



ANÁLISIS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA TRAS LA SEPARACIÓN
O DIVORCIO: RÉGIMEN JURÍDICO Y ÚLTIMAS TENDENCIAS
JURISPRUDENCIALES

*ANALYSIS OF JOINT CUSTODY AFTER SEPARATION OR DIVORCE:
LEGAL REGIME AND LATEST JURISPRUDENTIAL TRENDS*

LAURA ANTÚNEZ ROMERO¹
Universidad de Extremadura

Recibido: 24/10/2023 Aceptado: 18/11/2023

RESUMEN

En el presente estudio realizaremos un análisis exhaustivo del régimen de custodia compartida en el sistema español. Para ello comenzaremos introduciendo cómo llegó a aparecer este modelo en nuestro país, así como la evolución hasta la actualidad. Evolución que se verá procedida por numerosas reformas, además de importantes sentencias como la declaración de inconstitucionalidad de parte del régimen. Finalmente, y acercándonos de forma paulatina a la realidad, proyectaremos las más importantes sentencias sobre la custodia compartida abordando diversos enfoques sobre el mismo.

Palabras clave: custodia compartida, patria potestad, custodia, matrimonio, menor de edad, interés superior del menor.

¹ Graduada en Administración y Dirección de Empresas y en Derecho; doctoranda del área de Derecho Civil de la Universidad de Extremadura, adscrita al Grupo de Investigación de Estudios del Derecho de España, Portugal y América Latina (GIDEPA), alumna del Máster en la Abogacía y Procura. Principales líneas de investigación: las nuevas formas familiares y sucesorias, protección del consumidor, privacidad y datos en internet e inteligencia artificial desde el Derecho privado.

ABSTRACT

In the present work we will carry out an exhaustive analysis of the joint custody regime in the Spanish legal system. To do this, we will begin by introducing how this model came to appear in our country, as well as its evolution up to the present. Evolution that will be followed by numerous reforms, in addition to important rulings such as the declaration of unconstitutionality by the regime. Finally, and gradually approaching reality, we will project the most important sentences on joint custody, addressing various approaches to it.

Keywords: joint custody, parental authority, custody, marriage, minor, best interests for the minor.

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes legislativos. 2.1. Antecedentes históricos en España. 2.2. Etapas establecidas por la doctrina. 3. Declaración de inconstitucionalidad. 4. Régimen legal vigente. 5. Declaración de inconstitucionalidad y nulo el artículo 92.8 por sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012. 6. Otras modificaciones. 6.1. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio. 6.2. Ley 17/2021, de 15 de diciembre de 2021. 6.3. Ley 16/2022, de 5 de septiembre. 7. Últimas tendencias jurisprudenciales. 7.1. Cumplimiento de las necesidades del niño a la hora de establecer la custodia compartida. 7.2. Cambio de custodia monoparental a custodia compartida. 7.3. Custodia compartida y protección del interés del menor. 7.4. Uso de vivienda ganancial en régimen de custodia compartida. 8. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

En una sociedad tan cambiante y heterogénea como la actual el sistema de guarda y custodia ha venido evolucionando de la misma manera que lo ha hecho esta. Así, este sistema se configura como «una de las modalidades convivenciales previstas legalmente para la relación de los padres con sus hijos una vez producida la separación o el divorcio»².

Por ello, en el presente estudio ilustraremos como se ha pasado de un sistema de guarda y custodia monoparental a un modelo en el que prima la guarda y custodia compartida junto al interés superior del menor, todo ello en base a unos principios. Trataremos los orígenes de este modelo, las numerosas reformas de este sistema, así como el contenido de las mismas.

La idea de este proyecto va concebida con la intención de mostrar la legislación aplicable en esta materia y la aplicación práctica que conlleva en la realidad actual. Así, este proyecto culminará con las últimas tendencias jurisprudenciales llevadas a cabo en la actualidad.

A continuación, y dentro del desarrollo de las últimas tendencias jurisprudenciales, pondremos el foco del análisis en las dos importantes sentencias, la primera sobre la protección del interés del menor a la hora de tomar una decisión sobre el sistema de guarda y custodia, y la segunda, abarcará el uso de la vivienda ganancial en el régimen de custodia compartida.

Finalmente, presentaremos una serie de conclusiones en aras de realizar una sistematización y aclaración del contenido analizado.

2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Antes de comenzar con la evolución del marco institucional y social del matrimonio, así como de las relaciones paternofiliales, hay que expresar que estas instituciones han soportado grandes transformaciones, en nuestro país y en los países de nuestro entorno.

² ACEDO PENCO, Ángel, «La custodia compartida de los hijos menores tras la separación y el divorcio: implantación, avatares legislativos y evolución jurisprudencial de los aspectos fundamentales del régimen vigente en España», *Dreptul Familiei*, Rumanía, número 27, 2022, página 1.

2.1. Antecedentes históricos en España

Comenzando con nuestro país, España, desde los Decretos del Concilio de Toledo hasta la Ley del Matrimonio Civil de 1870³ (vigente en un periodo muy breve de tiempo) el matrimonio canónico fue la manera de concebir matrimonio imperante hasta el año 1932.

En la II República las leyes sobre el matrimonio civil y el divorcio de 1932 trataban a éste de una forma institucional y patriarcal.

Finalizado este periodo y derogada la ley anteriormente mencionada, se restableció la vigencia del Derecho anteriormente existente, pero con ciertas adaptaciones procedentes de la Ley de 24 de abril de 1958 y del Concordato de 1953⁴ que hicieron coexistir el matrimonio canónico con el civil, con su propia normativa y jurisdicción cada uno, siendo indisolubles por divorcio ambas. Por ello, las disputas eran resueltas por vía separación o nulidad.

2.2. Etapas establecidas por la doctrina

Para llegar a la concepción actual en esta materia, la doctrina ha clasificado la evolución de la custodia compartida en cuatro etapas:

Primera etapa: comprende hasta las reformas de 1981, en casos de nulidad o separación, la pérdida u obtención de la guarda y custodia era un castigo o un premio, dependiendo de si la persona era inocente o culpable.

