencuentros que dieron lugar a la ruptura matrimonial, a la hora de tomar decisiones relativas al cuidado y educación de los hijos.

<sup>28</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 2 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4250); y de 18 de noviembre de 2014 (*RJ* 2014, 5718). Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 9 de abril de 2014 (*AC* 2014, 689).

<sup>29</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 2 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4250); de 30 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5268); 11 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 249); y, de 25 de abril de 2016 (LA LEY 39317, 2016) se deniega la custodia compartida al no resultar, en este caso, el sistema más adecuado en base a los siguientes elementos de juicio: 1. El padre no podrá atender debidamente a la menor; 2. La tensa situación de la pareja unido a una condena penal por injurias; y, 3. Escasa espontaneidad del menor en la exploración al estar mediatizado por su padre; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, de 11 de marzo de 2014 (*JUR* 2014, 114405), capacidad de atención y cuidado por parte de los padres, por igual ubicación de domicilios en la misma localidad, no se aprecia un grado de conflictividad que impide el desarrollo de este sistema; de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, de 27 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 246153), sólida relación con ambos progenitores con la menor; medida favorable a ellos, al suponer implicación de ambos progenitores en el cuidado y atención de la menor. Además existe aptitudes personales de ambos para su cuidado y atención; de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.ª, de 31 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 18910), idoneidad, compromiso, y preocupación de ambos padres respecto de sus hijos; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.ª, de 16 de septiembre de 2014 (*JUR* 2014, 276233), la mayor vinculación de la menor con su madre no es obstáculo para que la guarda compartida funcione. La edad de la menor de 3 años y medio permite que, pueda desarrollarse de manera plena con ambos progenitores. Reparto quincenal; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, de 2 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 5669); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 30 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 14468) adecuada capacidad de ambos progenitores para ejercer la guarda sobre su hijo, siendo la custodia compartida beneficiosa para el menor; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 28 de noviembre de 2014 (*JUR* 2015, 34731) aptitud y capacidad para desarrollar de forma óptima las funciones derivadas de la responsabilidad parental. La ausencia de una correcta comunicación entre los progenitores al tiempo de la ruptura carece de entidad suficiente para invalidar un ejercicio compartido de la responsabilidad parental y del desarrollo de la guarda. Existe, además, una voluntad

de diálogo por parte de los progenitores; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 5 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 19607); y, de 10 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 49944). Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, de 12 de diciembre de 2013 (*RJ* 2013, 7838) se indica que «sin duda, la valoración del interés de los menores no ha quedado adecuadamente salvaguardado y la solución aplicada en la resolución recurrida no ha tenido en cuenta ninguno de los parámetros imprescindibles para determinar el régimen de custodia aplicable, que pueda asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor y, en definitiva, y aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial, garantizando al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos en la última etapa de su infancia, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos»; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 16 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 227514), falta de condiciones de coparentalidad, necesaria comunicación fluida entre ambos progenitores y una valoración positiva del rol que ejerce el otro progenitor con los hijos; y, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.<sup>a</sup>, de 2 de octubre de 2014 (*AC* 2014, 2095), no procede la atribución de la guarda y custodia compartida al tener domicilios los padres en distintas localidades y no cercanas entre sí; de forma que, no puede ir el menor trasladándose cada pocos días, o en varios meses durante el curso escolar, pues, ello implicaría que cada año que transcurre en su vida cambia de colegio, amigos y vecinos.

<sup>30</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, de 19 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 5002), hijos con un vínculo normalizado y positivo hacia el padre y la madre, no presentando preferencias por ninguno de los dos, sin que se adviertan obstáculos al hecho que puedan vivir quince días con cada uno, aunque se reconozca que se encuentran a gusto con las visitas que actualmente tienen con su padre. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.<sup>a</sup>, de 9 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 49868), ruptura de la pareja al nacer el hijo quien ha vivido siempre con su madre, el padre ha dedicado pocos esfuerzos a estar con el menor y hay una ausencia de comunicación fluida entre los progenitores.

<sup>31</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, de 17 de diciembre de 2013 (*RJ* 2014, 74); de 16 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5165); de 3 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 2330) tras establecer que la falta de comunicación desaconsejarían el sistema de custodia compartida señala que «la falta de diálogo que no consta, en este caso, que llegue al extremo del conflicto, no debe ser causa directa para la atribución de la custodia a la madre o al padre, dado que se habrá de concretar la motivación de la decisión». Si bien, ante la falta de comunicación se atribuye, en la sentencia recurrida, la custodia a la madre, sin concretar y justificar porqué dicho déficit de comunicación se imputa al padre, razones todas ellas que llevan al Tribunal Supremo a la adopción del sistema de custodia compartida, al constar la aptitud de ambos, su mutua implicación en la educación y desarrollo de su hijo y por gozar los dos de las capacidades necesarias para poder superar los mutuos recelos en beneficio de su hijo; y, de 27 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 156219) la existencia de desencuentros propios de la crisis matrimonial no justifican *per se* que se desautorice este tipo de régimen de guarda y custodia. Será preciso que, existiesen pruebas relativas a que los desencuentros afectan de modo relevante a la menor, causándole un perjuicio. Sin embargo, en la sentencia recurrida no se motiva tal perjuicio. Además en el informe psicosocial no se detecta en ningún progenitor incapacidad para el ejercicio de las funciones inherente a la guarda y custodia, sin que ofrezca respuesta motivada sobre qué perjuicio habría para el menor, si fuera compartida; la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, de 18 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 6655), los criterios expresados en la sentencia recurrida no acreditan que, partiendo de la aptitud, interés y capacidad de los progenitores, se haya observado los principios establecidos para descartar el régimen preferente de custodia compartida. El nivel de conflictividad ni resulta de tal entidad que pueda justificar el cambio de criterio legal preferente de la custodia compartida. La alteración de la vida y costumbres del menor por la adopción del régimen de custodia compartida, no justifican, por sí solas, el mantenimiento del régimen

