



---

# Universidad de Valladolid

## Facultad de Derecho

### Máster de Acceso a la Abogacía 2023-2024

## La custodia compartida en supuestos de crisis matrimoniales

Presentado por:

**Leyre Aizpuru Grau**

Tutelado por:

**Andrés Domínguez Luelmo**

En Valladolid a 1 de febrero de 2024





## **RESUMEN**

A lo largo de este Trabajo de Fin de Máster de Acceso a la Abogacía trataremos de analizar y definir el régimen de custodia del menor tras las crisis matrimoniales, y más en concreto el régimen de custodia compartida.

Trataremos los distintos tipos de guarda y custodia, los presupuestos legales y los criterios para la adopción del régimen de guarda y custodia compartida, y de qué manera se pueden delimitar cuestiones que adquieren tanta relevancia en estos supuestos como la pensión de alimentos, el establecimiento de un régimen de comunicación y visitas entre progenitores y el menor o qué ocurre con la vivienda familiar.

Por último, estudiaremos cuáles son las conclusiones que emanan del supuesto de hecho planteado empleando la información expuesta.

## **ABSTRACT**

Throughout this Master's Thesis we will try to analyze and define the child custody regime after the marital crisis, and more specifically the shared custody regime.

We will discuss the different types of guardianship and custody, the legal assumptions and criteria for the adoption of the shared custody regime, and how to delimit issues that acquire so much relevance in these cases such as alimony, the establishment of a regime of communication and visits between parents and the child or what happens with the family home.

Finally, we will study which are the conclusions that emanate from the factual assumption raised using the exposed information.

## **PALABRAS CLAVE**

Patria potestad, guarda y custodia, progenitores, interés superior del menor, pensión de alimentos, régimen de comunicación y visitas, vivienda familiar.

## **KEY WORDS**

Parental authority, custody, parents, best minor interest, alimony food, visiting arrangements, family home.



# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	1
1. SUPUESTO DE HECHO .....	1
2. LA PATRIA POTESTAD.....	3
3. LA GUARDA Y CUSTODIA.....	5
3.1 Concepto .....	5
3.2 Modalidades.....	6
3.2.1 Guarda y custodia exclusiva.....	7
3.2.2 Guarda y custodia compartida o alterna.....	8
3.2.3 Guarda y custodia distributiva o partida .....	11
3.2.4 Guarda y custodia ejercida por un tercero.....	12
3.3 Presupuestos legales para la adopción del régimen de custodia compartida .....	13
3.3.1 Adopción de la guarda y custodia compartida con acuerdo entre los progenitores o de mutuo acuerdo. ....	15
3.3.2 Adopción de la guarda y custodia compartida a instancia de uno de los progenitores	16
3.3.3 Supuestos en los que no procede la adopción de la guarda y custodia compartida .....	17
3.4 Criterios para la atribución de la guarda y custodia compartida y la concreción del interés superior del menor.....	18
3.4.1 La edad del menor .....	19
3.4.2 La opinión o los deseos manifestados por el menor .....	20
3.4.3 Las aptitudes y voluntad de los progenitores .....	21
3.4.4 Arraigo familiar del menor y la proximidad de domicilios .....	22
3.4.5 Los informes técnicos .....	23
4. LA PENSIÓN DE ALIMENTOS .....	24
5. RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN Y VISITAS .....	26
6. VIVIENDA FAMILIAR.....	28
6.1 Atribución del uso de la vivienda familiar al menor .....	29
6.2 Atribución del uso de la vivienda cuando el cónyuge se encuentra más necesitado de protección.....	30
6.3 La no atribución del uso de la vivienda a ningún progenitor .....	31
CONCLUSIONES.....	33
LEGISLACIÓN .....	37
JURISPRUDENCIA.....	40
Sentencias y autos del Tribunal Supremo .....	40
Sentencias del Tribunal Constitucional .....	42

Sentencias de la Audiencia Provincial.....	42
<b>BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA.....</b>	<b>44</b>

## INTRODUCCIÓN

A lo largo de este Trabajo de Fin de Máster de Acceso a la Abogacía trataremos la custodia compartida en los supuestos de crisis matrimoniales. Se planteará un supuesto de hecho a partir del cual elaboraremos un dictamen jurídico analizando cuáles son los distintos institutos jurídicos afectados.

Abordaremos los distintos tipos de custodia existentes, prestando especial atención a la guarda y custodia compartida, y todos aquellos elementos que puedan estar relacionados como el hecho de si debe fijarse una pensión de alimentos, cómo debe gestionarse el régimen de comunicación y estancia o qué ocurre con la vivienda que antes de la crisis matrimonial suponía el domicilio familiar, Para ello, utilizaremos la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Audiencias Provinciales.

Una vez ha sido expuesto el caso a tratar y teniendo en cuenta toda la información expuesta, elaboraré unas conclusiones que ofrezcan un análisis de la cuestión planteada.

### 1. SUPUESTO DE HECHO

Con fecha 16 de abril de 2018, El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Valladolid dictó Sentencia núm. 13/2018 por la que se aprobaba así el Convenio Regulador suscrito por Don Mariano Sanz Gil y Doña Laura Olmedo López en fecha 15 de enero de 2018. Esta pareja contaba con un único hijo, Pablo Sanz Olmedo, de 9 años de edad.

En este Convenio Regulador suscrito por ambas partes, se establecía como medidas paterno filiales, entre otras, las siguientes:

**PRIMERA.- CUSTODIA DEL HIJO COMÚN DE LA PAREJA, EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD**

Como previamente se ha expuesto, ambos son padres de un hijo, Pablo Sanz Olmedo, el cual queda por expreso deseo de las partes bajo la guarda y custodia compartida.

Ambos progenitores compartirán las facultades inherentes a la patria potestad y se comprometen expresamente a consultarse con anterioridad sobre cualquier cuestión que afecte al menor y que suponga un cambio en su vida, así como en materia de salud y educación, tomando todas las decisiones que le afecten de mutuo acuerdo.

## SEGUNDA.- VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR

El domicilio familiar, que lo tienen los progenitores en régimen de hipoteca, se atribuye el uso y disfrute a la madre en exclusiva, quien permanecerá en el hasta que el niño cumpla la mayoría de edad y el bien pueda ser vendido o cedido uno al otro en el futuro, haciéndose este cargo de los suministros y el pago de la comunidad. El pago de la hipoteca y gastos derivados de ella correrá de cargo de ambos titulares por partes iguales.

## TERCERA.- ALIMENTOS Y BASES DE ACTUALIZACIÓN

Cada progenitor asumirá la manutención del menor de la forma interesada por las partes cuando el niño esté en compañía de uno de ellos.

## CUARTA.- RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN Y ESTANCIA

Respecto al régimen de visitas, es deseo de ambos progenitores flexibilizar al máximo el mismo, de modo que la separación incida lo menos posible en las relaciones del niño con sus padres.

El hijo común permanecerá una semana con cada progenitor. Este régimen quedará suspendido en verano, Navidad y Semana Santa, de modo que cada progenitor pueda disfrutar de la compañía del hijo la mitad de los periodos vacacionales conforme al Calendario Escolar Oficial que rija en Valladolid.

El progenitor custodio facilitará la comunicación diaria del hijo menor con el otro progenitor, bien sea telefónica o por cualquier otro medio audiovisual, respetando siempre las horas de descanso del menor.

Con fecha 25 de mayo de 2020, se presenta demanda de modificación de medidas solicitando la guarda y custodia exclusiva a favor de Don Mariano Sanz Gil y la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a favor de Don Mariano y del menor de edad. La presentación de esta demanda tenía fundamento en los malos cuidados que estaba profiriendo la progenitora al hijo de ambos como consecuencia de que ésta había comenzado a regentar un negocio de hostelería, explotado directamente por ella y otro trabajador a su cargo, lo que suponía una incompatibilidad manifiesta para ejercer correctamente la guarda y custodia y un obstáculo en la conciliación de la vida laboral y familiar. La desatención por falta de tiempo y la presión que ejercía sobre el menor para que tratara sus estudios de forma

correcta supuso un deterioro directo de la relación de la madre con el menor de edad, manifestando este último que quería vivir únicamente con su padre.

En la contestación a la demanda, la defensa de Doña Laura negó los hechos alegados por el demandante y solicitó mediante otrosí la exploración del menor por el equipo psicosocial a fin de poder valorar a qué se debe el cambio de actitud del menor hacia su familia materna.

Con fecha 11 de mayo de 2022 se dictó Sentencia por la que se denegó la exploración del menor por el equipo psicosocial, acordó que las visitas, dada la edad del menor, se dejarían al libre acuerdo entre Doña Laura y su hijo, se atribuyó la guarda y custodia del hijo menor exclusivamente al padre y se dejó sin efecto la atribución a Doña Laura del uso del domicilio familiar, sin que procediese atribuírselo a ninguno de los comuneros.

Una vez hemos expuesto el caso, trataremos de analizar y definir los distintos conceptos que se barajan en este supuesto de hecho, mostrando su regulación más reciente y cómo son abordados tanto doctrinal como jurisprudencialmente.

## **2. LA PATRIA POTESTAD**

La patria potestad es el conjunto de atribuciones, deberes y derechos que tienen los padres sobre los hijos no emancipados, independientemente de si estos progenitores se encuentran casados entre sí o no, ya que dicha relación se fundamenta en el vínculo paterno-filial. Debemos tener en cuenta que esta institución no recibe la misma denominación en todo el territorio español. En el Derecho común se emplea el término “patria potestad”, en Cataluña “potestad parental”, en Aragón “autoridad familiar” y en Navarra “responsabilidad parental”<sup>1</sup>.

Esta figura se encuentra regulada en el Código Civil (en adelante CC) en su Título VII, abarcado los artículos 154 a 170 (Capítulo I a Capítulo IV).

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se ha mantenido firme con el paso de los años en su posición de conceptualizar la patria potestad como una institución en favor de los

---

<sup>1</sup> DELGADO SÁEZ, J. *La guarda y custodia compartida: estudio de la realidad jurídico-práctica española*, Reus, Madrid, 2020, pág. 63.

hijos, pudiendo destacar la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) de 23 de julio de 1987<sup>2</sup> y más recientemente la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 106/2022, de 13 de septiembre<sup>3</sup> o la Sentencia núm. 382/2023 de 22 de marzo de la Audiencia Provincial de Málaga<sup>4</sup>. En el mismo sentido, el artículo 39. 2 y 3 de la Constitución Española (en adelante CE) determina que se asegura “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. (...). Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”. A su vez, la Convención sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 dispone en su artículo 3.1 que toda medida que concierna a un niño, adoptada por una institución, autoridad, órgano o tribunal deberá atender al interés superior del menor.

Entrando a definir en mayor magnitud la institución que tratamos, SÁNCHEZ CALERO enumera como principales características de la misma su “irrenunciabilidad, su intransmisibilidad y su temporalidad (ya que esta se extinguirá automáticamente cuando los menores no emancipados alcancen los 18 años)”<sup>5</sup>.

El artículo 156 CC establece que la patria potestad será ejercida conjuntamente por los progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro (teniendo en cuenta las salvedades que apuntan los artículos 111 y 170 CC) siempre en interés del menor, conforme a su personalidad y respetando sus derechos e integridad, tanto física como mental, comprendiendo los siguientes deberes y facultades indicados en el artículo 154 CC:

“1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

3.º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.”

---

<sup>2</sup> ECLI: ES:TS:1987:5414

<sup>3</sup> ECLI:ES:TC:2022:106

<sup>4</sup> ECLI:ES:APMA:2023:2534

<sup>5</sup> SÁNCHEZ CALERO, F.J. *Curso de Derecho Civil IV: Derecho de Familia y sucesiones*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 332.

Podemos entender de este artículo que la patria potestad puede dividirse en tres esferas diferentes: la personal, debiendo velar íntegramente por ellos, la patrimonial administrando sus bienes y, por último, la representación de los mismos a través de la guarda y custodia, figura integrada en la patria potestad<sup>6</sup>.

A su vez, y conforme al artículo 155 CC, los menores sujetos a patria potestad deberán obedecer a sus padres y respetarles, y contribuir a las cargas de la familia mientras convivan en ella.