Segunda etapa: comprende a partir de las leyes de 1981 en el que, partiendo de un sistema de divorcio con única causa, el cese de la convivencia y el paso de algunos plazos puso en un segundo plano la culpabilidad, que resurgió por el doble proceso de separación-divorcio, en el que el primero de ellos se entendía como un periodo de reflexión. A pesar de ello, en la redacción inicial del artículo 92 del Código civil (en acrónimo CC), no se mencionaba la culpabilidad como

³ En este sentido se ha escrito que «la ley fue considerada por la opinión católica como un ataque más a la religión hecha por las fuerzas revolucionarias, a pesar de que gran parte de su articulado respetaba las normas del matrimonio canónico», ESPIGADO TOCINO, Gloria, «Revolución burguesa, Estado liberal y género: La ley de matrimonio civil de 1870», en *Alcores: revista de historia contemporánea*, n.º. 13, 2012, pág. 44.

⁴ Así «el Concordato fue aplaudido por políticos y eclesiásticos nacionales e incluso sirvió de modelo para otros países. Pero su vigencia plena fue corta debido a la corriente liberal que en el Concilio Vaticano II planteó un cambio sustancial de la presencia de la Iglesia en el mundo», RAGUER I SUÑER, Hilari, «El Concordato de 1953: de la gloria a la papelera», en la revista *Razón y fe*, tomo 248, n.º. 1259-1260, 2003, pág. 147.)

elemento para determinar la guardia y custodia, no obstante, la jurisprudencia sí lo tomo como consideración.

Tercera etapa: estamos ante el sistema vigente, esta etapa es precedida por las leyes mencionadas con anterioridad y especialmente por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil, que supuso un cambio en los preceptos contrarios al principio de igualdad entre sexos. Además de otros numerosos cambios, hay que destacar el del artículo 92 CC:

— La nulidad separación o divorcio no eximen de las responsabilidades parentales.

— Solo se puede privar de la patria potestas por justa causa en el proceso.

— Los hijos han de tener derecho a ser oídos.

— Se puede establecer el ejercicio compartido de la guarda y custodia por acuerdo entre los progenitores.

— Se puede ejercer total o parcialmente por uno de los progenitores, por acuerdo o decisión judicial.

— Se adoptará la decisión tras oír a los menores con suficiente juicio, valorar alegaciones, pruebas e informe del Ministerio Fiscal ⁵.

— Prohibición del ejercicio de guarda y custodia por cumplir las causas del apartado 7º.

— Excepción de establecerla por un Juez sin que se den ciertos supuestos, basado en la protección del interés superior del menor.

— Pueden intervenir especialistas cualificados para tomar decisiones.

Cuarta etapa: para llevarla a cabo se ha tenido en consideración la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante TS) y las normativas de las Comunidades Autónomas de Aragón, Valencia, Navarra y Cataluña. El fin es el pretendido por la reforma, es decir, la corrección de las disfunciones del régimen.

⁵ «La exigencia de este informe favorable vino constituyendo, sin lugar a dudas, el punto más controvertido del precepto. No se trata solamente de que se requiera que el fiscal emita un informe, sino que además éste ha de ser favorable. Resulta evidente que tal necesidad limita la facultad decisoria del juez, con el agravante de que dicho requisito no es necesario cuando el juez decreta la custodia en exclusiva» PINTO ANDRADE, Cristóbal, «La custodia compartida en la práctica judicial española: Los criterios y factores para su atribución», en *Revista de Misión Jurídica*, número 9, diciembre, 2015, página 151.

3. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Como se puede observar, esta posición se hizo inconciliable con la Constitución actual de 1978 y sus principios de igualdad, libertad, justicia y pluralismo, por lo que se llevó a reformar el Código civil por la:

— Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

— Ley 30/1981, de 7 de julio, de modificación de la regulación del matrimonio en el Código civil y de los procedimientos en materia de nulidad, separación y divorcio.

— Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil, en materia de tutela.

Se ha modificado el marco institucional del matrimonio por la:

— Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en derecho a contraer matrimonio.

— Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica tanto el Código civil como la Ley de Enjuiciamiento Civil en separación y divorcio⁶. Modifica los artículos 81 y 86 del Código civil además de derogar el artículo 82 del mismo código.

En el marco de las relaciones padre e hijo, su regulación también se ve afectada por:

— La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican artículos en materia de adopción tanto en el Código civil como en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

— La Ley 11/1990, de 15 de octubre, reformando el Código civil en lo concerniente al principio de no discriminación por razones de sexo.

— La Ley 42/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifican tanto el Código civil como la Ley de Enjuiciamiento Civil, en asuntos de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.

⁶ Así «esta Ley da una nueva y complete redacción al art. 92 CC, e introduce modificaciones en los arts. 770.4^a y 777.5 LEC.», MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «La audiencia del menor en los procesos matrimoniales tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el régimen de la separación y el divorcio», en revista *Derecho Privado y Constitución*, n^o 23, 2009, pág. 255.

— La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

— Las leyes que afectan al Código penal en asuntos de violencia de género, sustracción de menores u otros delitos contra las relaciones familiares ubicados en el Título XII del Libro II del Código penal, siendo aprobado por la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código penal.

Como podemos observar, los cambios en la sociedad se ven reflejados en la ruptura del matrimonio por separación, nulidad o divorcio. En especial cuando existe la presencia de hijos menores o con capacidad completada judicialmente sujetos a patria potestad, exige a la doctrina y jurisprudencia a adaptar constantemente la aplicación e interpretación del Derecho a la realidad social.

4. RÉGIMEN LEGAL VIGENTE

La regulación se encuentra ubicada en su esencia en el Código civil, especialmente en el Capítulo IX «De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio» que está compuesto por 13 artículos. No obstante, el óbice se está ubicado en el artículo 92.

Pero el régimen legal vigente ha sufrido numerosas reformas desde su publicación, la que más ha incidido en este régimen ha sido la Ley 15/2005 de 8 de julio.

Con anterioridad a esta ley los artículos 92 y 159 del Código civil, no establecían la guarda y custodia compartida, sino que se establecía como una excepción gracias a los principios de autonomía de la voluntad de los cónyuges⁷. Lo normal era pues, que se nombrara a uno de los progenitores para la custodia del hijo, dejándose la custodia compartida para los cónyuges que mantuvieran una buena relación justificado por ser beneficioso para el hijo común, ya que para algunos autores los problemas derivados de una custodia compartida podrían llevar a decisiones contradictorias y consecuentemente a graves problemas.