de custodia individual; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca, secc. 1.<sup>a</sup>, de 5 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012, 369126), el mero hecho de que haya malas relaciones entre los progenitores no es por sí mismo suficiente para establecer la custodia individual; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, de 26 de mayo de 2014 (*AC* 2014, 1128), la existencia de malas relaciones entre ambos progenitores no es causa bastante para no acudir a una custodia compartida; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.<sup>a</sup>, de 24 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 220687), no puede denegarse solo con base a la mala relación de los progenitores y la inexistencia de informe favorable del Fiscal. No se deduce de los hechos probados que la difícil relación de los padres, perjudique el interés del menor; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 15 de septiembre de 2014 (*JUR* 2014, 268576), pésima relación entre los padres que, no lo hacen prevalecer sobre las necesidades de los hijos que, han sido capaces de organizarse y existe capacidad de preservar a los menores del conflicto; y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.<sup>a</sup>, de 2 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 57125).

<sup>32</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2011 (*RJ* 2011, 5676) y, de 26 de mayo de 2016 (*LA LEY* 52462, 2016) que, «partiendo del delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida». Este sistema, según la jurisprudencia se refiere, exige «un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconsejan un régimen de custodia compartida, pues, afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente.

<sup>33</sup> *LA LEY* 152551/2014. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, 15 de octubre de 2015 (*RJ* 2014, 4894); y, de 19 de febrero de 2016 (*Id Cendoj*: 28079110012016100098); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, 4 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 861); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 27 de mayo de 2014 (*AC* 2014, 534); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 18 de noviembre de 2014 (*JUR* 2015, 741006), malas relaciones de los progenitores, y falta de Plan de Responsabilidad parental aportado por el padre que, solicita la custodia compartida y postura expresamente negativa del hijo a un nuevo cambio personal; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 27 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 168549); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, 30 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 150733); de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2.<sup>a</sup>, 15 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 264839); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 14 de septiembre de 2015 (*JUR* 2015, 261055).

<sup>34</sup> *LA LEY* 2015, 10275. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, 9 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 4179), la mera discrepancia sobre el sistema de custodia compartida no puede llevar a su exclusión; de 21 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4784); de 11 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 248); y, de 19 de febrero de 2016 (*Id Cendoj*: 28079110012016100098). Con anterioridad, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, de 17 de diciembre de 2012 (*RJ* 2014, 74), que a la vista de esta doctrina opta por la guarda y custodia compartida y declara que: «1. No consta que la mala relación entre los cónyuges pueda afectar a los menores, hoy con seis años de edad ambos, dado que el propio padre permitió tras el auto de medidas provisionales, las estancias durante la semana con la madre, que no estaban previstas; 2. No consta que la madre desarrolle un rol pernicioso para con los hijos; y, de 29 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7449). Asimismo, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.<sup>a</sup>, de 16 de enero de 2014 (*JUR* 2014, 54581), señaló que, la conflictividad entre ambos progenitores no era de tal gravedad como para dificultar seriamente el régimen de guarda propuesto.

<sup>35</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, 27 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 5043); de 26 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5624) donde se declara que, los contactos de un padre con su hija, cuando aquel previamente ha sido condenado por malos tratos a otras de sus hijas, deben ser sumamente restrictivos y debe predominar la cautela del tribunal a la hora de fijarlos; y, de 4 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 30008) donde

se indica que «una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparte al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que va a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos; el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 13810); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 16 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 201094); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, 4 de mayo de 2015 (*JUR* 2015, 166601); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, 21 de septiembre de 2015 (*JUR* 2015, 243595); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 13 de noviembre de 2015 (*JUR* 2015, 10519). Por su parte, el artículo 3.8 b) apartado 4 de la Ley Foral 3/2011 de Navarra señala que, la simple denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no es suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuir la guarda y custodia de estos a favor del otro.

<sup>36</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 13 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 4751).

<sup>37</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 10 y de 11 de marzo de 2010 (*RJ* 2010, 2329, y *RJ* 2010, 2340); de 7 de julio de 2011 (*RJ* 2011, 5008); y, de 25 de abril de 2014 (*RJ* 2014, 2651).

<sup>38</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 842).

<sup>39</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 19 de noviembre de 2013 (LA LEY 2013, 180585), señala que, tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012, «se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido (art. 91 del Código Civil), de la que esta Sala se ha hecho eco, hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del TC fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal. Complementario de todo ello es la reforma del Código Civil sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida, bien sabido que todo cambio de circunstancias está supeditado a que favorezca el interés del menor». Y añade «A la luz de los datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del artículo 92 del Código Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia y confirmando en todos sus extremos la del Juzgado de Primera Instancia, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida: a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores; y d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia»; las sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 22 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5023); de 18 de noviembre de 2014 (*RJ* 2014, 5718) esta última dispone que, no es causa para impedir la modificación del sistema acordado en convenio notarial de atribución a la madre de la guarda y custodia, pues, el cambio de residencia y de horario laboral del padre, y la cordialidad en la relación de los progenitores, facilitan el cambio a un régimen de guarda y custodia compartida. Se trata de un supuesto de uniones extramatrimoniales; de 3 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 33206); de 19 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 924) señala que, el cambio de la política conciliadora de la empresa, no tiene calado suficiente como para poder apreciar un cambio sustancial de las circunstancias (art. 91 del Código Civil), por lo que se mantiene la guarda y custodia atribuida a la madre en convenio regulador, y la adopción de un régimen amplio de visitas que los aproxima al sistema de custodia compartida; de 19 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 582) en base a la protección del interés de la menor y en consideración al informe pericial que se ha practicado, considera que la madre responde de forma positiva a las funciones de guarda y custodia y no es suficiente presentar la alternativa sobre la custodia paterna basada en la presencia de los abuelos paternos, puesto que el padre prefiere vivir con aquellos en la vivienda de los mismos, aunque se encuentre mejor ubicada. En todo caso, el incumplimiento reiterado por parte de cualquiera de los progenitores del régimen de guarda acordado, podrá dar lugar a su