### 3. LA GUARDA Y CUSTODIA

#### 3.1 Concepto

La guarda y custodia no aparece regulada en el Código Civil, al igual que no se establece un concepto determinado de la misma. Únicamente se enuncia en el Capítulo IX de esta ley en su artículo 90 y siguientes de distintas maneras como “guarda y custodia compartida”, “guarda conjunta” o “guarda compartida”.

Para intentar acotar este término, la doctrina ha procurado elaborar una definición de guarda y custodia compartida. Entre ellas podemos destacar la definición de ROCA TRÍAS, quien entiende que es “una situación consecencial del cese de la convivencia entre los progenitores en la que ambos se hacen cargo de la atención diaria del menor de edad, asumen conjuntamente la responsabilidad parental y comparten las necesidades económicas del menor”<sup>7</sup>. Por su parte, debemos destacar que la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, derogada actualmente, también se aventuró en su artículo 3 apartados a y b a definir tanto la custodia por régimen de convivencia compartida como la de régimen por convivencia individual<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> MARTÍNEZ CALVO, J. *La guarda y custodia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 28.

<sup>7</sup> ROCA TRÍAS, E. *Libertad y familia. Discurso leído el día 10 de diciembre de 2012 en el acto de recepción pública como académico de número*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 16.

<sup>8</sup> Artículo 3. Definiciones.

- a) “Por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial.
- b) Por régimen de convivencia individual debe entenderse una modalidad excepcional de régimen de convivencia, consistente en la atribución de la cohabitación con los hijos e hijas menores a uno sólo

En consecuencia, podemos afirmar que la guarda y custodia consiste en la alternancia de los progenitores en el cuidado de los menores a su cargo sin que dicha alternancia sea milimétricamente igualitaria pero que a su vez les permita cumplir con los deberes parentales, brindándoles los cuidados necesarios y fomentando una relación fluida entre ellos.

Ahora bien, es en los supuestos de crisis matrimoniales donde tendrá más peso el hecho de tener que diferenciar el concepto de patria potestad que manejábamos anteriormente con el de guarda y custodia ya que es en los supuestos de nulidad, separación y divorcio donde se dificulta el ejercicio del deber de guarda y custodia, ya que los progenitores no pueden tener continuamente a los menores en su compañía<sup>9</sup>. Ahora bien, tal y como señala el artículo 92.1 CC, “la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”.

Mientras que la patria potestad hace referencia al conjunto de derechos y deberes de los progenitores sobre los menores de edad no emancipados, la guarda y custodia únicamente podría ser ejercida por aquel con quien los menores convivan ya que ésta se basa en el conjunto de decisiones que los progenitores toman acerca de la vida cotidiana del menor con el que conviven. La patria potestad corresponde a ambos progenitores y solo sería posible perderla por los supuestos enumerados anteriormente. En cambio, la guarda y custodia solo la ostentaría aquel que convive con los hijos menores a su cargo, pudiendo atribuirse a ambos progenitores o solo a uno de ellos. Entendemos por tanto que la guarda y custodia forma parte de la patria potestad, y que esta segunda conlleva necesariamente la primera de ellas<sup>10</sup>.

### 3.2 Modalidades

Existen distintas modalidades de guarda y custodia, las cuales se pueden adoptar de mutuo acuerdo por los progenitores a través de un convenio regulador o por medio de decisión judicial. Es el artículo 92.6 CC el que establece que antes de acordar el régimen de guarda y custodia judicialmente se habrá de estar al interés del menor, a las alegaciones de las partes, a la prueba practicada y a la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos.

---

de los progenitores de manera individual, sin perjuicio del derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos o hijas menores adaptado a las circunstancias del caso”.

<sup>9</sup> MARTÍNEZ CALVO, J., *La guarda y custodia*, op.cit. pág. 29.

<sup>10</sup> SIERRA ABOGADOS & INVERSIONES. ¿Qué diferencia hay entre la custodia compartida y la patria potestad? < [¿Qué diferencia hay entre la custodia y la patria potestad? \(sierraabogados.es\)](http://sierraabogados.es)>.

Debemos poner de manifiesto que la modalidad de guarda y custodia no es inamovible, sino que puede ser modificada a solicitud de los progenitores. Si la decisión se toma de mutuo acuerdo, bastará con presentar una nueva propuesta de convenio regulador solicitando la modificación de medidas<sup>11</sup>. Por el contrario, si no existe acuerdo entre los progenitores, deberán solicitar las medidas que estimen en un procedimiento contencioso que seguirá los trámites del juicio verbal, con las particularidades enumeradas en el artículo 770 LEC<sup>12</sup>.

### 3.2.1 Guarda y custodia exclusiva

Hasta la modificación que introdujo la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio no se contemplaba otra modalidad en la ley.

La guarda y custodia exclusiva, individual o monoparental consiste en que se atribuye en exclusiva a uno de los progenitores, que será quien se encargue de tomar las decisiones correspondientes a la vida ordinaria y diaria del menor a su cargo. Independientemente de ello, podrá fijarse un régimen de visitas con el otro progenitor, quien podrá gozar de la compañía de su hijo en un tiempo más reducido que el progenitor custodio conforme a lo establecido en el artículo 94 CC.

La atribución de la guarda y custodia a un único progenitor no impide que ambos progenitores ostenten la patria potestad del menor.

Así se constituye esta modalidad de guarda y custodia como la más frecuente dentro de las posibilidades ofertadas por nuestro Código Civil, siendo el signo distintivo la diferencia entre los periodos de tiempo que disfruta el menor con cada uno de los progenitores<sup>13</sup>. En definitiva, esta conlleva que el menor se encuentre en contacto permanente con uno de los progenitores y ocasional con el otro progenitor a través del régimen de estancia o visitas.

---

<sup>11</sup> Este procedimiento queda regulado por el artículo 777.9 LEC. Será necesario recabar un nuevo informe del Ministerio Fiscal como consecuencia del cambio de medidas que afectan al menor.

<sup>12</sup> CRESPO LAW, ¿Es posible pasar de custodia compartida a custodia exclusiva?, <[¿Es posible pasar de custodia compartida a custodia exclusiva? | Crespo Law Abogadas de Familia](#)>.

<sup>13</sup> ÁGUEDA RODRÍGUEZ, M.A., *La guarda y custodia compartida y el interés superior del menor: supuestos de exclusión*. Hispalex, 2018, pág. 42.

Tal y como indica ÁGUEDA RODRÍGUEZ, el régimen normalizado de estancias contemplado por juzgados y tribunales como “régimen estándar” comprende “posibilidad libre y sin restricciones de comunicación padre-hijo (progenitor-hijo) por cualquier medio para ello, respetándose los hábitos de conducta del menor y su interés, así como visitas intersemanales de uno o dos días por la tarde (sin pernocta) y estancias de fines de semana alternos (con pernocta), como también la mitad de todas las vacaciones escolares. Las entregas y recogidas se realizarán en el domicilio habitual del menor”<sup>14</sup>.

Independientemente de que este sea el régimen considerado como ordinario o estándar, obviamente este puede presentar gran flexibilidad en función de las circunstancias tal y como sucede en la SAP Islas Baleares núm. 505/2013, de 20 de febrero<sup>15</sup> o más recientemente en la SAP Salamanca núm. 226/2023, de 5 de mayo<sup>16</sup>.

### 3.2.2 Guarda y custodia compartida o alterna

Como se comentaba con anterioridad, esta modalidad de guarda y custodia se contempló por primera vez en nuestro Código Civil tras la reforma introducida por la Ley 15/2005. El Legislador en 2005 se vio presionado por el devenir de la Jurisprudencia y la dinámica social, quienes reclamaban cada vez en mayor medida una igualdad real en el cuidado de los hijos<sup>17</sup>. Es por ello que en la propia exposición de motivos de la Ley 15/2005 se establece que entre los objetivos de la ley se encuentra “procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad”.

Sin embargo, pese a estar contemplada esta regulación en la Ley desde la reforma de 2005, se ha tratado de una institución prácticamente inaplicada durante los primeros años.

---

<sup>14</sup> ÁGUEDA RODRÍGUEZ, M.A., *La guarda y custodia compartida y el interés superior del menor: supuestos de exclusión*. op. cit., págs. 43-44.

<sup>15</sup> ECLI:ES:APIB:2013:505. “(...) otorgar la guarda y custodia del hijo menor a la madre, concediendo al propio tiempo el amplísimo régimen de visitas a favor del padre no custodio, no atiende a que, en rigor, se está en presencia de una guarda compartida, como la que se venía consintiendo tiempo atrás, de modo que se estaría en el caso de una situación "de facto" consagrada por el tiempo y por la propia decisión judicial a la que, sin embargo, se resiste darle el "nomen iuris" de guarda y custodia compartida, otorgándole la cualificación de guarda exclusiva, cuando, en la realidad, el reparto de tiempo de estancia del niño con ambos progenitores y de asunción de responsabilidades es equivalente”.

<sup>16</sup> ECLI:ES:APSA:2023:327.

<sup>17</sup> MARTÍNEZ SANCHÍS, N., *La guarda y custodia compartida en el derecho autonómico. Estado actual de la cuestión*. <[AJI-nº 5\(con portada\) \(gdibe.org\)](https://www.gdibe.org/)>.

Entre los motivos que se alegaban para denegar la guarda y custodia compartida era la falta de informe favorable del Ministerio Fiscal (obligatorio hasta la STC 185/2012, de 17 de octubre de 2012<sup>18</sup>), las malas relaciones entre progenitores o la edad del menor, entre otros motivos<sup>19</sup>. No fue hasta el año 2009 cuando la Magistrada de la Sala 1ª del Tribunal Supremo Doña Encarnación Roca Trías comenzó a fijar cuáles debían ser los criterios a seguir por el juez de primera instancia y Audiencias Provinciales para atribuir la guarda y custodia compartida. La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 623/2009, de 8 de octubre de 2009<sup>20</sup> fue pionera en este aspecto, señalando criterios a tener en cuenta 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”.

Posteriormente, diversa Jurisprudencia ha entendido que el asentamiento de la guarda y custodia compartida como modelo de organización tras la ruptura de la unión familiar fomentaba el desarrollo y la estabilidad emocional del menor y, con ello, aproximarle al modelo de vida previo a la ruptura matrimonial, permitiendo a su vez a los progenitores ejercer con plenitud los derechos y deberes intrínsecos a la responsabilidad parental en igualdad de condiciones<sup>21</sup>.

### 3.2.2.1 Submodelos de guarda y custodia compartida

---

<sup>18</sup> ECLI:ES:TC:2012:185.

<sup>19</sup> DELGADO SÁEZ, J. *La guarda y custodia compartida: estudio de la realidad jurídico-práctica española*, Op. Cit., pág. 44.

<sup>20</sup> ECLI:ES:TS:2009:5969. En el mismo sentido STS núm. 94/2010, de 10 de marzo (ECLI:ES:TS:2010:962), STS núm. 616/2014, de 18 de noviembre (ECLI:ES:TS:2014:4608), STS núm. 390/2015, de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2015:2736), STS núm. 133/2016, de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:973), STS núm. 135/2017 de 28 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:709) y STS núm. 656/2021, de 4 de octubre (ECLI:ES:TS:2021:3627).

<sup>21</sup> En este sentido STS núm. 495/2013, de 19 de julio (ECLI:ES:TS:2013:4082), STS núm. 757/2013, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2013:5641) y más recientemente SAP Madrid núm. 418/2022, de 13 de mayo (ECLI:ES:APM:2022:7368) y SAP Salamanca núm. 43/2023, de 1 de febrero (ECLI:ES:APSA:2023:24).

Como podemos imaginar, existen distintos submodelos o formas de organización de la guarda y custodia compartida<sup>22</sup>.

El primero de ellos es el de guarda y custodia compartida simultánea, donde tras producirse la ruptura de la unión familiar, ambos progenitores continúan viviendo en el mismo domicilio junto a los menores. De esta forma se permite que ambos progenitores puedan contribuir de forma igualitaria al cuidado de los menores y a la realización de las tareas del hogar.