No obstante, la oposición a esta teoría no tardó en salir a la luz y autores

⁷ Sobre ello, MONTERO AROCA establece que «este sistema no goza de la preferencia de los tribunales, aunque no puede desconocerse que existe una línea jurisprudencial que, primero, la estima posible legalmente y, después, la considera practicable en la realidad. Debe admitirse que se trata de una línea minoritaria». Vid., MONTERO AROCA, Juan, *El Convenio Regulador en la Separación y en el Divorcio*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2002, p. 115.

como Navarro Fajardo⁸, mostraba su postura a favor de la alternancia de la custodia pues ello favorecía los principios de igualdad ante la ley (Art. 14 CE) así como el derecho a contraer matrimonio en igualdad jurídica (Art. 32 CE) basando su interpretación en que la igualdad no se ha de dar solo en el momento de contraer matrimonio sino durante la vigencia de este. Mediante el establecimiento de los mismos tiempos a los progenitores para el cuidado de sus hijos.

La jurisprudencia en estos tiempos se decantaba por aplicar la atribución de la custodia atendiendo a cada caso en concreto, partiendo de la base de que la custodia compartida no era el sistema aconsejable, admitiéndose en algunos supuestos. Así como justificación, afirmaban la preferencia de que las circunstancias geográficas y sociales no menoscabara el entorno del niño con el desplazamiento de un lugar a otro. Por ello se llevó a aceptar esta forma de guarda sólo bajo la solicitud de ambos progenitores cumpliendo como requisito previo la conciliación de una buena relación entre ambos en la que no se apreciara situaciones de conflicto.

Ello conllevó a que numerosas sentencias basaran el rechazo de esta modalidad de guarda por la simple causa de la falta de consentimiento materna.

El consentimiento de ambos progenitores no fue el único requisito, así, debían concurrir otros como el llevar un estilo de vida homogéneos, que ambos domicilios se encontraran próximos, la alta edad de los niños, los informes psicológicos o la necesidad de ausencia de obstáculos laborales.

Con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que reformó el artículo 92 del Código civil, se introdujo básicamente la figura de la guarda y custodia compartida, que se ve reflejado:

— En la exposición de motivos: exponiendo que los progenitores son los que decidirán si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por los dos de una forma compartida.

— Se establecerá la manera en que el hijo se relacionará con el que no conviva, procurando el ejercicio del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la patria potestad.

Finalmente como se afirma por la doctrina⁹, «son numerosos los nuevos

⁸ NAVARRO FAJARDO, J.: «El Derecho a la Custodia de los Hijos de los Padres Separados», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1189, 2, 1979, pp. 4-5.

⁹ ACEDO PENCO, Ángel, *Compendio de Derecho de Familia*, editorial Dykinson, Madrid, 2022, página 76.

criterios jurisprudenciales que continúan perfilando los rasgos más diversos de la custodia compartida, como: 1º) la posibilidad de atribución a un cónyuge de la vivienda familiar aun siendo privativa del otro, 2º) «la estabilidad que tiene el menor en situación de custodia exclusiva de la madre, con un amplio régimen de visitas del padre, no es justificación para no acordar el régimen de custodia compartida»; 3º) «la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad»; 4º), no obstante lo anterior, «ello no empece a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos», por tanto, «la existencia de desencuentros propios de la crisis matrimonial no justifican por sí mismo que se desautorice» la guarda y custodia compartida».

5. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y NULO EL ARTÍCULO 92.8 POR SENTENCIA DEL TC DE 17 DE OCTUBRE DE 2012

El objeto de esta sentencia¹⁰ versa sobre la cuestión de inconstitucionalidad del art. 92.8 del Código civil, en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de nulidad, separación y divorcio, que dispone: «excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.»

Así, se pone de manifiesto la duda sobre la violación de los derechos constitucionales contenidos en los arts. 24, 39 y 117.3 CE, al exigir el art. 92.8 del Código civil el informe favorable del Ministerio Fiscal para que el juez pueda acordar la guarda y custodia compartida cuando la pide uno solo de los progenitores.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012, «BOE» núm. 274, de 14 de noviembre de 2012, páginas 152 a 170.

Finalmente se estima la cuestión de inconstitucionalidad, declarando inconstitucional y nulo el inciso «favorable» del art. 92.8 del Código civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio.

6. OTRAS MODIFICACIONES

6.1. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio

Se modifica el artículo 92 del Código Civil, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889, que quedando redactado como sigue:

«1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. 2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión. 3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello. 4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges. 5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. 6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda. 7. No procederá la guarda conjunta 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 cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. 8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. 9.

El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior. 10. El Juez adoptará, al acordar fundadamente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos».

6.2. Ley 17/2021, de 15 de diciembre de 2021

El artículo 1.3 de la presente ley, reforma el apartado 7 del artículo 92 del Código civil quedando redactado como sigue:

«3. Las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges.

Asimismo, podrá modificarse el convenio o solicitarse modificación de las medidas sobre los animales de compañía si se hubieran alterado gravemente sus circunstancias.

Las medidas que hubieran sido convenidas ante el letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código».

En esta nueva redacción podemos observar las posibilidades de alternativa de las medidas adoptadas en un primer lugar, siempre que se ajusten a la realidad, tengan coherencia o se ajusten a los requisitos mencionados.

6.3. Ley 16/2022, de 5 de septiembre

Con esta ley se modifica el apartado 7 del artículo 92 del Código civil.

«7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco

procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas».

En él se establecen las diversas causas por las que la guarda conjunta no podrá llevarse a cabo, basándose en cuestiones penales.

Bien hasta aquí tenemos el precepto con todas sus modificaciones y la trayectoria que ha seguido para quedar redactado como se indica. A continuación, presenciaremos cuáles han sido las diferentes técnicas jurisprudenciales aplicadas en la actualidad.

7. ÚLTIMAS TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES

En este último punto, nos adentramos en la clave de este estudio, cual es el análisis de las diferentes tendencias seguidas por la jurisprudencia para resolver cada situación, desde las más antiguas hasta la más reciente.

7.1. Cumplimiento de las necesidades del niño a la hora de establecer la custodia compartida

En la presente sentencia observaremos como a pesar de un cumplimiento por parte del progenitor recurrente de los requisitos para una custodia compartida, tiene más peso el interés y las necesidades del niño a la hora de establecer o no esta modalidad de custodia.