modificación (art. 776.3 LEC); de 9 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 840) señala que, la Sala bien reiterando en sentencias, entre las más recientes de 4 de febrero de 2016, y 11 de febrero de 2016, la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida; por lo que se ha de dilucidar en cada caso concreto si se prima o no en la decisión que se adopta el interés del menor y sobre tal base no se acredita que en tan corto espacio de tiempo haya existido alguna circunstancia nueva de las que representaron los progenitores, fieles conocedores de todas ellas en lo personal, vital y familiar, cuando decidieron sobre la guarda y custodia del menor, con acuerdo que mereció la aprobación judicial; de 29 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 1133) se indica que, si la atribución de la guarda y custodia a la madre, con reconocimiento de un régimen de visitas a favor del padre, tales como los implantados ya en noviembre de 2012, viene siendo beneficioso para el plano desarrollo personal y social del menor, como se ha demostrado, no se alcanza la razón por la que habría que sustituir aquel régimen por el de custodia compartida, máxime cuando se ofrecen argumentos que permitan pensar que este nuevo régimen fuera más beneficioso para el interés del menor, como así lo ha entendido también, el Ministerio Fiscal, en su escrito de oposición al recurso; de 12 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 1336) se modifica el régimen de guarda y se opta por la custodia compartida porque se da un cambio significativo de las circunstancias, en interés del menor, al apreciarse la capacitación de los padres, su implicación, la vinculación del hijo con ambos progenitores y la proximidad de los domicilios; de 13 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 1339); de 3 de mayo de 2016 (LA LEY 2016, 43299) después de manifestar que «si se acude al régimen de guarda y custodia compartida ha de ser para que los menores tengan estabilidad alternativa con ambos progenitores, sin verse sujetos a situaciones incómodas en sus actividades escolares, extraescolares o personales durante la semana» señala que «en atención a lo razonado el motivo no puede prosperar, en el buen entendimiento de que no se niega el régimen de custodia compartida por ser *per se* desfavorable para el interés de los menores, sino por no ser favorable para los mismos el plan propuesto y el modo de articular aquella»; de 24 de mayo de 2016 (LA LEY 2016, 56320) concluye que no se ha producido un cambio de circunstancias significativo, dada la escasa diferencia de edad y la ausencia de elementos de juicio que, permiten entender que se ha producido una alteración de las bases de enjuiciamiento, máxime cuando el padre mantiene un régimen de visitas amplio y mucho más flexible que el normalmente fijado. En suma, no se acredita que un cambio del sistema de custodia exclusiva a compartida, en este caso, beneficie el interés de los menores. De la doctrina jurisprudencial antes expuesta se deduce que, el decidir sobre la custodia de los menores, los tribunales no han de premiar ni castigar a los progenitores sino instaurar aquel sistema que ofrezca más ventajas a los menores. Por lo que no ha de prosperar el recurso que intente la adopción de las medidas que sean interesantes para los progenitores, dado que no prima el interés del padre-madre sino el de sus hijos, por lo que habrá de procurarse que la relación de éstos con sus progenitores se mantenga y progrese, su sustento económico se garantice, su estabilidad y desarrollo emocional se potencie y el derecho a una vivienda diga se ampare (art. 47 de la Constitución); y, de 30 de mayo de 2016 (LA LEY 2016, 59415) no procede la modificación de la guarda atribuida al padre por la custodia compartida, pues, se valora la existencia de apoyos del padre para cumplir la guarda, ayuda de la que carece la madre, así como la mayor vinculación afectiva, por las circunstancias del caso, del menor con la familia paterna; se procede a otorgar la guarda y custodia compartida al apreciarse un cambio significativo de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se adoptó el sistema anterior de custodia, pues, el padre ha sido absuelto de un delito de maltrato habitual y amenazas por los que le denunció su esposa. Dicha absolución constituye, precisamente, un cambio significativo de circunstancias, dado que fue uno de los elementos que motivaron la denegación de la custodia compartida por aplicación del artículo 92.7 del Código Civil.

<sup>40</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, 10 de enero de 2011; de 9 de marzo de 2012 (LA LEY 2012, 31826); de 8 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1731); de 16 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 2782); de 9 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 840); de 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 1131); de 20 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 87925); y, de 30 de mayo de 2016 (LA LEY 59415, 2016); y el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 2 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 5192).



<sup>41</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 27 de abril de 2012 (LA LEY 2012, 56727). Asimismo, la jurisprudencia ha señalado la dificultad de acudir a la vía casacional por el cauce del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, cuando se invoca la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria entre Audiencia Provinciales, por cuanto las resoluciones de contraste que se invocan atienden a las circunstancias concretas y precisas de cada caso, para adoptar la solución más adecuada en cada supuesto, por lo que no existen en realidad criterios jurídicos contrapuestos (*vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 21 de julio de 2011 (LA LEY 2011, 119737)).