La segunda submodalidad consiste en una guarda y custodia compartida a tiempo parcial, sin cambio de domicilio para los hijos. La jurisprudencia la denomina “guarda y custodia compartida casa nido”<sup>23</sup>. Tal y como indica la denominación, los menores permanecen en el domicilio familiar de forma permanente y son los progenitores quienes rotan la estancia. De esta forma se permite que los menores adquieran una mayor estabilidad al poder identificar una vivienda o domicilio como suyo, manteniendo sus pertenencias y costumbres ligadas a un único lugar. No es una modalidad muy popular como consecuencia del alto nivel de entendimiento que se exige entre los progenitores y la elevada inversión económica que supone<sup>24</sup>.

La tercera de ellas sería la guarda y custodia compartida a tiempo parcial con cambio de residencia para los hijos. Es la más utilizada en la práctica y consiste en que cada progenitor reside en un domicilio diferente, siendo deseable que se encuentren lo más próximos posible. Los menores residirán a tiempo parcial con cada progenitor y se trasladarán periódicamente entre viviendas. La jurisprudencia nombra a esta submodalidad como “guarda y custodia compartida sucesiva o alterna o alternativa o periódicamente alternada”.

La última de ellas sería la guarda y custodia compartida sin tiempo igualitario de estancia de los hijos con ambos progenitores. Su peculiaridad radica en que el menor convive con uno de los progenitores, pero el otro progenitor no limita el tiempo que puede disfrutar con su hijo, como por ejemplo recogiénolo del colegio, ayudándole a hacer las tareas por las tardes o pernoctando con él cuando el otro progenitor no pueda hacerse cargo.

---

<sup>22</sup> PÉREZ MARTÍN, A.J., *Posibilidad de fijar un sistema predeterminado de distribución de estancias en caso de custodia compartida*, Boletín de derecho de Familia El Derecho, núm. 110, 2011.

<sup>23</sup> SAP Asturias núm. 401/2023, de 13 de junio (ECLI:ES:APO:2023:2292).

<sup>24</sup> STS núm. 870/2021, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4950).

### 3.2.3 Guarda y custodia distributiva o partida

Esta modalidad de guarda y custodia se regula en el artículo 96.1 CC “(...). 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”. Es decir, tendrá lugar cuando los hijos menores sean separados y el Juez atribuya la custodia de unos hijos a uno de los progenitores y la de los restantes al otro progenitor. No es una modalidad de guarda y custodia muy común ya que lo deseable es no separar a los hermanos, siguiendo el principio de unidad familiar. Es más, el propio Código Civil en su artículo 92.5 se posiciona en disfavor de esta modalidad al establecer que “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”.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 530/2015, de 25 de septiembre<sup>25</sup> sostiene que “los hermanos sólo deben separarse en caso imprescindible pues lo conveniente es que los hermanos permanezcan juntos para favorecer el desarrollo del afecto entre ellos y si bien puede optarse por que los hermanos se separen, esa medida se tomarán de forma excepcional y especialmente motivada, demostrando ser más beneficio para los hijos como marco convivencia más adecuado para su desarrollo integral, pues si tras la separación los hijos dejan de convivir con ambos padres, los perjuicios pueden ser mayores si al mismo tiempo dejan de convivir con sus hermanos”. Sin embargo, y pese a estar desaconsejado por el tribunal Supremo, dicha modalidad de guarda y custodia sí que ha sido adoptada en ocasiones.

Siguiendo esta línea, el artículo 160.2 CC regula que “no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y

---

<sup>25</sup> ECLI:ES:TS:2015:3890. En el mismo sentido SAP Albacete núm. 12/2021, de 15 enero (ECLI:ES:APAB:2021:312), SAP Álava núm. 1045/2022, de 7 de julio (ECLI:ES:APVI:2022:1300), SAP Ourense núm. 743/2022, de 21 de octubre (ECLI:ES:APOU:2022:1101) y SAP Alicante núm. 30/2023, de 31 de enero (ECLI:ES:APA:2023:236).

nietos, no faculden la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores”.

#### 3.2.4 Guarda y custodia ejercida por un tercero

Se trata de una modalidad de guarda y custodia extraordinaria, regulada en el artículo 103.1 párrafo 2º cuando establece que “excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez”. Normalmente, este tipo de situación suele darse como consecuencia de una resolución administrativa de desamparo<sup>26</sup>, abandono o maltrato al menor, etc.

Respecto a esta modalidad de guarda y custodia resulta muy ilustrativa la SAP Granada núm. 205/2014, de 16 de mayo, Sección 5<sup>o</sup><sup>27</sup>, donde en su FD 2º establece que “Por tanto, la atribución de la guarda y custodia a una persona distinta de los padres ha de ser contemplada como una situación excepcional (en expresa dicción del art. 103 CC citado) en la que tal separación es necesaria para el interés superior del niño como indica el art. 9 de la Convención, lo que a título ejemplificativo tal precepto refiere a supuestos de maltrato o descuido por parte de los padres. Tales criterios pueden ayudar a definir el criterio-guía de búsqueda del superior o preponderante interés del menor, que atendidas las circunstancias que concurran en el caso concreto debe llevar a atribuir la custodia y cuidado de un menor a una tercera persona sólo si su atribución a los padres, conjuntamente o por separado, es perjudicial para el menor o no le permita disponer del entorno personal y material imprescindible para su bienestar, contemplado en el más amplio sentido, que en cambio sí podría hallar bajo el cuidado de esta tercera persona. No se trata propiamente de comparar las posibilidades que al menor le pueden brindar su guarda por sus padres o por terceros, sino de comprobar si lo que los padres pueden ofrecerle es apto para satisfacer sus necesidades afectivas y materiales y, en caso de que no sea así, analizar si otras posibles alternativas se lo brindan. De igual modo ha de recalcarse que las decisiones han de alejarse de criterios retribucionistas de castigo o recompensa, pues lo fundamental es el bienestar del menor, siendo relevantes los comportamientos anteriores de los padres o terceros en la

---

<sup>26</sup> IGLESIAS MARTÍN, C.R. *La custodia compartida: hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 87.

<sup>27</sup> ECLI:ES:APGR:2014:632.

medida en que los mismos puedan hacer entender que la permanencia del menor con ellos sea beneficioso o perjudicial para sus intereses”<sup>28</sup>.

### **3.3 Presupuestos legales para la adopción del régimen de custodia compartida**

Hasta la STS núm. 2037/2022, de 31 de mayo<sup>29</sup> no se vislumbraba como una opción posible que la guarda y custodia compartida fuera decretada de oficio por el Juez. Esto será posible si de la prueba practicada se entiende que este régimen es el idóneo para proteger el interés del menor. Entre los elementos a valorar por el Juez puede entrar en juego que en régimen de custodia exclusiva “se haya estado desarrollando un sistema de reparto igualitario del tiempo y de las funciones de guarda entre ambos progenitores y tal sistema ha funcionado adecuadamente”<sup>30</sup>. Anteriormente, solamente podía ser decretado este régimen de custodia si ambos progenitores o uno de ellos lo solicitaba.

A su vez, hemos de volver a incidir en que la doctrina señala que el hecho de que se determine el ejercicio de la custodia compartida por ambos progenitores no supone un reparto equitativo del tiempo atribuido a cada progenitor<sup>31</sup>. Es decir, independientemente de que sea solicitado que la guarda y custodia sea ejercida por ambos progenitores, estos no tienen por qué disfrutar del cincuenta por ciento exacto de dicho ejercicio, sino que el tiempo que el menor disfruta con cada progenitor será distribuido acorde a las circunstancias.

---

<sup>28</sup> Así sucede en la SAP Alicante núm. 113/2022, de 5 de mayo (ECLI:ES:APA:2022:794).

<sup>29</sup> ECLI:ES:TS:2022:2307. “Por estas razones debemos concluir que, en el presente caso, y en atención a las circunstancias fácticas expuestas y a la necesaria flexibilidad con que deben aplicarse las normas en aras a la tutela del interés superior del menor, la adopción de la custodia compartida no infringe el art. 92 CC ni la doctrina de la sala por el hecho de que en sus escritos iniciales ninguno de los padres la solicitara. El motivo fundamental por el que la sentencia recurrida establece este sistema de guarda respecto del niño atiende al dato de que, a pesar de que en medidas provisionales se atribuyó la guarda a la madre, de hecho, se vino desarrollando un sistema de reparto igualitario del tiempo y de las funciones de guarda entre ambos progenitores, lo que permitió al tribunal valorar la adecuación del funcionamiento de este sistema para satisfacer de la mejor manera posible, una vez producida la separación de los padres, a la protección del superior interés del menor”.

<sup>30</sup> ALIAGA CASANOVA, A.C., *Posibilidad de acordar la custodia compartida de oficio a la luz de la STS 437/2022, de 31 de mayo*, Cuaderno de Familia, Boletín jurídico de infancia, familia y capacidad de la asociación judicial Francisco de Vitoria, 3/2023.

<sup>31</sup> CAMPUZANO TOMÉ, H., *La responsabilidad parental y su ejercicio en supuestos de falta de convivencia de los progenitores: regulación actual del Código Civil y perspectivas de futuro*. Revista de Derecho Privado, 1/2017, Reus, Madrid, págs. 3-45 y CONTRERAS ROMERO, J., *Aspectos básicos de la Ley Valenciana de custodia compartida*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 60.

Como segundo requisito subjetivo se comprendió en un inicio la buena relación entre los progenitores como consecuencia de la influencia negativa que puede conllevar para el menor las disputas o el grado de conflictividad entre estos.

Esta cuestión se pone de relevancia en la Instrucción 1/2006 del Ministerio Fiscal, de 7 de marzo, sobre la guarda y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores cuando señala que “en todo caso, ha de partirse que para admitir la guarda y custodia compartida debe valorarse especialmente la existencia una buena relación entre los progenitores que les permita postergar su desencuentro personal en aras al beneficio del hijo común (vid. SAP Las Palmas nº 327/2004, de 15 de abril, SAP Barcelona nº 140/2004, de 3 de marzo). La posibilidad de instaurar este sistema se excluye en supuestos de violencia doméstica (art. 92 apartado 8º)”.

Sin embargo, la idea de que en caso de conflicto entre los progenitores no se adopte la guarda y custodia compartida se ha ido desdibujando con el paso de los años tal y como señala la STS núm. 1845/2012, de 9 de marzo<sup>32</sup>, y más recientemente la SAP Lugo núm. 434/2021, de 28 de octubre<sup>33</sup> o la SAP Huelva núm. 244/2023, de 31 de marzo<sup>34</sup>.

En definitiva, la buena o mala relación entre los progenitores no puede ser considerada como una cuestión que vincule firmemente la adopción de la custodia compartida, tendiendo en cuenta la salvedad contemplada en el artículo 92.7 CC<sup>35</sup>, modificado por la disposición final 1.1 de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre.

Para estudiar esta cuestión en mayor profundidad, trataremos de forma separada la situación por la que se adopta la guarda y custodia compartida por mutuo acuerdo de los progenitores y aquella por la que es solicitada únicamente por uno de ellos.

---

<sup>32</sup> ECLI:ES:TS:2012:1845. FD 4º: “(…). En relación a la conflictividad entre los cónyuges, la sentencia de 22 de julio de 2011, dictada en el RC núm. 813/2009 declaró 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»”.

<sup>33</sup> ECLI:ES:APLU:2021:841.

<sup>34</sup> ECLI:ES:APH:2023:391.

<sup>35</sup> “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”.

### 3.3.1 Adopción de la guarda y custodia compartida con acuerdo entre los progenitores o de mutuo acuerdo.

Esta opción queda contemplada en el artículo 92.5 CC cuando establece que “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”.

Como podemos observar, de este artículo se desprende que de mutuo acuerdo los progenitores podrán adoptar el régimen de guarda y custodia compartida de dos formas distintas: a través de la propuesta de convenio regulador o adoptando esta decisión en el propio transcurso del procedimiento. En este sentido, ALASCIO CARRASCO opina que “cuando los padres, titulares de la patria potestad, están de acuerdo en la modalidad de custodia escogida esta será la decisión más favorable para todas las partes implicadas y, en particular, beneficiará el interés de los hijos, que, recordemos, es el pilar fundamental sobre el que deben apoyarse todas las decisiones con respecto a ellos, sean tomadas por los padres o la autoridad judicial”<sup>36</sup>.

