

CUSTODIA COMPARTIDA Y VIVIENDA COMÚN EN
CASOS DE PROGENITORES SIN RECURSOS. COMENTARIO
A LA STS DE ESPAÑA NÚM. 215/2019, DE 5 DE ABRIL

*JOINT CUSTODY AND FAMILY HOUSE IN CASES OF PARENTS
WITHOUT RESOURCES. COMMENT ON SPANISH STS 215/2019,
OF APRIL 5TH*

Rev. Boliv. de Derecho N° 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 718-731



Borja DEL
CAMPO
ÁLVAREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: En la sentencia 215/2019 de 5 de abril el Tribunal Supremo establece su criterio sobre el ejercicio de la guardia y custodia compartida de hijos menores de edad y la vivienda común en casos de incapacidad económica de los progenitores. A lo largo de estas líneas se realiza un análisis del pronunciamiento y se extraen diferentes conclusiones en torno a diferentes figuras del Derecho de Familia español.

PALABRAS CLAVE: Derecho de Familia; custodia compartida; vivienda familiar.

ABSTRACT: *In sentence 215/2019 of April 5th, the Supreme Court establishes its criteria on the exercise of guardianship and joint custody of minor children and common housing in cases of economic incapacity of the parents. Along these lines, an analysis of the pronouncement is made and different conclusions are drawn about different figures in Spanish Family Law.*

KEY WORDS: *Family Law; joint custody; family house.*

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- COMENTARIO: I. LA CUSTODIA COMPARTIDA Y EL INTERÉS DEL MENOR. BREVE ESTUDIO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.- II. APUNTES SOBRE LOS CRITERIOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 215/2019 DE 5 ABRIL SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA Y LA VIVIENDA COMÚN EN CASOS DE PROGENITORES SIN RECURSOS.

SUPUESTO DE HECHO

El juzgado de primera instancia decidió conceder, en un proceso de modificación de medidas instado por el progenitor no custodio, el régimen de guardia y custodia compartida con alternación semanal del hijo menor de edad. A tal efecto, se aprobó la medida de que se compartiera la vivienda familiar con el objeto de que el menor no tuviera que cambiar de residencia cada semana.

La decisión fue tomada siguiendo las recomendaciones del informe psicosocial elaborado por lo expertos. Según las conclusiones de los especialistas, el régimen de custodia compartida redundaba en el interés del menor puesto que existía una “buena vinculación afectiva” con ambos progenitores. Asimismo se afirmaba que tanto el padre como la madre estaban perfectamente capacitados para el ejercicio común de la custodia de su hijo menor¹.

Un año después, la Audiencia Provincial de Granada, en apelación, decide estimar el recurso y revocar el fallo de la sentencia del juzgado de primera instancia

¹ En el fundamento jurídico primero de la sentencia se determina que “explica que ambos reúnen capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de responsabilidades parentales y apoyos familiares y que el equipo psicosocial detecta que la madre atribuye al hijo expresiones y conductas que no son adecuadas ni objetivas para su edad. Igualmente considera acreditado que el padre tiene trabajo que le permite alternar turnos de tarde y mañana, lo que le permitiría dedicar la tarde al completo al cuidado del hijo, contando con el apoyo además de sus padres. Concluye que el informe del equipo psicosocial, se insistió en los beneficios que la custodia compartida ofrece al niño, destacando las aptitudes del padre, para el desarrollo eficaz del mismo; así como que de las testificales e interrogatorios se ha obtenido la convicción de que ambos progenitores están perfectamente capacitados para el ejercicio de la custodia responsable, que el menor presenta buena vinculación afectiva con ambos, por mucho que la madre se haya esforzado en manifestar lo contrario- indica expresamente la sentencia- y que ambos cuentan con apoyo familiar necesario, cuando lo precisen. Concluye que, al no concurrir ningún impedimento en los progenitores, se acuerda la custodia compartida por semanas, a través de sistema nido, de modo que el menor quedará siempre en el domicilio familiar, alternándose los progenitores”.

• **Borja del Campo Álvarez**

Investigador predoctoral del área de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo. Correo electrónico: campoborja@uniovi.es.

sobre la modificación de medidas². Ello se tradujo en la vuelta a un régimen de guardia y custodia monoparental y exclusiva del hijo menor de edad en favor de su madre.