<sup>42</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, de 13 de julio de 2011 (LA LEY 2011, 165381), en el caso objeto de enjuiciamiento, se trata de un menor que, al tiempo de la interposición de la demanda, no contaba con dos años de edad. La única prueba de carácter pericial practicada en autos recomienda razonablemente atribuir a la madre la guarda y custodia, con un régimen amplio de visitas con el padre que garantizase su permanencia como figura de referencia estable y continua. Y no se había aportado en autos plan de convivencia, sino que la Audiencia Provincial remita a las partes a establecerlo, a los efectos de la posible ampliación de los periodos de convivencia. Por ello, la Audiencia Provincial ha incurrido en infracción de los preceptos denunciados —art. 76.2 y 80.2 Código Foral Aragonés—. Por una parte, porque en el caso presente resulta más conveniente la custodia individual de la madre, atendiendo a la prueba practicada y al factor que el propio legislador considera en primer lugar, cual es la edad del niño, que se encuentra en la primera infancia. Además, porque no debe establecerse el sistema de guarda y custodia compartida sin contar con el plan de relaciones familiares que la ley exige. Asimismo, en la sentencia de este mismo Tribunal Superior, de 30 de septiembre de 2011 (LA LEY 2011, 216294), no se concede la guarda y custodia compartida, pues, el padre permanece sin trabajar, adoptando una actitud pasiva en todo lo referente al cuidado y atención de la menor. Tampoco en la sentencia, de nuevo, de este mismo Tribunal Superior, de 4 de enero de 2013 (LA LEY 2013, 20830), ante la preferencia y deseos de los hijos de continuar viviendo con su madre de forma cotidiana, siendo esta la principal figura de su mundo afectivo y quien les ha aportado la seguridad y estabilidad que han requerido a lo largo de su desarrollo evolutivo.

En cuanto a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 28 de septiembre de 2012 (LA LEY 2012, 164364), procede la guarda y custodia compartida de los hijos, pues, la conflictividad existente entre los progenitores no constituye un argumento que permita rechazar por sí solo la custodia compartida; asimismo, la circunstancia de la corta edad del menor no resulta tampoco por sí sola determinante para rechazar la medida, ni la escasa concreción del padre para determinar la organización cotidiana del cuidado del menor, sin delegar en terceras personas.

Por su parte, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, de 28 de enero de 2014 (*JUR* 2014, 47008); y, de la Audiencia Provincial de Huesca, secc. 1.ª, de 5 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 294567), indican que la guarda y custodia compartida es el régimen preferente y predeterminado por el legislador aragonés.

<sup>43</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 23 de febrero de 2012 (LA LEY 2012, 34208) procede la guarda y custodia compartida atendiendo fundamentalmente a los deseos expresados en la exploración realizada; en el Auto de este mismo Tribunal Superior, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 19 de abril de 2012 (*RJ* 2012, 6134) se considera, igualmente, procedente la guarda y custodia compartida ante la valoración del informe psicológico y la declaración de la menor que no se opone a estar conjuntamente con el padre y la madre, además, de la consideración de las circunstancias familiares como la proximidad de los domicilios e idéntica capacidad de los progenitores para atender a los requerimientos de la hija; y, que la falta de comunicación entre los progenitores no tiene suficiente entidad conflictual para desaconsejar dicha guarda y custodia compartida.

<sup>44</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 10 de junio de 2014 (*AC* 2014, 1734); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 23 de junio de 2014 (*AC* 2014, 1829) se considera que el régimen de convivencia individual es excepcional, siendo el régimen de convivencia compartida el ordinario.

<sup>45</sup> NANCLARES VALLE, J. (2012). La custodia de los hijos en el Derecho civil navarro, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, abril, p. 103, en la que, asimismo, analiza la legislación navarra. En esta línea, MESSIA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A. (2014). El tratamiento de la custodia compartida en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, *LA LEY Derecho de familia*, núm. 3, tercer trimestre, p. 5.

<sup>46</sup> HERRERA DE LAS HERAS, R. (2011). Sobre la necesidad de una regulación de la guarda y custodia compartida, *Actualidad Civil*, núm. 10, 16-31 de mayo, p. 1145.

<sup>47</sup> SERRANO CASTRO FCO. DE ASÍS (2010). *Relaciones paterno-filiales*, Madrid: El Derecho, p. 177. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 1.ª, de 2 de noviembre de 1999 (AC 1999, 2281), se entiende como una extensión o prolongación del deber de los padres de contribución al sostenimiento de las cargas familiares.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.ª, de 30 de enero de 2001 (AC 2001, 162) señala que, los alimentos de los hijos menores de edad se ha de regir por las siguientes pautas: «1. La separación, nulidad y el divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos (art. 92 del Código Civil); 2. Los padres están obligados a alimentar, educar, y procurar una educación integral de sus hijos menores (art. 154 del Código Civil); 3. La obligación de contribuir a satisfacer los alimentos y necesidades de los hijos menores (art. 93 del Código Civil) se extiende a la totalidad del concepto amplio de alimentos (sustento, educación, vivienda, vestido, sanidad, ocio y formación complementaria incluidos los aspectos lúdicos) propios de la patria potestad; 4. La pensión mensual de los alimentos incluye la totalidad de todos los conceptos anteriores integrantes en el ámbito del ejercicio ordinario de la patria potestad; y, 5. La antedicha pensión no agota las obligaciones de los progenitores, ya que los mismos están obligados a soportar por mitades los gastos extraordinarios que generen sus hijos menores».

<sup>48</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7464); las sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, de 26 de febrero de 2001 (JUR 2001, 138816); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 30 de junio de 2005 (JUR 2006, 47270); y, de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 2.ª, de 15 de febrero de 2006 (JUR 2006, 172411).

<sup>49</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 24 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5794); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de junio de 1995 (AC 1995, 1267); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 26 de abril de 1999 (AC 1999, 4842); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, de 31 de enero de 2001 (JUR 2001, 122798); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, de 8 de febrero de 2001 (JUR 2001, 124117).

<sup>50</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4917); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 29 de mayo de 2002 (JUR 2002, 209048); de 18 de febrero de 2008 (JUR 2008, 130457); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 21 de noviembre de 2014 (JUR 2015, 40176).