Sin embargo, independientemente de que los progenitores consideren que esta modalidad custodia es la óptima tanto para el menor en común como para sí mismos, la simple propuesta en el convenio regulador de esta situación no es vinculante para el Juez, sino que este, junto al Ministerio Fiscal, deberá valorar si el interés del menor queda suficientemente protegido. No debemos olvidar que en los procedimientos en los que intervienen menores no impera el principio dispositivo, sino el de oficialidad, donde los jueces no quedan vinculados por lo solicitado por las partes, ni estas tienen libertad para allanarse o renunciar<sup>37</sup>.

En todo caso, y antes de adoptar una decisión, el Juez deberá atenerse a lo establecido en el artículo 92 apartados 6 y 9, tendiendo que recabar el informe del Ministerio Fiscal, escuchar a los menores cuando así proceda, valorar las alegaciones de las partes y su relación entre ellos y con el menor y, en todo caso, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados donde se tarte la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia, asegurando así el interés superior del menor de edad.

---

<sup>36</sup> ALSACIO CARRASCO, L., La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art 92.8CC), 2/2011, InDret, pág. 27.

<sup>37</sup> TORRES PEREA, J.M., *Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social*. 4/2011, InDret.

Vemos por tanto que es el Juez quien decidirá en último lugar sobre la instauración de este régimen.

El procedimiento a seguir cuando la guarda y custodia compartida es establecida de mutuo acuerdo por los progenitores, como ya indicábamos con anterioridad, debemos acudir al procedimiento señalado en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC). Dicho procedimiento será seguido tanto en los supuestos de separación y divorcio como en el de modificación de medidas<sup>38</sup>.

### 3.3.2 Adopción de la guarda y custodia compartida a instancia de uno de los progenitores

Esta situación se regula nuestro Código Civil en su artículo 92.8 al indicar que “excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe 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”.

Tal y como se indica, cuando las partes de mutuo acuerdo no determinen la adopción del régimen de guarda y custodia compartida, se permite que uno de los progenitores solicite al juez el acuerdo de este régimen contando con el informe del Ministerio Fiscal y valorando si queda protegido el interés superior del menor.

Para valorar esta propuesta, al igual que sucedía cuando había acuerdo entre los progenitores, el Juez debe atenerse a lo estipulado en los artículos 92.6 y 92.9 CC.

Se pretende poner de relieve con esta modalidad que el hecho de que uno de los progenitores rechace la guarda y custodia compartida no supone que automáticamente se otorga la guarda y custodia exclusiva al otro progenitor. Han de ser valoradas por el Juez todas las circunstancias aplicables al caso y determinar si se protege adecuadamente el interés del menor pese a que la custodia compartida solamente haya sido solicitada por uno de los progenitores<sup>39</sup>. En el mismo sentido, en palabras de PÉREZ CONESA, “si para que el interés del menor quede protegido se estima idónea la custodia conjunta, tal sistema será el

---

<sup>38</sup> PARDILLO HERNÁNDEZ, A., *Guarda y custodia compartida: análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, con referencia al marco normativo vigente*, Diario La Ley, 8104/2013, La Ley, pág. 7.

<sup>39</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I., *La atribución del uso de la vivienda familiar en la guarda y custodia compartida*, Revista general de legislación y jurisprudencia, 4/2015, Reus, Madrid, pág. 591.

que proceda; en caso contrario, se declarará improcedente. Por tanto, la prioridad por un régimen u otro queda determinada por el interés superior del menor”<sup>40</sup>.

### 3.3.3 Supuestos en los que no procede la adopción de la guarda y custodia compartida

Como ya se comentaba con anterioridad, existirán supuestos que impedirán la adopción de la guarda y custodia compartida, los cuales se encuentran contemplados en el artículo 92.7 CC. Este apartado dice así “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”. Incluso a instancia del apartado cuarto del artículo 94 CC procederá la suspensión o la no fijación de un régimen de visita o estancia por estos mismos motivos, salvo que el interés del menor lo requiera.

Ya vimos que conforme al artículo 170 CC los progenitores podían ser privados de la patria potestad por sentencia fundada dictada en causa criminal. Siendo este el caso, es obvio que aquel progenitor que se encuentre en una de las situaciones enumeradas por el artículo 92.7 CC pueda ser privado del ejercicio de la custodia, cuestión que no impide que al ser absuelto pueda iniciar un procedimiento de modificación de medidas a través del cual solicite la atribución de la misma<sup>41</sup>. Ahora bien, este artículo ha sido bastante controversial debido a que indica que el progenitor será privado de la guarda y custodia con el hecho de “estar incurso en un proceso penal iniciado” o con la “existencia de indicios de violencia”, cuestión que a ojos de la doctrina provoca cierta inseguridad jurídica<sup>42</sup> ya que basta con que el procedimiento esté simplemente iniciado<sup>43</sup>. Sin embargo, para privar a un progenitor de la

---

<sup>40</sup> PÉREZ CONESA, C., *Doctrina formulada por el Tribunal Supremo en torno al sistema de custodia de los menores: primacía del que mejor se adapte al interés del menor*, coincide o no con la compartida, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, 7/2013, Aranzadi S.A., Cizur Menor, pág. 1.

<sup>41</sup> Tal y como sucede en la STS núm. 43/2018, de 17 de enero (ECLI:ES:TS:2018:43) y más recientemente en la SAP Málaga núm. 1125/2022, de 20 de junio (ECLI:ES:APMA:2022:4209) y SAP Cantabria núm. 277/2023, de 29 de mayo (ECLI:ES:APS:2023:770).

<sup>42</sup> GARCÍA RUBIO, M.P., OTERO CRESPO, M., *Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005*, Revista Jurídica de Castilla y León, 8/2006, págs. 99-100.

<sup>43</sup> TAMAYO HAYA, S., *La custodia compartida como alternativa legal*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 700/2007, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pág. 689.

patria potestad se requiere que este haya sido condenado por sentencia, no sirve simplemente con la existencia de indicios.

Es cierto que esta situación puede vulnerar el principio de presunción de inocencia del progenitor que se encuentre en esta situación ya que es apartado de forma inmediata de la posibilidad de atribución de la guarda y custodia, pero no debemos perder de vista que estas medidas son adoptadas para procurar la protección del interés superior del menor y su integridad física y moral<sup>44</sup>.

### **3.4 Criterios para la atribución de la guarda y custodia compartida y la concreción del interés superior del menor**

Como ya hemos ido enunciando a lo largo de este trabajo, cualquier decisión que afecte a un menor de edad habrá de ser tomada considerando cómo puede afectarle en todos los aspectos, es decir, teniendo en cuenta la protección de su interés. En relación a cómo debe interpretarse este término, el Tribunal Supremo se pronunció al respecto en el fallo de la Sentencia núm. 257/2013, de 29 de abril<sup>45</sup> declarando como doctrina jurisprudencial que “la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC (LEG 1889, 27) debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los

---

<sup>44</sup> DELGADO SAEZ, J., *La guarda y custodia compartida: Estudio de la realidad jurídico-práctica española*, op. cit., pág. 168.

<sup>45</sup> ECLI:ES:TS:2013:2246. Dicha jurisprudencia se mantiene actualmente tal y como puede verse en el ATS 19 de julio de 2023. (ECLI:ES:TS:2023:15101A), en el ATS de 22 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:16032A), en la SAP Madrid núm. 564/2023, de 9 de junio (ECLI:ES:APM:2023:11875) y STS núm. 1682/2023, de 29 de noviembre (ECLI:ECLI:ES:TS:2023:5307).

hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.

El concepto de interés superior del menor comprende una serie de necesidades y derechos, y quien ha de velar por la protección de estos y por el desarrollo integral del menor deberá ser el Juez, evitando la arbitrariedad jurídica y entendiendo este concepto conforme vaya evolucionando la realidad social y jurisprudencial<sup>46</sup>.

Como es lógico, la jurisprudencia de la STS núm. 257/2013, de 29 de abril se ha ido actualizando, añadiendo nuevos criterios a tener en cuenta a la hora de valorar qué comprende el concepto de interés superior del menor. Es por ello que en el fundamento de derecho 2º de la STS núm. 563/2017, de 17 de octubre<sup>47</sup> que apunta que “el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sí no similar sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento. Esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino también con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio, para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros”.

Los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales dan lugar a una lista de criterios abiertos a tener en cuenta para interpretar y determinar el interés superior del menor.

### 3.4.1 La edad del menor

---

<sup>46</sup> ÁGUEDA RODRIGUES, R.M., *La guarda y custodia compartida y el interés superior del menor: supuestos de exclusión*, op.cit., págs. 182-183.

<sup>47</sup> ECLI:ES:TS:2017:3732. Jurisprudencia que se mantiene actualmente tal y como podemos observar en la SAP Cantabria núm. 564/2023, de 7 de noviembre (ECLI:ES:APS:2023:1370) o en la SAP Madrid núm. 344/2023, de 28 de septiembre (ECLI:ES:APM:2023:16017).

La edad del menor no es un criterio determinante para decidir si se atribuye la guarda y custodia compartida pero sí que es importante ya que se recoge en la legislación de derecho común y resto de CCAA como uno de los elementos a valorar por el Juez.

Por ejemplo, poniéndonos en el caso de que el menor fuera un lactante, podría ser desaconsejable la atribución de la custodia compartida dadas las circunstancias, siendo más optima la guarda y custodia exclusiva. Obviamente, una vez finalizase esa etapa de mayor dependencia materna, lo conveniente es fijar un régimen de guarda y custodia compartida, aun siendo los periodos de alternancia cortos en un primer momento y sin perjuicio de que con el paso del tiempo estos sean modificados<sup>48</sup>.

Tomando las palabras de ÁGUEDA RODRIGUEZ, podemos afirmar que “la edad del menor no dificulta per se la guarda compartida, dato que sólo debe operar como elemento de juicio a la hora de determinar cómo debe implementarse el modelo de guarda, con qué periodicidad, correspondiendo a los padres establecer si es viable conjugar la edad del menor en cada momento con sus obligaciones laborales, analizando las posibilidades reales para poner en marcha la guarda compartida y debiendo ser conscientes de que las necesidades del menos son cambiantes de manera que se requiere una mayor periodicidad a edades más tempranas, aunque el contacto permanente es deseable a cualquier edad”<sup>49</sup>.

### 3.4.2 La opinión o los deseos manifestados por el menor

La exploración del menor es un elemento muy importante a la hora de decidir acerca de cualquier cuestión que pueda afectarle<sup>50</sup>. Ahora bien, que el menor tenga derecho a

---

<sup>48</sup> Esta situación la refleja a la perfección el ATS de 1 de junio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:8819A) o la SAP Madrid núm. 699/2023, de 18 de julio (ECLI:ES:APM:2023:13147).

<sup>49</sup> ÁGUEDA RODRÍGUEZ, M.A., *La guarda y custodia compartida y el interés superior del menor: supuestos de exclusión*, op.cit, pág. 196.

<sup>50</sup> Esto es puesto de manifiesto por el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil modificado por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio al precisar que “el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias”.

A su vez, se enuncia el mismo principio en los artículos 92.2, 92.6, 154, 156, 173 y 177 CC, en los artículos 770.4 y 777.5 LOPJ, artículo 80.2.c) CDFA, artículo 233-11.e) CCCat, Ley 71.5 CDCFN y por el artículo 9.3.d) LRFVP. Se alude a ello también en diversas leyes internacionales como en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, en el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 1992.

expresarse y que dichas opiniones sean relevantes a la hora de que el Juez tome una decisión no quiere decir que éstas sean vinculantes para el mismo<sup>51</sup>.

Si tenemos en consideración los artículos 770.4 LEC y 777.5 LEC podemos concluir que es obligatorio escuchar a los mayores de doce años en los procesos contenciosos. Sin embargo, en los procesos de mutuo acuerdo la audiencia del menor no es obligatoria, sino que se llevará a cabo en función de lo que el Juez considere óptimo acorde a las circunstancias, siempre y cuando haya sido solicitado por alguna de las partes.