Para ello observamos la importante sentencia del Tribunal Supremo 40/2018, en ella, el recurrente Don Romeo, interpone un recurso de casación contra la sentencia por la que se le niega la guarda y custodia compartida de su hijo menor, Fernando.

Se establece que Don Romeo, con arreglo a la ley, cumple con todas las condiciones necesarias para una guarda y custodia compartida junto a la recurrida, Doña Sagrario, madre del niño.¹¹

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de enero de 2018, fundamento jurídico primero (ECLI:ES:TS: 2018:40).

Sin embargo, debido a la coyuntura existente, no se cumplen las exigencias de artículo 92.8 CC, al no existir concordancia con las necesidades del descendiente. Pues, desde la ruptura de la convivencia entre ambos cónyuges, Fernando permaneció bajo el cuidado de Doña Sagrario, encontrándose en el entorno del niño sus diversas necesidades. Por ello, según perito psicológico, no se recomienda un cambio en la rutina y estabilidad del niño siendo prematuro.

Se insta el incumplimiento del artículo 92.5 del Código civil. Así, el recurrente alega que se encargó del niño durante su nacimiento, además de aportar 400€ mensuales y alquilar un domicilio muy cercano del lugar de la progenitora. Además, cuenta con un buen salario y preparación, por ello la custodia exclusiva de la madre sería contrario al interés del niño, pues le privaría de una relación con su padre¹².

Por este motivo, el Ministerio Fiscal interesa que se estime el recurso por los mismos motivos alegados anteriormente. Estableciéndose en el fallo de la sentencia la custodia compartida con la forma de ejercicio siguiente:

- El reparto del tiempo se realiza en base a los principios de flexibilidad y mutuo acuerdo entre los progenitores.
- El progenitor no conviviente gozará de un amplio derecho de visita.
- Los alimentos se establecerán en función de los recursos económicos de cada uno de los progenitores y de las necesidades del niño, además del uso y disfrute de la vivienda familiar.

7.2. Cambio de custodia monoparental a custodia compartida

En la sentencia del Tribunal Supremo 1952/2022, a diferencia de la anterior, podemos ver una evolución en las características a la hora de establecer un cambio en el sistema de custodia.

En ella, el recurrente el recurrente, D. Cornelio interpone recurso de casación contra una sentencia, en la que la recurrida es Doña María Esther.

Los motivos de este recurso se basan igualmente en la vulneración del artículo 92 del Código civil. Específicamente se trata de valorar qué resulta más beneficioso para el interés del menor, atendiendo a las circunstancias concretas

¹² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de enero de 2018, fundamento jurídico segundo (ECLI:ES:TS: 2018:40).

del caso¹³.

Se postula ampliar la pernocta del domingo de semanas alternas para que la estancia de los progenitores con la niña sea la misma. D. Cornelio, viene disfrutando de un régimen de visitas, sin que se manifiesten distorsiones en su desarrollo psico-emocional por la ruptura de la convivencia de sus progenitores y por el régimen de visitas establecido. Además D. Cornelio convive con sus padres lo que ayudaría a la integración de la hija con la familia paterna.

Adicionalmente se considera que ha procedido un cambio de circunstancias pues al firmarse el convenio, la niña no alcanzaba los dos años, mientras que en la actualidad tiene 9 años. Además, el padre ha sido absuelto del delito de violencia sobre la mujer, que hasta ahora le impedía establecer un régimen de custodia compartida.

En definitiva, a lo que se quiere llegar es que el mero transcurso del tiempo y la adaptación del niño a una custodia monoparental no sea condición para negar una futura custodia compartida¹⁴.

Así se establece en el fallo de la sentencia la estimación del recurso de casación interpuesto por el recurrente, además de casar y anular la sentencia recurrida, estableciéndose un régimen de custodia compartida.

7.3. Custodia compartida y protección del interés del menor

En esta sentencia del Tribunal Supremo número 2307/2022 realizaremos un análisis exhaustivo de cómo se ve aplicado el principio del interés del menor. En ella, Doña Paloma interpone recurso de casación contra la sentencia n.º 523/2021 dictada por la Audiencia Provincial de Murcia, en la que fue parte recurrida Don Florentino, y en la que también fue parte el Ministerio Fiscal.

El recurso se funda en la impugnación del sistema de custodia compartida que se estableció en la sentencia que se recurre por considerarse contrario al interés del menor y por no seguirse los presupuestos legales y jurisprudenciales para su adopción¹⁵.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2022, fundamento jurídico segundo (ECLI:ES:TS: 2022:1952).

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2022, fundamento jurídico quinto (ECLI:ES:TS: 2022:1952).

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 2022, fundamento jurídico

Se discute sobre la idoneidad o no de incluir un informe psicológico, en el que el Tribunal Supremo reconoce su carácter no vinculante, no obstante, cuando no exista acuerdo entre los progenitores, este informe forense adquiere siempre una importancia crucial, tal y como se desprende del artículo 92.9 CC, informes han de ser valorados en beneficio del menor. Además, la ya estudiada reforma de 2005 establece que la finalidad de estos informes es la formación de la opinión del juez y que por ello han de figurar en el procedimiento los informes, que no son vinculantes, como hemos mencionado con anterioridad, por lo que el juez sólo ha de valorarlo al efecto de tomar la decisión más acertada sobre el interés superior del menor.

¿Pero qué ocurre con la decisión del juez? Bien, una vez tomada esta decisión, se somete al criterio del escrutinio general, siendo solo revisada cuando la toma de decisión: sea arbitraria, como sucedió con la STS de 1 de octubre de 2010¹⁶, llegue a conclusiones erróneas, como ocurrió con las SSTS de 10 de marzo de 2010¹⁷ y 8 de octubre de 2009¹⁸, porque el juez no aprecia y expresa las razones de su decisión, ya que existe el requisito de la motivación de las sentencias para evitar situaciones de arbitrariedad como se muestra en el artículo 120.3 de la Constitución Española y en el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la práctica lo vemos reflejado en la STS de 7 de abril de 2011¹⁹.

Bien, en el caso que estudiamos se procede al establecimiento de un sistema de guarda y custodia compartida por semanas, por ser el sistema más adecuado para el niño. Además, podemos decir que la jurisprudencia viene haciendo énfasis en este sistema pues como se desprende de la STS de 29 de noviembre de

primero (ECLI:ES:TS: 2022:2307).