<sup>51</sup> DÍAZ MARTÍNEZ A. (2013). Comentario al artículo 93 del Código Civil. En: R. Berco-vitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentario al Código Civil, T. I*, Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 958.

<sup>52</sup> MORENO MOZO, F. (2008). *Cargas del matrimonio y alimentos*, Granada: Comares, p. 84.

<sup>53</sup> RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F. (2011). Fundamento de la no discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales en la recepción de la pensión alimenticia, *Actualidad Civil*, primera quincena septiembre, núm. 15, pp. 1677-1678; ECHARTE FELIÚ, A. M. (2000). *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, Granada: Comares, pp. 137-138. Si bien, a nuestro entender se debe matizar sobre todo con relación a los hijos menores de edad, ya que la obligación de alimentos tiene un alcance más amplio. En todo caso, cabe una identificación de los alimentos a los hijos mayores de edad (art. 93.2 del Código Civil) y los alimentos entre parientes del artículo 142 del Código Civil.

<sup>54</sup> Las sentencias del Tribunal Constitucional de 15 de enero de 2001 (RTC 2001/1); y, de la Sala Segunda, de 14 de marzo de 2005 (RTC 2005, 57). Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 18 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 91648); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 2.ª, de 4 de junio de 2003 (JUR 2003, 223298), que precisa «(...) la situación de necesidad se presume en esos casos, como

se presume sin dificultad que el menor ha de comer, vestirse, disponer de una vivienda, y de todo lo que integra el concepto jurídico de alimentos».

<sup>55</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 601); y, de 22 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 3788). Por su parte, la sentencia de este Alto Tribunal y Sala de 18 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 70364) precisa que, aunque el interés superior del menor se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo «en todo caso», conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, como dice el artículo 93 del Código Civil, y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de conformidad con el artículo 146 del Código Civil. Ahora bien, este interés no impide que aquellos que por disposición legal están obligados a prestar alimentos no puedan hacerlo por carecer absolutamente de recursos económicos, como tampoco impide que los padres puedan desaparecer físicamente de la vida de los menores, dejándoles sin los recursos de los que hasta entonces disponían para proveer a sus necesidades. La falta de medios determina otro mínimo vital, el de un alimentante absolutamente insolvente, cuyas necesidades, como en este caso, son cubiertas por aquellas personas que, por disposición legal, están obligadas a hacerlo. Estamos en suma, ante un escenario de pobreza absoluta que exigiría desarrollar aquellas acciones que resultan necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 de la CE. Por lo que el Alto Tribunal confirma la sentencia fijada en primera instancia al considerar que la obligación del padre hacia el menor «cesa cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades». Asimismo, da la razón al padre en su referencia al principio de proporcionalidad a la hora de establecer la cuantía de la pensión de alimentos, citando para ello diferentes sentencias que señalados con anterioridad mínimos vitales en atención al caudal de ingresos del alimentante, y por ende, fija la manutención en 63 euros mensuales de acuerdo con la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Finalmente, señala la obligación de los servicios sociales de la Administración Pública de cubrir la manutención de un menor cuando no puede hacerlo el padre por encontrarse en situación de pobreza extrema. Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 2016 (Id Cendoj. 28079110012016100270) declara que la falta de medios determina otro mínimo vital, que es el del alimentante; y, la necesaria intervención de los servicios sociales de las Administraciones Públicas en determinados supuestos de precaria situación. Si bien, en este caso, la pensión no se considera desproporcionada al disponer el padre de medios económicos ocultos con los que cubrir las necesidades básicas de alimentos, vestido y transporte de su hijo.

<sup>56</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4.ª, de 11 de noviembre de 2005 (*JUR* 2005, 13189), aunque la tutela del menor la tiene la Xunta, no exime al progenitor de su obligación alimenticia.

<sup>57</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 29 de marzo de 2011 (*RJ* 2011, 3021), señala que, el artículo 96.1 del Código Civil atribuye el derecho de uso al hijo menor, incluido en el de alimentos que forma el contenido de la patria potestad, según dispone el artículo 154.2.1.º del Código. En la misma línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 24 de septiembre de 1999 (*AC* 1999, 7798); la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2.ª, de 30 de junio de 2010 (*LA LEY* 2010, 243246), que en relación con la cuantía de la pensión señala que debe quedar también ligada a la solución que se dé respecto al uso y atribución del domicilio familiar. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 14 de abril de 2011 (*LA LEY* 2011, 52203) pone de manifiesto que, el artículo 96.1 del Código Civil es una regla taxativa que no permite interpretaciones temporales limitadoras. El principio que aparece protegido en esta disposición es el de interés del menor que requiere alimentos que debe prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 del Código Civil). Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil de 30 de septiembre de 2011 (*LA LEY* 2011, 186204). Doctrina que, también se reitera con relación a una unión no matrimonial, así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de abril de 2011 (*LA LEY* 2011, 14453); lo que de

nuevo se establece en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de mayo de 2012 (LA LEY 2012, 72585).

Sin embargo, cuando se trata de hijos mayores de edad, la sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, de 5 de septiembre de 2011 (*RJ* 2011, 5677), no cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 del Código Civil; e, igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de marzo de 2012 (LA LEY 2012, 39626) dispone que, ningún alimentista mayor de edad tiene derecho a obtener como parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir.

<sup>58</sup> ROCA TRÍAS, E. (1984). Comentario al artículo 93 del Código Civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Madrid: Tecnos, p. 588. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3.ª, de 9 de julio de 1998 (*AC* 1998, 6858).

<sup>59</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 14 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005, 67089), considera que también se ha de tener en cuenta, para fijar el *quantum* de la pensión, el gasto que representa el pago de una renta cuando la vivienda se atribuye *ex artículo* 96 del Código Civil es alquilada.