En caso de realizarse, esta audiencia con el juez sigue un procedimiento distinto al habitual, nunca se llevará a cabo en el acto de la vista<sup>52</sup> y no se encontrarán presentes terceros más allá del juez y el Ministerio Fiscal. Es deseable, siempre que la madurez del menor lo permita, que este realice su testimonio directo en presencia judicial y contando con la intervención del Ministerio Fiscal, antes que acudir a informes o testimonios de terceros ya que favorece el entendimiento y con ello se puede tener en mayor consideración las necesidades del menor<sup>53</sup>. En caso de denegarse la audiencia del menor, el tribunal que adoptó esta decisión deberá argumentar razonadamente por qué lo hizo, debiendo fundamentarse siempre en el interés superior del menor<sup>54</sup>.

### 3.4.3 Las aptitudes y voluntad de los progenitores

Debemos entender la aptitud de los progenitores como aquel conjunto de capacidades o habilidades indispensables para cubrir todas necesidades básicas del menor. Entrará en juego que el progenitor sea capaz de velar por la integridad física y moral de su hijo, que facilite la comunicación, el diálogo y el entendimiento, que no obstaculice la relación del menor con el otro progenitor<sup>55</sup>, etc.

No puede entenderse la ausencia de aptitud de uno de los progenitores por no haber sido demostrada debido a la falta de tiempo de cuidado del menor en comparación al otro

---

<sup>51</sup> MUÑIZ CASARES, A.M., *La audiencia del niño, niña y adolescente*, Cuaderno de Familia, Boletín jurídico de infancia, familia y capacidad de la asociación judicial Francisco de Vitoria, 3/2023.

<sup>52</sup> PÉREZ MARTÍN, A.J., *Artículo 92*, en AA.VV (dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

<sup>53</sup> STC núm. 17/2006, de 30 de enero (ECLI:ES:TC:2006:17).

<sup>54</sup> STS núm. 577/2021, de 27 de julio (ECLI:ES:TS:2021:3299).

<sup>55</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial*, InDret, 2/2008, pág. 19.

progenitor como consecuencia de una distribución no igualitaria de la custodia. Habrá de valorarse la verdadera capacidad y aptitud de aquel que se encuentra en desventaja.

Entre las cuestiones que cobrarán peso a la hora de determinar las aptitudes de un progenitor para que le sea otorgada la guarda y custodia nos encontramos con que ostente la capacidad física y mental necesaria para ello, que pueda garantizar la cobertura de las necesidades básicas del menor, que disponga de una vivienda digna donde el menor pueda pernoctar o que colabore favorablemente con el equipo psicosocial o médico forense para que elaboren un informe que determine su aptitud<sup>56</sup>.

#### 3.4.4 Arraigo familiar del menor y la proximidad de domicilios

El término de arraigo familiar o vinculación afectiva del menor es considerado “como el vínculo afectivo del menor a su entorno familiar, escolar y social, estableciéndose de manera permanente. La proximidad de los domicilios garantiza la estabilidad del referido entorno y supone el mantenimiento de puntos de referencia como el colegio, el círculo de amistades, el pediatra, canguro, las actividades extraescolares etc. El arraigo social, familiar y escolar del menor depende de la proximidad de los domicilios y de la vinculación afectiva del menor a su entorno”<sup>57</sup>. Este concepto no está recogido la legislación estatal ni se hace referencia a él, pero sí que está asentado y se tiene en consideración jurisprudencialmente<sup>58</sup>.

En este apartado entra también en juego la vinculación afectiva del menor. Este vínculo suele ser más fuerte con aquel progenitor con el que haya pasado más tiempo, situación que suele darse si uno de los padres trabaja muchas horas fuera de casa o por una desigual distribución de los cuidados a los menores. No debe adoptarse una decisión basándonos únicamente o dándole un peso desconsiderado a la vinculación afectiva del menor con cualquier progenitor ya que se ha de fomentar que consiga relacionarse equilibradamente con ambos.

Es muy importante entrar a valorar la distancia entre los domicilios de los progenitores a la hora de determinar si se instaura el régimen de guarda y custodia compartida

---

<sup>56</sup> ÁGUEDA RODRÍGUEZ, M.A., *La guarda y custodia compartida y el interés superior del menor: supuestos de exclusión*, op. cit., págs. 262-263.

<sup>57</sup> MARTÍNEZ DE CAREAGA, C., SÁEZ RODRÍGUEZ, M.C., MARTÍNEZ TRISTÁN, G., CUESTA MARTÍNEZ, Á., *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2020, pág. 53.

<sup>58</sup> ATS de 13 de enero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:362A): “la madre ha acreditado que es allí donde tiene su familia, y apoyo familiar , ha iniciado los trámites de escolarización del menor, el menor tiene arraigo , pues tiene a su familia, y pasa allí sus vacaciones” o en el ATS de 7 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:7654A).

ya que cuanto más lejanos estén el uno del otro, se dificulta en mayor medida el desarrollo de la vida social, costumbres y arraigo del menor. En un primer momento, los tribunales se mantuvieron reticentes a otorgar custodias compartidas porque entendían que era destabilizador para el menor. Actualmente se tiende más a pensar que el interés del menor queda verdaderamente protegido cuando puede disfrutar de un trato directo con ambos progenitores y no por quedarse estancado siempre en la misma vivienda<sup>59</sup>. Ahora bien, si las viviendas se encuentran considerablemente separadas o los progenitores residen en ciudades diferentes, sí que se plantea la custodia exclusiva para uno de los progenitores para no acarrear el previsible desarraigo del menor<sup>60</sup>.

No pueden ser establecidos unos criterios base sobre los que tomar la decisión tomando en consideración estas cuestiones pues entran en juego muchos factores como la edad del menor, sus actividades de ocio, amistades, familia, ubicación de los domicilios, facilidad de comunicación entre los mismos y un largo etc.

### 3.4.5 Los informes técnicos

Este criterio se encuentra recogido en nuestro Código Civil en su artículo 92.9<sup>61</sup>. El Juez, ya sea de oficio o a instancia de parte, antes de adoptar una decisión podrá recabar un informe elaborado por especialistas donde traten la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia. Asimismo, esta práctica se refuerza a través del artículo 479.3 LOPJ<sup>62</sup>.

Estos informes, al igual que sucede con los del Ministerio Fiscal, no son vinculantes para el tribunal, pero es cierto que facilitan el acercamiento a la situación del menor y favorecen que se proteja en mayor medida su interés. En palabras de ROMERO COLOMA, estos informes son útiles para “dilucidar si los progenitores gozan de la necesaria capacidad

---

<sup>59</sup> VIÑAS MAESTRE, D., *Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda*, InDret, 3/2012, pág. 9.

<sup>60</sup> Así sucede en la STS núm. 4/2018, de 10 de enero (ECLI:ES:TS:2018:21) o en el ATS de 12 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:555A).

<sup>61</sup> “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”.

<sup>62</sup> “(...) Asimismo dentro de los Institutos podrán integrarse el resto de equipos psicosociales que prestan servicios a la Administración de Justicia, incluyendo los equipos técnicos de menores, cuyo personal tendrá formación especializada en familia, menores, personas con discapacidad y violencia de género y doméstica”.

y aptitud para el correcto ejercicio de la patria potestad, así como las circunstancias personales que rodean a los hijos y, en armonía con todo ello, decidir lo que se estime más adecuado con relación a la custodia compartida”<sup>63</sup>.

En diversas ocasiones, este medio de prueba se convierte en un elemento imparcial muy relevante con el que cuenta el Juez<sup>64</sup>. Aun así, este informe habrá de valorarse conjuntamente con el resto de las pruebas y deberán fundamentar la elección adoptada, ya que si no se estaría prácticamente delegando la toma de decisiones al equipo psicosocial<sup>65</sup>.

#### 4. LA PENSIÓN DE ALIMENTOS

La obligación de prestar alimentos se regula en el artículo 142 CC al establecer que “se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. (...)”. Se complementa por el artículo 143 CC al indicar que estarán obligados recíprocamente a darse alimentos los ascendientes y descendientes.

Es decir, los progenitores quedarán obligados a prestar alimentos a sus hijos mientras sea menor de edad<sup>66</sup> y, habiendo cumplido la mayoría de edad, este deber quedará extendido hasta que termine su formación y pueda ser independiente económicamente.

Es una medida que se adopta con objeto de mermar el detrimento económico que pueden sufrir los hijos como consecuencia de la ruptura de la unidad familiar. Tal y como señala el artículo 93 CC<sup>67</sup>, la cuantía definida responderá a aquella que sea suficiente para

---

<sup>63</sup> ROMERO COLOMA, A.M., *La guarda y custodia compartida y mala relación entre progenitores*, Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación, 80/2018, Lex Nova, pág. 8.

<sup>64</sup> STS núm. 259/2017, de 12 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1792)

<sup>65</sup> STS núm. 437/2022, de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:2307) y STS núm. 1438/2023, de 18 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4413).

<sup>66</sup> Mientras el hijo sea menor de edad, la obligación alimentaria existe y no puede decretarse su cesación. STS núm. 407/2018, de 29 de junio (ECLI:ES:TS:2018:2494) y SAP Castellón núm. 200/2023, de 24 de mayo (ECLI:ES:APCS:2023:421).

<sup>67</sup> “El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”.

cubrir las necesidades del menor y siempre teniendo en cuenta los recursos económicos de los progenitores<sup>68</sup>.

Para ayudar a estimar la cuantía ordinaria de la pensión alimenticia, el Consejo General del Poder Judicial elaboró una aplicación que tiene en cuenta si la custodia es monoparental o compartida, el número de hijos, el año en que se solicita, lugar de residencia de los menores y los ingresos de ambos progenitores<sup>69</sup>.

Debemos aplacar el falso mito de que el establecimiento de una guarda y custodia compartida elimina la prestación de alimentos. Al hilo de esto, ha existido mucho debate sobre si debía fijarse una pensión de alimentos en favor del menor si la estancia del mismo es paritaria en el domicilio de cada progenitor. Al respecto se pronuncia los artículos 145 y 146 CC<sup>70</sup> y diversa jurisprudencia<sup>71</sup> determinando que, si la obligación de proporcionar alimentos recae sobre dos personas, el pago de la pensión se determinará acorde al caudal económico y medios de quien lo da y las necesidades económicas de quien lo recibe.

Es decir, el hecho de que el menor pase un tiempo similar con cada progenitor no da lugar a que no sea fijada una pensión de alimentos si los medios económicos de los progenitores son dispares. Que sea fijada una custodia compartida no exime la obligación de fijar una pensión alimenticia si las circunstancias lo requieren<sup>72</sup>.

Ahora bien, si los ingresos de ambos progenitores son similares, la tónica general es que cada progenitor se haga cargo directamente de los alimentos del menor sin establecer una pensión de alimentos. Entendemos gastos ordinarios como “aquellos gastos necesarios, previsibles y periódicos en la vida de los hijos, y que abarcan aquellos gastos imprescindibles para su sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación y formación, embarazo y parto”<sup>73</sup>. En cuanto a los gastos extraordinarios, diremos que son aquellos no previsibles ni

---

<sup>68</sup> MARÍN PEDREÑO, C; MAGÁN ARCONES, J., *Pensión de alimentos: tendencia europea a las tablas*, Revista sobre la infancia y la adolescencia, 6/2014, pág. 32.

<sup>69</sup> Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Utilidades/Calculo-de-pensiones-alimenticias/Tablas-orientadoras-para-determinar-las-pensiones-alimenticias-de-los-hijos-en-los-procesos-de-familia-elaboradas-por-el-CGPI>.

<sup>70</sup> Artículo 145 CC: “Cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo”.

Artículo 146 CC: “La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”.

<sup>71</sup> SAP Málaga núm. 1868/2022, de 16 de diciembre (ECLI:ES:APMA:2022:4847), STS núm. 607/2022, de 16 de septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3397), ATS de 10 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:5650A) y ATS de 20 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:12196A).

<sup>72</sup> ATS de 7 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4283A) y STS núm. 866/2022, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4499).