¹⁶ En este sentido la sentencia establece «a la vista de los anteriores razonamientos, debe confirmar la sentencia pronunciada en la primera instancia, acordando la guarda y custodia compartida del menor, a la vista del informe favorable del Ministerio fiscal y teniendo en cuenta los informes de los servicios psico-sociales, que se mostraban favorables a dicho régimen, porque lo contrario sería otorgar virtualidad a la vulneración del principio de proscripción de la arbitrariedad del que es reflejo la sentencia objeto de recurso» Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de octubre de 2010, fundamento jurídico sexto.

¹⁷ Fundamento jurídico sexto (ECLI:ES:TS: 2010:962).

¹⁸ Se establece «de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 476, 2, 4 LEC, al regular los efectos de la admisión de los recursos extraordinarios por infracción procesal, la Sala anulará la resolución recurrida y ordenará que se repongan las actuaciones al estado y momento en que se hubiese incurrido en la infracción o vulneración», sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, fundamento jurídico octavo.

¹⁹ Reflejo de ello lo encontramos con «el juez no está vinculado por los informes de los profesionales, que debe apreciar y expresar las razones de su decisión, porque las sentencias deben ser siempre motivadas» en Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de abril de 2011, fundamento jurídico cuarto.

2013, este sistema debe considerarse como «incluso deseable»²⁰, al permitir la efectividad del derecho de los padres a relacionarse con los hijos y viceversa, aun es situaciones de crisis, siempre que las circunstancias lo permitan.

El caso que nos ocupa, la prueba practicada en la vista no conlleva causas que impidan el establecimiento de un sistema de guarda y custodia compartida, sistema que solicita el Ministerio Fiscal, pues en el matrimonio cada uno tiene su propio domicilio. Así, de un informe pericial, se concluye que la demandada tiene las habilidades parentales necesarias para el cuidado del menor, y de otro informe pericial, se reconocen las habilidades de la madre.

Por un lado, el padre insta como obstáculo a una guarda y custodia compartida los problemas de alcohol de la madre, no obstante, este obstáculo desaparecería para él cuando se superara el problema del alcohol. Por otro lado, la recurrente alega que el informe más completo es el que considera que la custodia de la madre era la elección más idónea.

Así, la Audiencia confirma la jurisprudencia del Tribunal Supremo, afirmandose en la postura de la custodia compartida, puesto que se ven acreditados los siguientes hechos:

Se dan por válidas las conclusiones respecto del informe forense, en el que se manifiestan las habilidades parentales de ambos progenitores.

Tras explorar al menor se observa que tiene una perfecta adaptación al nivel escolar, social y personal, además de no mostrarse reticente a ninguno de los progenitores,

La progenitora no evidencia problemas por exceso de alcohol además de poseer buenas capacidades que satisfagan las necesidades del niño en cualquier régimen de custodia o visita, a pesar de sufrir en el pasado una sintomatología ansioso-depresiva, considerándose sus trastornos sanados, como se desprende del alta de su Centro de Salud Mental.

Por todos estos datos la Audiencia considera el mantenimiento de la custodia compartida, con el mismo régimen de visitas puesto que las disputas en materia sanitaria y de educación del niño no son obstáculo suficiente para un

²⁰ «la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea». Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2013, fundamento jurídico tercero (ECLI:ES:TS: 2013:5641).

régimen distinto. Por ello la madre interpone el presente recurso de casación fundado en los siguientes motivos:

Primer motivo: la recurrente insta la vulneración del principio *favor filii*²¹, del artículo 92.5 y 8 CC, por ser la aplicación incorrecta. En el desarrollo de este motivo se alega la doctrina de la sala en la que es requisito que la custodia compartida se pida por al menos un progenitor, y en el presente supuesto no se solicita, sino que acordada fue la causa de impugnación por ambas partes en sus recursos. Este motivo se desestima, puesto que para la adopción de la custodia compartida es requisito además de la solicitud de uno de los progenitores, una decisión que se base en un plan en beneficio de los hijos.

No obstante, lo que omite la recurrente es que el motivo por el que el Ministerio Fiscal. Solicita la custodia compartida es que hasta el momento el menor pasó menos noches con el padre y más noches al mes con la madre. Para evitar conflictos entre ambos. Por ello, la razón por la que el juzgado adoptó la custodia compartida se basó. En el dato de que, en la actualidad se está llevando a cabo un sistema en el que el menor no está con el padre. Sin aportar ese elemento probatorio de que ello no resulte adecuado para el menor. En definitiva, el Tribunal cuenta con la realidad de cómo se desarrollaba el sistema de guarda y valoró si el sistema de custodia compartida era o no era, el adecuado para el interés del menor. Aun cuando no se acompañaban los escritos de ninguna de las partes.

Todo ello debe ponerse en relación con las doctrinas constitucionales y jurisprudenciales sobre la flexibilidad de la aplicación de las normas cuando se trata de hacer efectivo el interés del menor. Esta flexibilidad la podemos ver manifestadas en sentencias del Tribunal Constitucional como la 178/2020²², de 14 de diciembre o 4/2001, de 15 de enero²³.

²¹ Proviene del latín que significa «a favor del hijo o del menor» y se refiere al pilar informador que vincula la legislación actual como las resoluciones de los Tribunales en materia donde exista la presencia de menores, que mayoritariamente residen en el escenario familiar. IBANEZ RAYO, Jaume, «¿Qué es el favor filii?», en *Blog El Letrado Sentado*, 6 de junio, 2021, www.elletradoentado.com.

²² Así «este tribunal entiende necesario retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia de la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de junio de 2015 (rollo de apelación núm.1061-2014), para que, si el órgano judicial así lo estima, obtenga y verifique toda la información que resulte precisa para asegurarse de que la decisión que acuerde respecto al mantenimiento o alteración de los apellidos resulte beneficiosa para la menor, cuyos intereses son prevalentes», Sentencia del Tribunal Constitucional, fundamento Jurídico tercero, 14 de diciembre de 2020, «BOE» núm. 22, de 26 de enero de 2021, páginas 7620 a 7633 (14 págs.).

²³ En la presente sentencia se estableció que «la omisión de un término válido de comparación

En suma, atendiendo a las circunstancias fácticas y a la flexibilidad con la que se aplican las normas en beneficio del interés superior del menor, la custodia compartida no ha infringido el artículo 92 del Código civil así como tampoco la doctrina de la sala, debido a la carencia de solicitud de los escritos iniciales, por lo que este primer motivo del recurso se desestimó.