<sup>60</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de junio de 2015 (*RJ* 2015, 2658); de 11 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 36518); y, 4 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 57738) señalan que el sistema de custodia compartida de los hijos no exime del pago de una pensión de alimentos si existe desproporción en los ingresos de los cónyuges, o como en este caso, cuando la progenitora no percibe salario o rendimiento alguno (art. 146 del Código Civil), y así lo ha fallado en el caso de una pareja divorciada de la provincia de Sevilla con dos niñas en común. La solución del Tribunal Supremo es: establecer la custodia compartida, dejar la pensión de alimentos sin limitación temporal y mantener en tres años la pensión compensatoria. Además la Sala subraya que una limitación tienen sentido en una pensión compensatoria, como estímulo en la búsqueda de ocupación laboral, pero no tiene cabida en los alimentos a los hijos.

<sup>61</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 9 de mayo de 2012 (LA LEY 2012, 58285), fija como doctrina jurisprudencial que, en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar; y, de 11 de noviembre de 2013 (LA LEY 2013, 179525), la decisión del hijo de convivir con uno de los progenitores no es un factor a tener en cuenta al atribuir el uso de la vivienda para privar a la esposa de su derecho a usar el domicilio familiar, como venía haciéndolo hasta ese momento.

<sup>62</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, de 7 de marzo de 1994 (*AC* 1994, 521), donde se precisa que, la atribución del uso no supone restricción alguna al poder de disposición; y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 3.ª, de 15 de enero de 2010 (*JUR* 2010, 210815), la protección que proporciona al usuario es de carácter absoluto, ejercitable *erga omnes*.

<sup>63</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4.ª, de 20 de enero de 1998 (*AC* 1998, 3185); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 8 de febrero de 2002 (LA LEY 2002, 31329).

<sup>64</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de abril de 1994 (LA LEY 1994, 13928); de 1 de abril de 2011 (LA LEY 2011, 14453), que aplica analógicamente el artículo 96.1 del Código Civil al supuesto de unión no matrimonial, pues, considera que la protección del interés del menor es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados; de 21 de junio de 2011 (LA LEY 2011, 90854); de 26 de abril de 2012 (LA LEY 2012, 56726); de 30 de mayo de 2012 (LA LEY 2012, 69264), donde se precisa que, el interés de los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores, porque su interés resulta más necesitado de protección por lo que están incluidos en el artículo 96.1 del Código Civil; de 17 de octubre de 2013 (LA LEY 2013, 156714); de 17 de febrero de 2014 (LA LEY 2014, 10444); de 3 de abril de 2014 (LA LEY 2014, 40090); de 16 de junio de 2014 (LA LEY 2014, 68745); y, de 25 de abril de 2016 (Id Cendoj 2807910012016100269) que vuelve a aplicar analógicamente el artículo 96.1 del Código Civil a las uniones de hecho; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 27 de febrero de 1998 (*AC* 1998, 326); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 29 de junio de 1998 (*JUR*

1998, 89243); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.<sup>a</sup>, de 23 de julio de 1999 (LA LEY 1999, 115070); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 15 de junio de 2006 (*JUR* 2007, 10406); de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.<sup>a</sup>, de 18 de enero de 2007 (LA LEY 2007, 27477); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, de 5 de noviembre de 2008 (LA LEY 2008, 279953); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, de 18 de febrero de 2010 (LA LEY 2010, 38828); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.<sup>a</sup>, de 20 de mayo de 2011 (LA LEY 2011, 125895); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.<sup>a</sup>, de 2 de marzo de 2012 (LA LEY 2012, 224628); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, de 19 de julio de 2012 (LA LEY 2012, 120942); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.<sup>a</sup>, de 13 de noviembre de 2012 (LA LEY 2012, 224164); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 12 de diciembre de 2013 (LA LEY 2013, 214050); y, de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 3.<sup>a</sup>, de 23 de julio de 2014 (LA LEY 2014, 104742).

<sup>65</sup> *Vid.*, la resolución de la DGRN de 10 de octubre de 2008 (*RJ* 2009, 634).

<sup>66</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup> T. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales* (arts. 96.1, 2 y 3 del Código Civil), Navarra: Thomson Civitas, pp. 143-146.

De todas formas, como precisa la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, de 3 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 524), la división de la cosa común no impide la venta en pública subasta de la vivienda con subsistencia del derecho de uso constituido, en tanto este no se extinga por voluntad de aquellos o decisión del órgano que lo acordó. En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, secc. 1.<sup>a</sup>, de 30 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 295394).

<sup>67</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 5 de noviembre de 2012 (LA LEY 2012, 162416) y, de 3 de mayo de 2016 (LA LEY 43287, 2016) no procede la atribución a la esposa que ostente la custodia de la hija de la vivienda que deja de ser familiar por acuerdo entre los esposos. La vivienda se adjudica al esposo en la liquidación del régimen económico matrimonial y la esposa adquiere otra vivienda a la que se ha ido a vivir en compañía de la hija, con lo que quedan satisfechas las necesidades de habitación de la menor. Sin embargo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 3 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 1958) formula la siguiente doctrina a los efectos de unificar la de las Audiencias Provinciales en esta materia: en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no puede atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar.

<sup>68</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de marzo de 2011 (LA LEY 2011, 9107); y de 5 de noviembre de 2012 (LA LEY 2012, 162426).