<sup>73</sup> CONTRERAS ROMERO, J., *Aspectos básicos de la Ley Valenciana de custodia compartida*, op. cit., págs. 85-86.

periódicos cuyo importe no es regular<sup>74</sup>. Estos últimos deberán ser abonados por partes iguales por ambos progenitores, independientemente de que haya sido fijada una pensión de alimentos ya que este tipo de gastos no se contempla como un pago previsible y periódico dentro de la vida ordinaria del menor.

En definitiva, si un gasto se considera ordinario, se pague pensión de alimentos o no, el progenitor que le corresponda no deberá pagar al otro progenitor una cantidad a parte de la pensión o la que ya abone mientras tenga al menor bajo su custodia. Sin embargo, si el gasto producido es extraordinario, ambos progenitores deberán afrontar este gasto por partes iguales como consecuencia de su naturaleza.

## 5. RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN Y VISITAS

Debe precisarse al respecto que tras producirse la ruptura de la unidad familiar lo deseable es que el menor mantenga el contacto con ambos progenitores, independientemente del tipo de custodia que sea determinada. Es por ello que el artículo 94 CC precisa que el progenitor que no tenga consigo al menor tendrá derecho de visita, comunicación y a tenerlos en su compañía<sup>75</sup>, teniendo en cuenta las excepciones que ya estudiamos con anterioridad<sup>76</sup>.

Es conveniente señalar que el hecho de que se decrete una custodia compartida no exime el derecho de los progenitores a disfrutar de un régimen de visitas para los periodos en los que el menor no se encuentre en su compañía<sup>77</sup>. No suele ser muy habitual ya que el régimen de estancia que se suele fijar con cada progenitor es de semanas alternas. Aun así,

---

<sup>74</sup> STS núm. 984/2023, de 20 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2727) “como los gastos médicos, odontológicos o farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social o el seguro privado o las actividades escolares o universitarias que no sean periódicas y previsibles al tiempo de fijar la contribución de los progenitores” y SAP Cantabria núm. 478/2023, de 27 de septiembre (ECLI:ES:APS:2023:1326).

<sup>75</sup> “La autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”.

<sup>76</sup> Artículo 94 párrafo 3º y 4º CC: “No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que 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 sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofamiliar.

No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior”.

<sup>77</sup> ACUÑA SAN MARTÍN, M., *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 55.

para casos en los que el periodo es quincenal sí es más común la fijación de visitas por parte del progenitor no custodio<sup>78</sup>.

Tal y como pone de manifiesto la STS núm. 1644/2023, de 27 de noviembre<sup>79</sup>, el establecimiento de un régimen de visitas supone un mayor compromiso por parte de los progenitores a la hora de aproximar el nuevo modelo de organización familiar al preexistente a la crisis matrimonial. Con ello, se favorece que los padres puedan ejercer los derechos y obligaciones para con sus hijos, desarrollando y manteniendo fuerte la relación con los mismos, lo que parece más beneficioso para los menores.

Es evidente que lo deseable es que los progenitores lleguen a un acuerdo en cuanto a la forma de distribución de la custodia y por ende del régimen de visitas. Por lo general, los pactos adoptados por los padres serán aprobados por el Juez siempre y cuando respondan a las necesidades y el interés superior del menor. Ahora bien, como podemos imaginar son muy abundantes las ocasiones en las que los progenitores no consiguen llegar a un acuerdo, siendo en estos casos el órgano judicial quien adopte de oficio la decisión<sup>80</sup>.

Esta idea queda reforzada por el artículo 160.2 CC<sup>81</sup> y diversa jurisprudencia<sup>82</sup> al afirmar que no podrá impedirse sin justa causa las relaciones del menor con parientes y allegados. Esto se justifica en el evidente enriquecimiento que supone para el menor el hecho de relacionarse plenamente y con libertad con hermanos, abuelos o cualquier otra persona cercana.

En cuanto al régimen de comunicación, al igual que sucede con el de visitas, será fijado por los progenitores y, en caso de desacuerdo, se señalará de oficio por el Juez.

Debemos poner de manifiesto la existencia de los espacios denominados “punto de encuentro familiar (PEF)”, los cuales pueden llegar a entrar en juego cuando la relación entre familiares es muy conflictiva. Son servicios especializados que cuentan con profesionales en la materia que facilitan un acercamiento sano y seguro entre menores y progenitores u otros familiares. El funcionamiento de estos puntos da lugar a que los progenitores o familiares

---

<sup>78</sup> STS núm. 433/2016, de 27 de junio (ECLI:ES:TS:2016:3145) y STS núm. 1125/2023, de 10 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3258).

<sup>79</sup> ECLI:ES:TS:2023:5193. En el mismo sentido STS núm. 1302/2023, de 26 de septiembre (ECLI:ES:TS:2023:3830).

<sup>80</sup> ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.Z., *Nadie pierde: la guarda y custodia compartida*, op.cit., pág. 141.

<sup>81</sup> “No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados”.

<sup>82</sup> SAP Málaga núm. 1744/2022, de 18 de noviembre (ECLI:ES:APMA:2022:4488), SAP Madrid núm. 82/2023, de 3 de febrero (ECLI:ES:APM:2023:1610) y SAP Valencia núm. 374/2023, de 7 de junio (ECLI:ES:APV:2023:1717).

entre los que medie un conflicto no tengan que encontrarse, sirviendo como punto de recogida y entrega del menor, permitiendo que siga manteniendo el contacto con sus allegados<sup>83</sup>.

## 6. VIVIENDA FAMILIAR

Podemos definir la vivienda familiar como “la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia”<sup>84</sup>.

En caso de no mediar acuerdo entre los progenitores sobre cómo distribuir la vivienda familiar tras la crisis familiar, es el artículo 96.1 CC el que determina que el uso y disfrute de la vivienda familiar corresponderá a los menores y al cónyuge en cuya compañía queden<sup>85</sup>.

El artículo 96 CC enuncia qué sucede con la vivienda familiar en casos de quiebra matrimonial habiendo adoptado un régimen de custodia exclusiva, pero no trata ni da solución a la problemática que aflora cuando el régimen de custodia es compartida. Para suplir en la medida de lo posible este vacío legal se ha tenido que pronunciar al respecto el Tribunal Supremo tal y como sucede en la STS núm. 228/2022, de 28 de marzo<sup>86</sup> al exponer que se “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,

---

<sup>83</sup> El uso de estos PEF se pone de relevancia en sentencias como la STS núm. 632/2023, de 29 de septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3565), STS núm. 1356/2023, de 4 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:3976) o la STS núm. 1438/2023, de 18 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4413).

<sup>84</sup> SAP Sevilla núm. 289/2023, de 26 de junio (ECLI:ES:APSE:2023:1905) y SAP Valencia núm. 475/2023, de 12 de julio (ECLI:ES:APV:2023:2086).

<sup>85</sup> “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.

A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.

Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes.

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”.

<sup>86</sup> ECLI:ES:TS:2022:1207. En el mismo sentido ATS de 5 de julio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:9656A) y ATS de 20 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:12196A).

que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos 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 supuestos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso<sup>87</sup>. No hemos de olvidar que como medida provisional y conforme al artículo 103.2ª, el Juez determinará “teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno”<sup>88</sup>.

En palabras de TENA PIAZUELO, el interés del menor queda satisfecho cuando “tenga garantizado su derecho de habitación o posibilidad real de alojarse en una vivienda digna que le sirva de sede física en la que vivir, crecer y desarrollarse en todos los ámbitos de la vida”<sup>89</sup>.

En cualquiera de los casos, el menor no podrá ser privado en ningún caso (salvo las excepciones enunciadas por el artículo 96 CC) del uso y disfrute de la vivienda familiar ya que se estaría yendo en contra del principio de protección del interés del menor<sup>90</sup>. Es por ello que no se podrá establecer un límite temporal del uso de la vivienda mientras siga siendo menor de edad.

## 6.1 Atribución del uso de la vivienda familiar al menor

En este modelo de atribución del uso de la vivienda, es el menor quien reside permanentemente en la vivienda familiar y son los progenitores quienes deben rotar en función del periodo en el que les corresponda estar en compañía del menor. Este tipo de atribución en los supuestos de custodia compartida se denomina “custodia nido” o “birdnesting”, mencionado con anterioridad. Cierta parte de la doctrina se posiciona a favor

---

<sup>87</sup> GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., *El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida*, Diario La Ley, 7206/2009, La Ley, pág. 2.

<sup>88</sup> LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, M.C., *El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 269-269.

<sup>89</sup> TENA PIAZUELO, I., *Atribución del uso de domicilio, tras la ruptura de la convivencia, que no tiene actualmente la condición de vivienda familiar. Comentario a la sentencia 16 de enero de 2015 (RJ 2015/355)*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 101/2016, Civitas, Pamplona, pág. 5.

<sup>90</sup> STS núm. 1153/2023, de 17 de julio. ECLI:ES:TS:2023:3322.

de este modelo de atribución de la vivienda<sup>91</sup> pero es obvio que también presenta claras desventajas ya que es una gestión propicia a generar conflicto entre los cónyuges. Además de ello, supone una elevada inversión económica ya que supone tener en funcionamiento tres viviendas: una para cada progenitor y la anterior vivienda familiar de casa nido para el menor. Es por esto que el Tribunal Supremo en sus sentencias más recientes se ha opuesto a esta atribución del uso de la vivienda familiar<sup>92</sup>.

## **6.2 Atribución del uso de la vivienda cuando el cónyuge se encuentra más necesitado de protección**

Como premisa debemos matizar que el término “más necesitado de protección” no hace alusión a que el progenitor se encuentre en estado de necesidad o exclusión, sino a que haya quedado en una situación más desprotegida tras producirse la crisis matrimonial<sup>93</sup>. Esto únicamente debe hacerse cuando el progenitor no pueda asegurar el derecho de habitación de los menores cuando los tengan en su compañía, siendo esta atribución de carácter temporal.

Este sería un modelo de atribución de la vivienda por la que optar en caso de que esta sea propiedad de ambos progenitores. Sin embargo, si la vivienda es privativa de uno de los progenitores no resultaría una solución adecuada ya que atentaría contra los derechos dominicales del propietario<sup>94</sup>.

Los criterios que se tienen en cuenta para determinar si uno de los progenitores se encuentra en una situación de necesidad son: los recursos e ingresos con los que cuente, las posibilidades de residir en una vivienda diferente a la familiar y su actividad laboral.

Podemos concluir que, si se adopta un modelo de guarda y custodia compartida, la vivienda es de propiedad de ambos progenitores y uno de ellos se encuentra en una situación

---

<sup>91</sup> Evita que el menor cambie constantemente de domicilio y le proporciona una mayor estabilidad. GALLARDO RODRÍGUEZ, A., *Problemas de la atribución del uso de la vivienda familiar y la guarda y custodia compartida en la legislación española*, Congreso internacional de Derecho Civil octavo centenario de la Universidad de Salamanca, Tirant lo Blanch-Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2018, pág. 998.

<sup>92</sup> STS núm. 396/2020, de 6 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2093), STS núm. 438/2021, de 22 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2550), ATS de 19 de abril de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:4531A) y SAP Madrid núm. 317/2023, de 11 de septiembre (ECLI:ES:APM:2023:14882).

<sup>93</sup> VIOLA DEMESTRE, I., *Comentario a la Sentencia de 3 de diciembre de 2013. Atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio*. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 95/2014, Civitas, Pamplona.

<sup>94</sup> PÉREZ UREÑA, A.A., *La vivienda en los procesos de familia. Cuestiones Prácticas*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., Madrid, 2008, pág. 63. Queda ilustrado por la STS núm. 522/2016, de 21 de julio (ECLI:ES:TS:2016:3888).

de especial protección respecto al otro progenitor como consecuencia de la ruptura familiar, le será atribuida el uso de la vivienda familiar por un periodo de tiempo limitado ya que si no el otro propietario vería mermados su derecho de propiedad<sup>95</sup>.