Segundo motivo: la parte actora insta el incumplimiento de ciertos criterios jurisprudenciales para el establecimiento de una custodia compartida, tales son:

— En 2018, el padre abandona el domicilio familiar, siendo la principal cuidadora, como se desprende de la sentencia de la Audiencia, la parte actora.

— Existen numerosas controversias entre ambos progenitores, siendo el único medio de comunicación entre ambos el correo electrónico.

— Los deseos del menor se encuentran viciados por la influencia paterna, por lo que no pueden ser concluyentes.

— Se produce una imagen distorsionada por parte del padre a la madre, que tiene como consecuencia una falta de respeto mutuo en las relaciones entre ambos.

Este segundo motivo, en el que el Ministerio Fiscal no comparte la misma opinión, es desestimado. Para ello se recurre a la jurisprudencia, como veremos a continuación.

La parte actora, recae todo el peso de la decisión en el contenido del informe psicosocial. Sobre ello, sentencias anteriores afirman que dichos informes han de someterse a un análisis jurídico por el tribunal, al igual que el resto de los informes. La falta de este análisis conllevaría la delegación en la toma de decisiones hacia el equipo psicosocial, no siendo lo constitucionalmente correcto, pues correspondería al tribunal. Podemos ver reflejado esta cuestión con anterioridad en la sentencia 705/2021, de 19 de octubre²⁴.

No obstante, la Audiencia analiza el informe pericial justificando por qué no se llegan a las mismas conclusiones que en el contenido en este:

— Ambos progenitores cuentan con la capacidad para cuidar del niño, no existiendo ningún tipo de rechazo por parte del niño de relacionarse con

impide cualquier otra consideración al respecto y obliga a rechazar la lesión pretendida del citado derecho fundamental», Sentencia del Tribunal Constitucional, fundamento jurídico quinto, 15 de enero de 2001, «BOE» núm. 41, de 16 de febrero de 2001, páginas 25 a 29 (5 págs.).

²⁴ STS, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2021, fundamento jurídico noveno.

ninguno de ellos. Dejando en un segundo plano las disputas sobre el hijo en materia educativa y sanitaria entre los progenitores, al carecer de especial importancia.

— Sobre la custodia en exclusiva de la madre debido a las reticencias por parte del padre, indicadas en el informe del perito judicial, la Audiencia no comparte la misma opinión. Ésta aduce a la normalidad del régimen de visitas desarrollado sin incidentes, con pernoctas entre semana, así como la normal capacidad de los progenitores en todos los aspectos.

Con estos datos encima de la mesa, la presente sentencia, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, desestima el segundo motivo instado por la parte actora. Debido a la aplicación de una manera correcta y racional el principio de protección del interés del menor que lleva a la preferencia del sistema de guarda y custodia compartida.

Como podemos observar en esta sentencia, a diferencia de las demás analizadas, se opta por una custodia compartida a pesar de que el recurso se interponga por la madre. Podemos ver de esta sentencia que se desprende una doctrina basada en el principio de parcialidad, igualdad y capacidad, doctrina que será aplicada en cuestiones de similar materia, de aquí la importancia que irradia la analizada Sentencia del Tribunal Supremo 2307/2022, de 31 de mayo.

Finalmente procederemos a analizar la sentencia, a nuestro juicio más destacada y actual.

7.4. Uso de vivienda ganancial en régimen de custodia compartida

En la actual sentencia del Tribunal Supremo número 1009/2023²⁵, abordaremos el tema de la conexión entre la custodia compartida y la atribución de la vivienda habitual en función de ciertos criterios.

Se interpone recurso de casación por Don Marino, contra la sentencia n.º 114/2022, de 9 de febrero. Es parte recurrida Doña Paloma y ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Para introducir la cuestión, el recurso se plantea en un procedimiento de divorcio, en el que se discute la atribución del uso de la vivienda ganancial en la

²⁵ STS, Sala de lo Civil, de 31 de enero de 2023 (ECLI:ES:TS: 2023:1009).

que las partes tienen una hija en común sobre la que se ha establecido un régimen de custodia compartida.

En el auto de las medidas acordadas en el procedimiento de divorcio, se acordó atribución de la vivienda a la madre de la niña, ya que el padre poseía una vivienda de alquiler en la población en la que estudia la hija.

Don Marino dispuso en la contestación a la demanda de divorcio que el uso de la vivienda se hiciera hasta que la sociedad de gananciales se liquidara, con un tiempo máximo de dos años. Se desestimó su petición debido a que la niña vivía en la vivienda familiar durante la estancia con su madre siendo su interés el que necesita más protección.

Por todo ello el padre interpone el presente recurso de casación.

El motivo del recurso es la infracción del art. 96.II del Código civil y vulneración de la doctrina jurisprudencial de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo en la que consta la atribución del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida.

La primera de las infracciones, como hemos mencionado, proviene del artículo 96.II CC, que dice así «cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente», en el caso que nos ocupa se estimó que lo procedente es que el uso se atribuyera a la madre. No obstante, la parte actora instaba que el uso fuera temporal como mencionamos anteriormente. Se apela que la esposa tiene los recursos económicos suficientes para proporcionarse una vivienda, cuyos datos económicos se muestran en la presente sentencia, además de que el inmueble pertenece a ambos al cincuenta por ciento.

La parte recurrida asegura, en su escrito de oposición, que sentencia no es contraria a la doctrina de la sala, como alega la parte actora. Ello es debido a que la atribución temporal de este derecho se realiza si el beneficiario del derecho no puede acceder a una vivienda en la que se pueda desarrollar la custodia compartida de una forma eficaz. Tal es el caso, puesto que la madre de la niña y beneficiaria se halla en el paro desde octubre de 2021 y no tiene en su poder vivienda alguna.

A continuación, expondremos la doctrina actual de la sala en esta materia.

Partimos de la base de que el legislador no ofrece criterios en lo que respecta a la atribución del uso de la vivienda familiar cuando el sistema de los hijos menores es la custodia compartida. Pese a las numerosas reformas que hemos

estudiado a lo largo de este estudio, ninguna se ocupa de establecer estos criterios. Por ello se toma en la sentencia la estructura y redacción del art. 96 del Código civil anterior a la reforma que la modificó por la Ley 8/2021, de 2 de junio (en vigor desde el 3 de septiembre de 2021).