<sup>69</sup> *RJ* 2011, 3590. Asimismo, las sentencias de este mismo Tribunal, de 9 de mayo de 2007 (*RJ* 2007, 3561); de 3 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 524), donde se mantiene el uso de la vivienda, a pesar de la división y se impone incluso a terceros adjudicatarios; de 14 de abril, y 21 de junio de 2011 (LA LEY 2011, 14453; *RJ* 2011, 3590); LA LEY 2011, 90854); de 30 de septiembre de 2011 (LA LEY 2011, 186204); de 26 de abril de 2012 (LA LEY 2012, 56726); de 21 de mayo de 2012 (LA LEY 2012, 58422); de 13 de julio de 2012 (LA LEY 2012, 134899); de 17 de octubre de 2013 (LA LEY 2013, 156714); de 3 de abril de 2014 (LA LEY 2014, 40090); de 29 de mayo de 2014 (LA LEY 2014, 95232); de 2 de junio de 2014 (LA LEY 2014, 64164); de 16 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3073); y, de 28 de noviembre de 2014 (*RJ* 2014, 6048); y, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, de 12 de noviembre de 2012 (LA LEY 2012, 224413); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, de 25 de julio de 2012 (*JUR* 2012, 357810).

<sup>70</sup> LA LEY 2014, 68745. En esta línea, de no limitación temporal, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de noviembre de 2014 (*RJ* 2014, 6048) el interés protegido no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de pareja; y, de 18 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1919).

<sup>71</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, de 10 de octubre de 2011 (LA LEY 2011, 194732); de 17 de junio de 2013 (LA LEY 2013, 87809), uso por el hijo y la esposa durante tres años; y, de 27 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 151006) se mantiene a la esposa en el domicilio durante un año más contado desde esta sentencia. Se trata de



un tiempo suficiente que va a permitir buscar una nueva vivienda, como hizo el esposo, para atender a las necesidades de la hija durante los periodos de efectiva guarda, siempre con la relatividad que, en interés del menor tienen estas y las demás medidas que pueden afectarle; las sentencias de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 18.ª, de 5 de julio de 2008, dos años desde que el hijo menor viva de forma independiente; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 28 de junio de 2010 (LA LEY 2010, 223438), límite temporal máximo de cuatro años; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 24 de mayo de 2011 (LA LEY 2011, 130663), a dos años.

<sup>72</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 12.ª, de 29 de marzo de 2010 (AC 2010, 1211), cuando el hijo del matrimonio cumpla 25 años; y de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 8 de marzo de 2013 (JUR 2013, 159485), hasta que el hijo alcance los 21 años.

<sup>73</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 18 de febrero de 2011 (LA LEY 2011, 55229).

<sup>74</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 19 de noviembre de 2013 (LA LEY 2013, 180585); de 15 de enero de 2014 (JUR 2014, 46953); de 3 de abril de 2014 (RJ 2014, 1950); y, de 29 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3889); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, de 21 de mayo de 2007 (LA LEY 2007, 117631); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 10 de octubre de 2012 (LA LEY 2012, 175093); y, de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, de 22 de marzo de 2013 (LA LEY 2013, 52437).

<sup>75</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Segovia, secc. 1.ª, de 20 de octubre de 2009 (JUR 2010, 28500); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.ª, de 15 de marzo de 2013 (LA LEY 2013, 42578).

<sup>76</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 19 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 7447).

<sup>77</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 17 de junio de 2013 (RJ 2013, 4375); de 16 de enero de 2015 (JUR 2015, 47658); y, de 15 de julio de 2015 (RJ 2015, 3597) abandono de la vivienda por la madre e hijas bajo su guarda para pasar a ocupar otra vivienda propiedad de la abuela materna. Disfrute por la madre de una posición económica más favorable que la del padre. Inexistencia de una reserva indefinida de la vivienda cuyo uso se atribuyó inicialmente.

<sup>78</sup> PÉREZ MARTÍN, A. J. (2011). La vivienda familiar, *Tratado de Derecho de Familia. Procedimiento Contencioso: separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos*, 2.ª ed., Valladolid: Lex Nova, p. 524. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 12 de febrero de 2002 (LA LEY 2002, 33343); de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.ª, de 25 de octubre de 2005 (LA LEY 2005, 208063); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 14 de enero de 2010 (LA LEY 2010, 3028).

<sup>79</sup> RAMS ALBESA J. (1987). *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid: Tecnos, p. 115; CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. III, Navarra: Aranzadi, p. 386.

<sup>80</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 30 de septiembre de 2010 (LA LEY 2010, 277807).

<sup>81</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, de 21 de mayo de 2003 (LA LEY 2003, 91309).

<sup>82</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª T. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales* (arts. 96.1, 2 y 3 del Código Civil), op. cit., p. 293. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, (Pleno), Sala de lo Civil, de 5 de septiembre de 2011; de 30 de marzo de 2012; 11 de noviembre de 2013; 12 de febrero de 2014; de 25 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1165); y, de 23 de junio de 2015 (RJ 2015, 2546).

<sup>83</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª T. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales* (arts. 96.1, 2 y 3 del Código Civil), op. cit., p. 287; CUENA CASAS, M. (2011). «El régimen jurídico de la vivienda familiar», op. cit., p. 398. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, 29 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2273) dispone que «la atribución del uso de la vivienda sin limitación temporal alguna,

vulnera lo dispuesto en el artículo 96.3 y la jurisprudencia de esta Sala que lo interpreta, puesto que existe una previsión legal del tiempo de uso para el supuesto de que se atribuya al cónyuge no titular, que ha sido ignorada en la sentencia desde el momento en que remite el tiempo de permanencia en la casa propiedad de quien fue su esposo a una posible alteración sustancial de las circunstancias en lo que parece más una verdadera expropiación de la vivienda que, una efectiva tutela de lo que la Ley dispensa a casa una de las partes, fundada en un inexistente principio de «solidaridad conyugal» y consiguiente sacrificio del «puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro», puesto que no contempla más uso en favor del cónyuge más necesitado de protección que el tasado por criterio judicial ponderado en atención a las circunstancias concurrentes, uso que se ha cumplido desde el momento en que la esposa ha dispuesto en estas circunstancias de la vivienda desde hace varios años». En cuanto a la limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda, se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 15 de abril de 2013 (*RJ* 2013, 7245). Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 28 de noviembre de 2014 (*JUR* 2015, 19455), se procede a un atribución conjunta de la vivienda familiar mediante un uso alternativo por periodos sucesivos de un año en evitación de comportamientos obstruccionistas a la liquidación, división o a la venta.