### **6.3 La no atribución del uso de la vivienda a ningún progenitor**

Cabe la posibilidad de que los progenitores lleguen a un acuerdo<sup>96</sup> o el propio Juez falle en la sentencia que la vivienda familiar sea puesta a la venta. Con ello, se garantizaría que con el dinero obtenido por la venta de la vivienda pueda asegurarse, aunque sea en un primer momento, que ambos progenitores puedan acceder a un nuevo domicilio donde podrán cuidar del menor cuando corresponda<sup>97</sup>.

Pese a no estar contemplada esta opción en nuestra legislación, sí que ha sido una opción adoptada en diversas ocasiones por los tribunales<sup>98</sup> ya que permite que ambos progenitores puedan gozar en igualdad de condiciones del beneficio que les reporte la venta o el alquiler del inmueble. En estos casos, hasta que tiene lugar la liquidación de la sociedad de gananciales, se podrá atribuir el uso y disfrute de la vivienda al menor y a uno de los progenitores.

---

<sup>95</sup> STS núm. 295/2020, de 12 de junio (ECLI:ES:TS:2020:1688).

<sup>96</sup> SAP Valencia núm. 537/2022, de 21 de septiembre (ECLI:ES:APV:2022:3125).

<sup>97</sup> GORIÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *La vivienda familiar en caso de custodia compartida, sus implicaciones en el Derecho de cosas*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 736/2013, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pág. 1145.

<sup>98</sup> STS núm. 215/2016, de 6 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1424) y SAP Valencia núm. 314/2022, de 18 de mayo (ECLI:ES:APV:2022:1904) haciendo alusión a lo dictado por un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción.



## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** El régimen acordado por Don Mariano Sanz y Doña Laura Olmedo tras la crisis matrimonial se adoptó a través de un Convenio Regulador suscrito de mutuo acuerdo por las partes. Este proceder se permite al amparo de lo contemplado en el artículo 92.5 del Código Civil. Sin embargo, pese a que es deseable que los progenitores se organicen mediando consenso, la propuesta de Convenio Regulador no es vinculante para el Juez debiendo ser revisada tanto por el Ministerio Fiscal como por el Juez para determinar si las medidas propuestas protegen de forma plena el interés superior del menor.

**SEGUNDA.-** En cuanto a la adopción del régimen de custodia compartida, pese a no estar contemplada esta opción en nuestro Código Civil hasta la reforma introducida por la Ley 15/2005, si la situación lo permite, supone el modelo de organización más óptimo para el íntegro desarrollo del menor ya que se incita a que pueda relacionarse en igualdad de condiciones con ambos progenitores. A su vez, permite que Don Mariano y Doña Laura ejerzan las responsabilidades y derechos inherentes a la paternidad para con su hijo Pablo de manera plena y equitativa.

**TERCERA.-** Se decide atribuir el uso y disfrute de la vivienda propiedad de ambos progenitores a Doña Laura en exclusiva, pudiendo permanecer en ella hasta que su hijo Pablo cumpla la mayoría de edad. Como la vivienda pertenece tanto a Don Mariano como a Doña Laura, el pago de la hipoteca y el resto de los gastos que deriven de la propiedad serán afrontados en partes iguales por los dos. Ahora bien, como únicamente residirá en exclusiva Doña Laura y su hijo Pablo cuando corresponda, será esta quien deba hacer frente a la totalidad de los gastos ordinarios de la vivienda como pueden ser la luz, el gas o el internet. Esta decisión se tomó debido a que Doña Laura se encontraba en una peor situación económica que Don Mariano, pudiendo garantizar así el derecho de habitación de su hijo Pablo cuando le corresponda disfrutar de su compañía. Para no mermar el derecho de propiedad de Don Mariano, se determina la venta de la vivienda una vez que su hijo Pablo haya alcanzado la mayoría de edad.

**CUARTA.-** Es obligación de los progenitores prestar alimentos a sus hijos mientras estos sean menores de edad, pudiendo extenderse este deber hasta el momento en el que acaben su formación académica y puedan integrarse en el mundo laboral. Entendemos como alimentos el sustento, la habitación, el vestido y la asistencia médica, pudiendo incluir más cuestiones. En el caso que nos ocupa, el detrimento económico que sufrieron los miembros

de la unidad familiar tras su ruptura no fue tal como para determinar una pensión de alimentos en favor de ninguno de ellos por lo que ambos deciden de mutuo acuerdo en el Convenio Regulador que cada uno asumiría la manutención de Pablo cuando este se encuentre en su compañía. Cuestión distinta es si se produjese un gasto extraordinario, debiendo afrontarse por partes iguales por ambos progenitores.

**QUINTA.-** La adopción de un régimen de custodia compartida facilita la comunicación y el contacto de Pablo con Don Mariano y Doña Laura. Se fija un régimen de estancia de semanas alternas entre cada progenitor y en periodos vacacionales disfrutarán de la compañía del menor en un cincuenta por ciento de estos periodos. El hecho de que se haya señalado esta dinámica no exime al progenitor no custodio del derecho a comunicarse con su hijo en los momentos que no se encuentra en su compañía, respetando siempre su rutina y horario de descanso.

**SEXTA.-** La determinación de una modalidad de guarda y custodia no impide que esta sea modificada a posteriori. Es por ello que Don Mariano solicita a través de demanda de modificación de medidas la guarda y custodia exclusiva de Pablo a su favor y la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a él y a su hijo como consecuencia del cambio de circunstancias indicadas en relación con Doña Laura. Como esta solicitud de cambio de medidas se hizo sin el consenso de Doña Laura y Don Mariano, se siguieron los trámites del juicio verbal con las particularidades estipuladas en el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**SÉPTIMA.-** En la contestación a la demanda, Doña Laura negó los hechos expuestos por Don Mariano y solicitó la exploración de Pablo por el equipo psicosocial para dilucidar a qué se debía el cambio de actitud de su hijo, quien ahora quería vivir en exclusiva con su padre. El Juez de Primera Instancia, que no está vinculado por la solicitud de parte de este informe, denegó la exploración del menor por el equipo psicosocial ya que consideró suficiente el cambio objetivo en las circunstancias de Doña Laura para atribuir la custodia en exclusiva a Don Mariano, quien contaba con mejores condiciones para hacerse cargo íntegramente del menor.

**OCTAVA.-** Dada la edad de Pablo en el momento de la solicitud de la modificación de medidas, trece años, se consideró que no era necesaria la fijación de un régimen de visitas, dejándose al libre acuerdo entre Doña Laura y su hijo. Esta supone una decisión peligrosa ya que se debe fomentar la comunicación y la relación entre progenitores e hijos, no pudiendo dejarse al libre arbitrio del menor. Puede darse la situación de que Pablo no quiera mantener

contacto con su madre, extremo que claramente debe evitarse a toda cosa. Lo ideal es señalar un régimen de visitas claro en favor del progenitor no custodio para poder ejercer los derechos y deberes que le corresponden en favor de su hijo y ambos puedan mantener una relación sana y continuada en le tiempo.

**NOVENA.-** Como Consecuencia del cambio de circunstancias y la atribución de la custodia en exclusiva a Don Mariano, el Juez de primera Instancia decide dejar sin efecto la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a Doña Laura ya que ya no contaba con la custodia de su hijo Pablo, sin atribuírsela a ninguno de los progenitores. Es decir, ni Don Mariano ni Doña Laura podrán hacer uso de la vivienda en copropiedad. Esto no quita que decidan de mutuo acuerdo poner a la venta o en alquiler el domicilio familiar.



## LEGISLACIÓN

Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (BOE núm. 57, de 7 de marzo de 1973).

Constitución Española (BOE núm. 311, de 28/12/1978).

Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (“Gaceta de Madrid” núm. 206, de 25/07/1889).

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, págs. 38897 a 38904).

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000).

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005, páginas 24458 a 24461).

Instrucción 1/2006, de 7 de marzo, sobre la guardia y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores (FIS-I-2006-00001).

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010, páginas 389 a 403).

Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. (DOGV núm. 6495, de 5 de abril de 2011, BOE núm. 98, de 25 de abril de 2011).

Pleno. Sentencia 185/2012, de 17 de octubre de 2012. Cuestión de inconstitucionalidad 8912-2006. Planteada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria en relación con el artículo 92.8 del Código civil, en la redacción dada al mismo por la Ley 15/2005, de 8 de julio. Derecho a la tutela judicial efectiva, exclusividad jurisdiccional y principio de protección a la familia: nulidad parcial del precepto legal que, en los procesos de separación y divorcio en los que no medie acuerdo entre los padres, supedita al informe favorable del Ministerio Fiscal la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida de los hijos menores de edad. Voto particular. (BOE núm. 274, de 14 de noviembre de 2012, páginas 152 a 170).

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (DOGC núm. 5686, de 5 de agosto de 2010, BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010).

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOA núm. 67, de 29/03/2011).

Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (BOPV núm. 129, de 10 de julio de 2015, BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015).

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015).

Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas en materia de custodia (BOE núm. 125, de 25 de mayo de 2019, páginas 55831 a 55833).

Decreto-ley 26/2021, de 30 de noviembre, de modificación del libro segundo del Código civil de Cataluña en relación con la violencia vicaria (BOE núm. 18, de 21 de enero de 2022, páginas 6623 a 6628).

Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración,

insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). (BOE núm. 214, de 6 de noviembre de 2022).

Ley Foral 31/2022, de 28 de noviembre, de atención a las personas con discapacidad en Navarra y garantía de sus derechos (BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2022, páginas 184873 a 184957).

## **JURISPRUDENCIA**

### **Sentencias y autos del Tribunal Supremo**

STS de 23 de julio de 1987. ECLI:ES:TS:1987:5414.

STS núm. 623/2009 de 8 de octubre. ECLI:ES:TS:2009:5969.

STS núm. 94/2010, de 10 de marzo. ECLI:ES:TS:2010:962.

STS núm. 1845/2012, de 9 de marzo. ECLI:ES:TS:2012:1845.

STS núm. 495/2013, de 19 de julio. ECLI:ES:TS:2013:4082.

STS núm. 757/2013, de 29 de noviembre. ECLI:ES:TS:2013:5641.

STS núm. 616/2014, de 18 de noviembre. ECLI:ES:TS:2014:4608.

STS núm. 390/2015, de 26 de junio. ECLI:ES:TS:2015:2736.

STS núm. 530/2015, de 25 de septiembre. ECLI:ES:TS:2015:3890.

STS núm. 133/2016, de 4 de marzo. ECLI:ES:TS:2016:973.

STS núm. 215/2016, de 6 de abril. ECLI:ES:TS:2016:1424.

STS núm. 433/2016, de 27 de junio. ECLI:ES:TS:2016:3145.

STS núm. 522/2016, de 21 de julio. ECLI:ES:TS:2016:3888.

STS núm. 135/2017, de 28 de febrero. ECLI:ES:TS:2017:709.

STS núm. 259/2017, de 12 de mayo. ECLI:ES:TS:2017:1792.

STS núm. 563/2017, de 17 de octubre. ECLI:ES:TS:2017:3732.

STS núm. 4/2018, de 10 de enero. ECLI:ES:TS:2018:21.

STS núm. 43/2018, de 17 de enero. ECLI:ES:TS:2018:43.

STS núm. 407/2018, de 29 de junio. ECLI:ES:TS:2018:2494.

STS núm. 295/2020, de 12 de junio. ECLI:ES:TS:2020:1688.

STS núm. 396/2020, de 6 de julio. ECLI:ES:TS:2020:2093.

ATS de 13 de enero de 2021. ECLI:ES:TS:2021:362A.

ATS de 7 de abril de 2021. ECLI:ES:TS:2021:4283A.

STS núm. 438/2021, de 22 de junio. ECLI:ES:TS:2021:2550.

STS núm. 577/2021, de 27 de julio. ECLI:ES:TS:2021:3299.

STS núm. 656/2021, de 4 de octubre. ECLI:ES:TS:2021:3627.

STS núm. 870/2021, de 20 de diciembre. ECLI:ES:TS:2021:4950.

ATS de 12 de enero de 2022. ECLI:ES:TS:2022:555A.

STS núm. 228/2022, de 28 de marzo. ECLI:ES:TS:2022:1207.

STS núm. 437/2022, de 31 de mayo. ECLI:ES:TS:2022:2307.