Como solución, la jurisprudencia interpreta el artículo 96 del Código civil. Así, no se aplica el criterio comprendido en el art. 96.I referido a la atribución en exclusiva de los niños a uno de los padres, debido a que en la custodia compartida ambos son custodios.

Como no se puede aplicar el anterior precepto se intenta encontrar la solución en el artículo 92.III del Código civil que trata las situaciones de matrimonio sin descendencia, solución que, como podemos observar, tampoco se encuentra aquí.

La solución más adecuada que ha encontrado la sala se ubica en el art 96 II CC, en el que se habla de los supuestos en los que la custodia de los menores es distribuida entre sus padres, quedando unos en compañía de uno y los otros en la del otro. La similitud en este supuesto solo la encontramos en el caso de que ambas partes tienen el estatus de progenitores custodios.

Ejemplos de esta solución la podemos encontrar en las sentencias; 51/2016, de 11 de febrero²⁶; 42/2017, de 23 de enero²⁷; 513/2017, de 22 de septiembre²⁸, 95/2018, de 20 de febrero²⁹, etc.

En definitiva, lo que viene a decirnos el presente precepto es que es el juez quién resolverá lo que estime correcto en función de los intereses que están encima de la mesa. Por ello, lo que se cuestiona aquí es la falta de concreción, que es lo que origina numerosas controversias. Así, se establecen ciertos elementos para que no se produzcan decisiones arbitrarias. Tales elementos o circunstancias son:

- Atender al interés más necesitado de especial protección, siendo tal interés el que permite la estancia de los niños con ambos progenitores.
- Quien es el titular de la vivienda.

²⁶ «De acuerdo con el art. 96.2 CC, 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», STS, Sala de lo Civil, de 11 de febrero de 2016, fundamento jurídico sexto.

²⁷ ECLI:ES:TS: 2017:168.

²⁸ ECLI:ES:TS: 2017:3323.

²⁹ STS, Sala de lo Civil, de 20 de febrero de 2018, fundamento jurídico cuarto.

Entonces, según la doctrina se hace posible la atribución del uso de la vivienda al progenitor con más dificultades de acceso, siempre que sean objetivas. Tales circunstancias, pueden ser: no tener otra vivienda, no ser titular de la vivienda, tener menores ingresos, etc. Es decir, las circunstancias se establecen para que el menor pueda tener acceso a pasar tiempo con ambos cónyuges en un régimen de custodia compartida, sin que la persona con menos recursos pueda ver menoscabado su derecho. No obstante, se establecerá una duración para ello para que no se produzcan abusos, duración que coincide con la comprendida en el art. 96.III CC.

Ejemplo de ello lo podemos encontrar en la sentencia 95/2018, de 20 febrero, que expresa «cuando se valora que no existe riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida, pues el progenitor está en condiciones, por su situación económica, de proporcionar una vivienda adecuada a sus necesidades, el criterio de la sala es el de que no procede hacer la atribución indefinida de uso de la que fue la vivienda familiar y deben armonizarse los intereses contrapuestos, el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse con el otro en una vivienda»³⁰.

Se han establecido una serie de plazos para el uso de la vivienda familiar, que valorando y motivando cada caso:

- Pueden comprender desde un año a tres años.
- Un uso por anualidades alternas.
- Un uso hasta que se liquide la sociedad de gananciales.

Finalmente, pasaremos a indicar como se resolvió el presente supuesto, que ha dado lugar a una numerosa doctrina aplicada a casos similares, de ello radica la importancia del análisis de la presente sentencia. Bien, las circunstancias calificadas son las siguientes:

- El inmueble familiar ganancial es cotitularidad de ambos cónyuges.
- Se procedió a un reparto parcial de veinte mil euros de los bienes.
- La recurrida vive en una pequeña población.
- El recurrente se encuentra en una población cercana donde estudia su hija, en una vivienda de alquiler.

³⁰ STS, Sala de lo Civil, de 20 de febrero de 2018, fundamento jurídico tercero.

- La recurrida se encuentra en el paro y con suficiente cualificación en su materia que le permite acceder al mercado laboral.
- La hija común alcanza la mayoría de edad en marzo del año actual.
- Ambas partes contribuyen a los gastos de habitación y alimentación en sus periodos de custodia.
- El recurrente ha de abonar una pensión de doscientos euros mensuales y un setenta por ciento de los gastos extraordinarios.
- La recurrida ocupa la vivienda familiar desde agosto de dos mil veinte.

Analizando las circunstancias anteriores, se llega a la conclusión de que el interés más necesitado de protección es el de la recurrida, es decir, el de la madre, por ello se le atribuyó la vivienda no de una forma definida. Además, existe una diferencia en la capacidad económica de los progenitores que conlleva que el padre tenga que abonar la citada pensión de alimentos. No obstante, la diferente capacidad económica no se puede aludir como motivo suficiente para atribuir la vivienda familiar ganancial de una manera indefinida.

A todo ello debe resaltarse la importancia de que la hija se encuentra muy cercana a la mayoría de edad, lo que conlleva que se extinga el sistema que se ha venido aplicando de guarda y custodia.

Sobre lo anterior, la jurisprudencia en ocasiones aplica el artículo 96. III CC, mencionado anteriormente para una situación del uso de la vivienda familiar en la que no hay hijos, siendo adjudicada al cónyuge que necesite una protección más especial, no obstante, esta tampoco podrá realizarse por tiempo indefinido.

Así, la doctrina alude que el quebranto de estas situaciones podría conllevar a la apreciación de una verdadera expropiación de la vivienda que se fundaría en el inexistente principio de solidaridad conyugal, sacrificando el interés material del cónyuge que cuente con mayor capacidad económica en beneficio del cónyuge más necesitado de especial protección y, por ende, que cuente con menor capacidad económica.

Como ejemplo de ello podemos encontrar las siguientes sentencias: sentencias de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo: 624/2011, de 5 de

septiembre³¹; 315/2015, de 29 de mayo³²; y 527/2017, de 27 de septiembre³³, etc.

Por todo lo mencionado anteriormente, se aprecia la limitación del uso de la vivienda conyugal en el presente caso.