<sup>84</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo (Pleno), Sala Primera, de lo Civil, de 5 de septiembre de 2011 (*LA LEY* 2011, 189049); de 11 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7262); y, de 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 978) dispone que, «la mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés superior de protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad de los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignado inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas». En consecuencia, se procede a modificar la atribución del uso al no acreditarse la situación de especial protección de la usuaria, pues, la no percepción de la pensión no prueba que no perciba salario si no se ha intentado su acreditación. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 14 de julio de 2015 (*LA LEY* 2015, 110024) señala que, las hijas no ostentan la titularidad del derecho de uso respecto a la vivienda en cuestión una vez cumplan los 18 años, sin que la perpetuación de la convivencia con la progenitora constituya un interés digno de protección de acuerdo con el artículo 96.3 del Código Civil; en el supuesto de que entonces las descendientes necesitaran alimento, incluyendo la vivienda, el obligado a prestarlos podrá efectuar la elección que ofrece el artículo 149 del Código Civil y decidir proporcionarlos «manteniendo en su propia casa a quienes tienen derecho a ellos».

<sup>85</sup> Señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 13 de julio de 2012 (*LA LEY* 2012, 134899), que la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio de interés del menor que, no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil.

<sup>86</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 31 de enero de 2014 (*JUR* 2014, 119200) atribución a los menores; de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, de 8 de julio de 2014 (*LA LEY* 2014, 108568); alternancia de los padres cada quince días hasta que el hijo cumpla 18 años; de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, de 30 de julio de 2014 (*LA LEY* 2014, 141867), los progenitores se alternan anualmente en el uso de la vivienda; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.ª, de 16 de septiembre de 2014 (*JUR* 2014, 276233), atribución del uso a la menor y desplazamiento de los padres, ocupándola durante el tiempo que les corresponda la guarda; y, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, de 26 de septiembre de 2014 (*JUR* 2014, 298695).

<sup>87</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.ª, de 26 de febrero de 2014 (*JUR* 2014, 115097) con carácter temporal a la madre por ser el interés más necesitado

de protección; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 26 de marzo de 2014 (*JUR* 2014, 135522) atribución a la esposa hasta que finalice el sistema de guarda y custodia compartida que, se acuerde; y, de 27 de mayo de 2014 (*AC* 2014, 534); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 10 de julio de 2014 (*JUR* 2015, 52617) atribución a la esposa; de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, de 17 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 246623) atribución al padre, vivienda privativa del mismo, y donde van los hijos todos los días a comer; y, de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, de 27 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 49497).

<sup>88</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 14 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 234601) se atribuye a ambos durante el tiempo que tengan la guarda; y, de 23 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 233941), uso alternativo por periodos temporales.

<sup>89</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 22 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5023), adoptándose el sistema de custodia compartida, el hijo queda en compañía de ambos cónyuges, no constando que la madre precise de una protección especial.

<sup>90</sup> LUQUE JIMÉNEZ, M.ª DEL C. (2012). La atribución del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial, Madrid: *Cuadernos de Derecho Registral*, p. 84; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (2009). «Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso», *La Ley*, núm. 7105, año XXX, 2 de febrero, p. 7. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de octubre de 2014 (*LA LEY* 2014, 145489); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 20 de febrero de 2012 (*LA LEY* 2012, 136661).

<sup>91</sup> En todo caso, de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si esta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso. La sentencia del Tribunal de Justicia de Valencia, Sala de lo Civil y Penal de 2 de diciembre de 2014 (*LA LEY* 2014, 235928) por su parte, señala que, esta compensación por pérdida de uso de la vivienda familiar no resulta de aplicación en los supuestos de ruptura de la convivencia cuando no existen hijos comunes y cuando el cauce procedimental seguido de no sea el procedimiento de nulidad, separación y divorcio, y medidas paterno o materno-filiales.

<sup>92</sup> *RJ* 2014, 5180. Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, 22 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5023) no se asigna la vivienda a ninguno de los padres que tienen la custodia, así que queda sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación en su caso, y la Sala fija un plazo prudencial a la demandada para el desalojo de seis meses.

<sup>93</sup> *LA LEY* 2015, 192070.

<sup>94</sup> *JUR* 2016, 36442. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 1322) ha entendido que debe aplicarse analógicamente el párrafo segundo del artículo 96 del Código Civil que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la custodia de otro, remitiendo al juez resolver «lo procedente». Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso y debiendo ser tenido en cuenta el factor del interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres (STS de 24 de octubre de 2014). Ahora bien, existe un interés sin duda más prevalente (STS de 15 de marzo de 2013) que es el de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades que, conforme a la regla dispuesta en el artículo 96 del Código Civil, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Teniendo en cuenta tales factores o elementos a ponderar «esta Sala, al acordar la custodia compartida, esté estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitor, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con el convivan pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el artículo 96.2 del Código Civil, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, con el fin de facilitar a ella y a la menor (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva re-

sidencia, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales».

<sup>95</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, de 22 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5023) en la que se precisa que todo cambio de circunstancias está supeditado a que favorezca el interés del menor; las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.<sup>a</sup>, de 21 de marzo de 2014 (*JUR* 2014, 109026); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.<sup>a</sup>, de 15 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 222265); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 25 de noviembre de 2014 (*JUR* 2015, 34970).