ATS de 1 de junio de 2022. ECLI:ES:TS:2022:8819A.

STS núm. 607/2022, de 16 de septiembre. ECLI:ES:TS:2022:3397.

STS núm. 866/2022, de 9 de diciembre. ECLI:ES:TS:2022:4499.

ATS de 19 de abril de 2023. ECLI:ES:TS:2023:4531A.

ATS de 10 de mayo de 2023. ECLI:ES:TS:2023:5650A.

ATS de 7 de junio de 2023. ECLI:ES:TS:2023:7654A.

STS núm. 984/2023, de 20 de junio. ECLI:ES:TS:2023:2727.

ATS de 5 de julio de 2023. ECLI:ES:TS:2023:9656A.

STS núm. 1125/2023, de 10 de julio. ECLI:ES:TS:2023:3258.

STS núm. 1153/2023, de 17 de julio. ECLI:ES:TS:2023:3322.

ATS 19 de julio de 2023. ECLI:ES:TS:2023:15101A.

ATS de 20 de septiembre de 2023. ECLI:ES:TS:2023:12196A.

STS núm. 1302/2023, de 26 de septiembre. ECLI:ES:TS:2023:3830.

STS núm. 632/2023, de 29 de septiembre. ECLI:ES:TS:2022:3565.

STS núm. 1356/2023, de 4 de octubre. ECLI:ES:TS:2023:3976.

STS núm. 1438/2023, de 18 de octubre. ECLI:ES:TS:2023:4413.

STS núm. 1644/2023, de 27 de noviembre. ECLI:ES:TS:2023:5193.

STS núm. 1682/2023, de 29 de noviembre. ECLI:ECLI:ES:TS:2023:5307.

## **Sentencias del Tribunal Constitucional**

STC núm. 17/2006, de 30 de enero. ECLI:ES:TC:2006:17.

STC 185/2012, de 17 de octubre. ECLI:ES:TC:2012:185.

STC 106/2022, de 13 de septiembre. ECLI:ES:TC:2022:106

## **Sentencias de la Audiencia Provincial**

SAP Islas Baleares núm. 505/2013, de 20 de febrero. ECLI:ES:APIB:2013:505.

SAP Granada núm. 205/2014, de 16 de mayo. ECLI:ES:APGR:2014:632.

SAP Albacete núm. 12/2021, de 15 enero. ECLI:ES:APAB:2021:312.

SAP Lugo núm. 434/2021, de 28 de octubre. ECLI:ES:APLU:2021:841.

SAP Alicante núm. 113/2022, de 5 de mayo. ECLI:ES:APA:2022:794.

SAP Madrid núm. 418/2022, de 13 de mayo. ECLI:ES:APM:2022:7368.

SAP Valencia núm. 314/2022, de 18 de mayo. ECLI:ES:APV:2022:1904.

SAP Málaga núm. 1125/2022, de 20 de junio. ECLI:ES:APMA:2022:4209.

SAP Álava núm. 1045/2022, de 7 de julio. ECLI:ES:APVI:2022:1300.

SAP Valencia núm. 537/2022, de 21 de septiembre. ECLI:ES:APV:2022:3125.

SAP Ourense núm. 743/2022, de 21 de octubre. ECLI:ES:APOU:2022:1101.

SAP Málaga núm. 1744/2022, de 18 de noviembre. ECLI:ES:APMA:2022:4488.

SAP Málaga núm. 1868/2022, de 16 de diciembre. ECLI:ES:APMA:2022:4847.

SAP Alicante núm. 30/2023, de 31 de enero. ECLI:ES:APA:2023:236.

SAP Salamanca núm. 43/2023, de 1 de febrero. ECLI:ES:APSA:2023:24.

SAP Madrid núm. 82/2023, de 3 de febrero. ECLI:ES:APM:2023:1610.

SAP Málaga núm. 382/2023, de 22 de marzo. ECLI:ES:APMA:2023:2534.

SAP Huelva núm. 244/2023, de 31 de marzo. ECLI:ES:APH:2023:391.

SAP Salamanca núm. 226/2023, de 5 de mayo. ECLI:ES:APSA:2023:327.

SAP Castellón núm. 200/2023, de 24 de mayo. ECLI:ES:APCS:2023:421.

SAP Cantabria núm. 277/2023, de 29 de mayo. ECLI:ES:APS:2023:770.

SAP Valencia núm. 374/2023, de 7 de junio. ECLI:ES:APV:2023:1717.

SAP Madrid núm. 564/2023, de 9 de junio. ECLI:ES:APM:2023:11875.

SAP Asturias núm. 401/2023, de 13 de junio. ECLI:ES:APO:2023:2292.

SAP Sevilla núm. 289/2023, de 26 de junio. ECLI:ES:APSE:2023:1905.

SAP Valencia núm. 475/2023, de 12 de julio. ECLI:ES:APV:2023:2086.

SAP Madrid núm. 699/2023, de 18 de julio. ECLI:ES:APM:2023:13147.

SAP Madrid núm. 317/2023, de 11 de septiembre. ECLI:ES:APM:2023:14882.

SAP Cantabria núm. 478/2023, de 27 de septiembre. ECLI:ES:APS:2023:1326.

SAP Madrid núm. 344/2023, de 28 de septiembre. ECLI:ES:APM:2023:16017.

SAP Cantabria núm. 564/2023, de 7 de noviembre. ECLI:ES:APS:2023:1370.

## BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

ACUÑA SAN MARTÍN, M., Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio, Dykinson, Madrid, 2015.

ÁGUEDA RODRÍGUEZ, M.A., La guarda y custodia compartida y el interés superior del menor: supuestos de exclusión, Hispalex, 2018.

ALIAGA CASANOVA, A.C., Posibilidad de acordar la custodia compartida de oficio a la luz de la STS 437/2022, de 31 de mayo, Cuaderno de Familia, Boletín jurídico de infancia, familia y capacidad de la asociación judicial Francisco de Vitoria, 3/2023. (Disponible en: <https://www.ajfv.es/boletin/boletin-familia/>).

ALSACIO CARRASCO, L., La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art 92.8CC), 2/2011, InDret. (Disponible en: [\(PDF\) La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta \(Art 92.8 CC\): A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Octubre de 2010. \(researchgate.net\)](#)).

BERROCAL LANZAROT, A.I., La atribución del uso de la vivienda familiar en la guarda y custodia compartida, Revista general de legislación y jurisprudencia, Reus, Madrid, 4/2015.

CAMPUZANO TOMÉ, H., La responsabilidad parental y su ejercicio en supuestos de falta de convivencia de los progenitores: regulación actual del Código Civil y perspectivas de futuro. Revista de Derecho Privado, 1/2017, Reus, Madrid.

CONTRERAS ROMERO, J., Aspectos básicos de la Ley Valenciana de custodia compartida, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

CRESPO LAW, ¿Es posible pasar de custodia compartida a custodia exclusiva?, <[¿Es posible pasar de custodia compartida a custodia exclusiva? | Crespo Law Abogadas de Familia](#)>.

DELGADO SÁEZ, J. La guarda y custodia compartida: estudio de la realidad jurídico-práctica española, Reus, Madrid, 2020.

GALLARDO RODRÍGUEZ, A., Problemas de la atribución del uso de la vivienda familiar y la guarda y custodia compartida en la legislación española, Congreso internacional de Derecho Civil octavo centenario de la Universidad de Salamanca, Tirant lo Blanch-Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2018.

GARCÍA RUBIO, M.P., OTERO CRESPO, M., Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005, Revista Jurídica de Castilla y León, 8/2006. (Disponible en: [Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005 | Administración Pública \(jcy.es\)](#))

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida, Diario La Ley, 7206/2009, La Ley. (Disponible en: <https://laleydigital.laley.es/>).

GORIÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., La vivienda familiar en caso de custodia compartida, sus implicaciones en el Derecho de cosas, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 736/2013, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. (Disponible en: <https://vlex.es/vid/custodia-compartida-implicaciones-derecho-439674390>).

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial, InDret, 2/2008. (Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/124245/172218>).

IGLESIAS MARTÍN, C.R. La custodia compartida: hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, M.C., El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial, Dykinson, Madrid, 2010.

MARÍN PEDREÑO, C; MAGÁN ARCONES, J., Pensión de alimentos: tendencia europea a las tablas, Revista sobre la infancia y la adolescencia, 6/2014. (Disponible en: <https://polipapers.upv.es/index.php/reinad/article/view/2065>).

MARTÍNEZ CALVO, J. La guarda y custodia, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

MARTÍNEZ DE CAREAGA, C., SÁEZ RODRÍGUEZ, M.C., MARTÍNEZ TRISTÁN, G., CUESTA MARTÍNEZ, Á., Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2020. (Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/OBSERVATORIO%20DE%20VIOLENCIA%20DOM%20C3%29STICA/ESTUDIOS/FICHERO/2020%20Guia%20criterios%20act%20jud%20custod%20comp-art.pdf>).

MARTÍNEZ SANCHÍS, N., La guarda y custodia compartida en el derecho autonómico. Estado actual de la cuestión. < [AJI-nº 5\(con portada\) \(idibe.org\)](#)>.

MUÑIZ CASARES, A.M., La audiencia del niño, niña y adolescente, Cuaderno de Familia, Boletín jurídico de infancia, familia y capacidad de la asociación judicial Francisco de Vitoria, 3/2023. (Disponible en: <https://www.ajfv.es/boletin/boletin-familia/>).

PARDILLO HERNÁNDEZ, A., Guarda y custodia compartida: análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, con referencia al marco normativo vigente, Diario La Ley, 8104/2013, La Ley. (Disponible en: <https://laleydigital.laley.es/>)

PÉREZ CONESA, C., Doctrina formulada por el Tribunal Supremo en torno al sistema de custodia de los menores: primacía del que mejor se adapte al interés del menor, coincida o no con la compartida, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, 7/2013, Aranzadi S.A., Cizur Menor. (Disponible en: <http://aranzadi.aranzadi-digital.es/>).

PÉREZ MARTÍN, A.J., Posibilidad de fijar un sistema predeterminado de distribución de estancias en caso de custodia compartida. Boletín de derecho de Familia El Derecho, núm. 110, 2011.

- Artículo 92, en AA.VV (dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.), Comentarios al Código Civil, Lex Nova, Valladolid, 2010.

PÉREZ UREÑA, A.A., La vivienda en los procesos de familia. Cuestiones Prácticas, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., Madrid, 2008.

ROCA TRÍAS, E. Libertad y familia. Discurso leído el día 10 de diciembre de 2012 en el acto de recepción pública como académico de número, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

ROMERO COLOMA, A.M., La guarda y custodia compartida y mala relación entre progenitores, Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación, 80/2018, Lex Nova. (Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es>)

SÁNCHEZ CALERO, F.J. Curso de Derecho Civil IV: Derecho de Familia y sucesiones. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

SIERRA ABOGADOS & INVERSIONES. ¿Qué diferencia hay entre la custodia compartida y la patria potestad? < [¿Qué diferencia hay entre la custodia y la patria potestad? \(sierraabogados.es\)](#)>.

TAMAYO HAYA, S., La custodia compartida como alternativa legal, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 700/2007, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (Disponible en: <https://vlex.es/vid/custodia-compartida-alternativa-legal-385475>).

TENA PIAZUELO, I., Atribución del uso de domicilio, tras la ruptura de la convivencia, que no tiene actualmente la condición de vivienda familiar. Comentario a la sentencia 16 de enero de 2015 (RJ 2015/355), Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 101/2016, Civitas, Pamplona. (Disponible en: <http://aranzadi.aranzadi-digital.es/>).

TORRES PEREA, J.M., Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social, 4/2011, InDret. (Disponible en: <https://indret.com/custodia-compartida-una-alternativa-exigida-por-la-nueva-realidad-social/>).

VIÑAS MAESTRE, D., Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda, InDret, 3/2012. (Disponible en: <https://indret.com/medidas-relativas-a-los-hijos-menores-en-caso-de-ruptura-especial-referencia-a-la-guarda/>).

VIOLA DEMESTRE, I., Comentario a la Sentencia de 3 de diciembre de 2013. Atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 95/2014, Civitas, Pamplona.