La Audiencia Provincial considera, en el fundamento jurídico segundo, que “no existen hechos que aconsejen la modificación de medidas (...). Desde las malas relaciones de los padres³, las buenas del menor con su madre y abuelos maternos, no nos parece conveniente en absoluto, al no beneficiar al menor en nada lo que se pretende. Y, por supuesto la guarda y custodia compartida y, descabellado el establecimiento de los padres para habitar en la misma vivienda”. Ante esto, el padre del menor decidió interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo. En un pronunciamiento breve, pero con gran interés, se muestra muy crítico con los razonamientos expresados por la Audiencia Provincial de Granada.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La novedad de esta resolución judicial viene determinada por los razonamientos y conclusiones que alcanza el Tribunal Supremo respecto del objeto del recurso de casación: la custodia compartida y la vivienda común en casos de progenitores sin recursos. Se analizan las consecuencias jurídicas sobre la vivienda común en aquellos casos en los que concurre una incapacidad económica sobrevinida de los progenitores con un régimen de custodia compartida de los hijos menores⁴.

Respecto de la modificación de medidas⁵ entiende que “dado que el menor contaba con meses cuando los progenitores rompieron su convivencia, que en la actualidad tiene siete años y que en anterior procedimiento ya se anunciaba la posibilidad de un cambio en el sistema de custodia, debemos concluir que se aprecia un cambio cierto y sustancial de las circunstancias concurrentes, como para posibilitar un cambio de custodia en interés del menor; unido ello al informe

- 2 Para mayor abundancia sobre la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en torno a la figura de la custodia compartida cfr. CAMPUZANO TOMÉ, H.: “La custodia compartida: doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales”, *Aranzadi Civil: revista quincenal*, núm. 3, 2004, pp. 2479-2512.
- 3 Cfr. OROZCO GONZÁLEZ, M.: “La influencia negativa del progenitor y custodia: reflexiones acerca de la jurisprudencia reciente”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 18, 2018.
- 4 Cfr. FLORES MARTÍN, J.: “Ejercicio de la custodia compartida en la vivienda común y empobrecimiento patrimonial de los progenitores: Comentario a la STS 215/2019, de 5 de abril”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 49, 2019.
- 5 Cfr. BELTRÁ CABELLO, C.: “Guarda y custodia compartida del menor: modificación de medidas en un divorcio”, *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 184, 2016, pp. 41-46; CALLEJO CARRIÓN, S.: “El Tribunal Supremo y los procesos de modificación de medidas en el ámbito familiar: de la alteración sustancial de circunstancias al cambio cierto (Comentario a la STS de 5 de abril de 2019, rec. núm. 2732/2018)”, *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 223-224, 2019, pp. 61-66; FLORIT FERNÁNDEZ, C.: “Consecuencias de la adjudicación de la custodia individual en las medidas provisionales en cuanto a las posibilidades de una futura custodia compartida en el proceso principal”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 28, 2019, pp. 516-537; PÉREZ MARTÍN, A. J.: “Modificación de medidas: de la custodia individual a la custodia compartida”, *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 77, 2017, pp. 31-57.

psicosocial favorable”⁶. En este sentido, no se deja de reiterar la consolidada jurisprudencia sobre modificación de medidas⁷.

Sobre la conveniencia del régimen de guarda y custodia compartida para el hijo menor de este caso en concreto el Tribunal Supremo afirma que “la sentencia recurrida, se aparta de la doctrina mencionada, sustentando su postura en datos inconsistentes, imprecisos e incompletos, limitándose a mencionar las bondades del mantenimiento del sistema de custodia sin contrastarlo con las posibilidades del solicitado, que aconsejaba el informe psicosocial”⁸.

El tribunal considera que “los progenitores se alternen en la vivienda familiar, para que el niño no salga de la misma (...) no es compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común”. Añade, finalmente, que “el destino de la vivienda familiar será el que las partes le den, de acuerdo con la naturaleza del bien”.