No obstante, como mencionamos al principio de esta sentencia el recurrente solicitó una limitación hasta la liquidación de la sociedad de gananciales o de un plazo máximo de dos años, pero sin concretar el momento desde el cual se tenía que comenzar a contar el plazo. Posteriormente en este recurso de casación se solicita un año desde la primera sentencia, un plazo que se considera insuficiente dado cuenta de que el plazo cumple pocos días después.

Como guinda de esta sentencia explicaré lo sucedido, aunque no sea el motivo del análisis de la sentencia, puesto que el motivo ha sido la numerosa jurisprudencia que ha desprendido la presente sentencia.

En definitiva, atendiendo a doctrinas anteriores, y con el fin de adaptarse a la nueva situación de acuerdo con las circunstancias que se manifestaron con anterioridad, en la correspondiente sentencia se decidió estimar el recurso

³¹ «La aplicación de esta doctrina determina la estimación de esta parte del motivo o submotivo, pues la decisión de los hijos mayores de convivir con el padre no debió considerarse factor determinante a la hora de privar a la esposa de su derecho a usar el domicilio familiar, una vez acreditado y no discutido que las circunstancias en ella concurrentes lo hacían aconsejable por ser su interés el más necesitado de protección», Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de septiembre de 2011, fundamento jurídico cuarto (ECLI: ES:TS: 2011:6237).

³² «La atribución del uso de la vivienda sin limitación temporal alguna, vulnera lo dispuesto en el art. 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 cada 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 ya se ha cumplido desde el momento en que la esposa ha dispuesto en estas circunstancias de la vivienda desde hace varios años», Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de mayo de 2015, fundamento jurídico segundo (ECLI: ES:TS: 2015:2220).

³³ «Superada la menor edad de los hijos, la situación del uso de la vivienda familiar queda equiparada a la situación en la que no hay hijos a que se refiere el tercer párrafo del art. 96 CC y la adjudicación al cónyuge que esté más necesitado de protección no puede hacerse por tiempo indefinido, pues según la doctrina de la sala ello «parece más una expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada 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», Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de septiembre de 2017, fundamento jurídico tercero (ECLI: ES:TS: 2017:3439).

interpuesto por el padre, Don Marino contra la sentencia de 9 de febrero de 2022. No obstante, el derecho de uso de la vivienda se fija en un año, pero en este caso, desde la notificación de la sentencia que estamos analizando y sólo en el caso de que no se haya llevado a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales con anterioridad.

8. CONCLUSIONES

Finalizado el análisis del régimen de guarda y custodia compartida, así como las últimas tendencias jurisprudenciales, incidiendo fundamentalmente en la doctrina más actual, es menester, presentar una serie de conclusiones que sinteticen el contenido de este estudio.

Primera. - La institución del matrimonio ha sufrido grandes transformaciones en nuestro país, prueba de ello es el inicio de una institución basada en la religión a una plenamente libre en la que prima la libre voluntad de las partes a la hora de su establecimiento.

Segunda. - La Constitución actual de 1978 produjo un cambio en todos los sentidos, incidiendo también en la institución de la materia a analizar. Ejemplo de ello ha sido la declaración de inconstitucionalidad cuando el Código civil no se ajustaba a los principios de igualdad, libertad, justicia y pluralismo.

Tercera. - A la hora de ubicar la regulación sobre la guarda y custodia, su esencia se haya en el Capítulo IX del Código civil, en especial en su artículo 92. No obstante y como se indicó en la conclusión anterior la sociedad y las normas han ido evolucionando, por lo que para llegar a un régimen como el actual se han producido numerosas modificaciones.

Cuarta. - No obstante, para poder llegar a una completa comprensión y conocimiento de este régimen hay que adentrarse en la aplicación de estos cambios y en la norma actual. Para ello se ha realizado un análisis exhaustivo de las últimas tendencias jurisprudenciales en las que hemos podido comprobar, como el reparto del tiempo entre los progenitores con el niño se establece en base a criterios de flexibilidad y mutuo acuerdo, como se establecen los derechos de visita y el establecimiento de los alimentos y necesidades del niño, cómo y en qué ocasiones puede apreciarse un cambio de un sistema de guarda y custodia monoparental a un sistema de guarda y custodia compartida, la protección del interés del menor con relación al principio de parcialidad, igualdad y capacidad y finalmente cómo se establece el uso de la vivienda ganancial en este tipo de

sistemas y los posibles cambios en el uso en función de las circunstancias impetantes en el momento.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acedo Penco, Ángel, *Compendio de Derecho de Familia*, editorial Dykinson, Madrid, 2022.
- Acedo Penco, Ángel, «La custodia compartida de los hijos menores tras la separación y el divorcio: implantación, avatares legislativos y evolución jurisprudencial de los aspectos fundamentales del régimen vigente en España», en *Revista de Dreptul Familiei*, número 27, 2022.
- Espigado Tocino, Gloria, «Revolución burguesa, Estado liberal y género: La ley de matrimonio civil de 1870», *Alcores: revista de historia contemporánea*, nº 13, 2012, págs. 43-61.
- Ibanez Rayo, Jaume, «¿Qué es el favor filii?», en *Blog El Letrado Sentado*, 6 de junio, 2021, disponible en www.elletradosentado.com, consultado el 22 de julio de 2023.
- Marín López, Manuel Jesús, «La audiencia del menor en los procesos matrimoniales tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el régimen de la separación y el divorcio», en revista *Derecho Privado y Constitución*, nº 23, 2009, págs. 249-283.
- Montero Aroca, Juan, *El Convenio Regulador en la Separación y en el Divorcio*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2002.
- Navarro Fajardo, J., «El Derecho a la Custodia de los Hijos de los Padres Separados», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1189, 2, 1979.
- Pinto Andrade, Cristóbal, «La custodia compartida en la práctica judicial española: Los criterios y factores para su atribución», en *Revista de Misión Jurídica*, número 9, diciembre, 2015.
- Raguer i Suñer, Hilari, «El Concordato de 1953: de la gloria a la papelera», en la revista *Razón y fe*, tomo 248, nº. 1259-1260, 2003, págs. 147-162.

LAURA ANTÚNEZ ROMERO
Investigadora predoctoral de Derecho civil
Universidad de Extremadura
laantunez@alumnos.unex.es
Orcid: 0009-0007-2324-3266