COMENTARIO

I. La custodia compartida y el interés del menor. Breve estudio normativo y jurisprudencial.

La custodia compartida constituye, desde hace bastantes años, una de las instituciones emergentes en el Derecho de Familia español. En la actualidad es muy frecuente encontrarse con muchos pronunciamientos que prevén la custodia

6 En la misma línea, cfr. las SSTs 12 abril (242/2016) y 13 abril 2016 (251/2016).

7 Cfr. CAÑIZARES AGUADO, R. E.: “Los requisitos para solicitar la modificación de las medidas paterno filiales en base a la última jurisprudencia”, *Economist & Jurist*, vol. 26, núm. 223, 2018, pp. 26-37.

8 “La interpretación del artículo 92 (...) debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma “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 hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”. Cfr. STS 25 abril 2014 (200/2014).

“(…) Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos (STS de 2 de julio de 2014).

compartida como solución preponderante en una gran mayoría de los supuestos de crisis familiares, no exentas de litigiosidad⁹.

Conviene recordar que, dada la configuración de nuestro país como un estado plurilegislativo, existen normas de rango autonómico y foral que regulan, de forma específica, el régimen relativo a la guardia y custodia de los hijos menores en casos de nulidad, separación o divorcio¹⁰.

Existe una tendencia jurisprudencial, legislativa y doctrinal generalizada que aboga por el régimen de custodia compartida respecto de los hijos menores en común¹¹, en claro detrimento de otros modelos, como la custodia exclusiva, otrora vigentes y cuyo impacto actual es, salvo contadas excepciones, mucho más limitado.

En este sentido, conviene recordar que, hasta la reforma del Código Civil por la ley de 9 de julio de 2005, se contemplaba la atribución legal de la guardia y custodia a uno de los progenitores en exclusividad. La evolución normativa ha sido paulatina, el legislador ha ido adaptando, gradualmente, el régimen legal de la custodia de los hijos menores.

Así, el primigenio art. 70 CC recogía que, en casos de nulidad matrimonial “los hijos mayores de siete años quedarán bajo el cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno sólo de los cónyuges, quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos”.

Por su parte, el art. 73 CC, previsto para los supuestos de separación, señalaba que “debían ser puestos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente”. En ambas situaciones, tanto si se producía un caso de nulidad matrimonial o se materializaba la separación de los cónyuges, el cuidado de los hijos e hijas menores de siete años quedaba en manos de la madre.

Con las reformas de 13 de mayo y 24 de mayo de 1981 no se implementó el modelo de custodia compartida en nuestro país, a pesar de que se realizó algún tímido cambio en esta línea. Por aquel entonces se aprobó la eliminación del

9 Cfr. BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Cuestiones controvertidas e implicaciones prácticas en torno a la guardia y custodia compartida”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 3, 2014, pp. 29-53.

10 Cfr. MARTÍNEZ CALVO, J.: *La guardia y custodia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 97-126; SEISDEDOS MUIÑO, A.: “La custodia compartida en el Código Civil y en la legislación autonómica”, en AA.VV.: *Justicia en tiempos de crisis* (coord. por Ixusko Ordeñana Gezuraga y Maite Uriarte Ricote) Universidad del País Vasco, Bilbao, 2016, pp. 483-508.

11 Cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 91, núm. 752, 2015, pp. 3389-3468.

criterio de atribución de la prole al cónyuge inocente, dando paso a la ponderación del juez conforme al principio de interés del menor a efectos de determinar la custodia de los hijos mayores de siete años (art. 159 CC).

En la reforma del año 1990 se suprimió, en virtud del principio de igualdad y no discriminación, el criterio de preferencia materna para la guarda y cuidado de los hijos menores de siete años¹². Sin embargo, no es hasta el año 2005 cuando el legislador apuesta, decididamente, por desplazar el modelo de custodia monoparental por el de custodia compartida que tan interiorizado se encuentra hoy en nuestro pensamiento colectivo y que, pese a ello, sigue generando un enriquecedor debate doctrinal¹³.

La redacción actual del primer inciso del art. 92.5 CC, modificación introducida por la ley 15/2005 de 8 de julio, recoge 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”. Esta regla ha sido perfilada por la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁴.

En la actualidad, la custodia compartida en los casos de nulidad, separación o divorcio constituye la regla general. Algo que viene reforzado, no solo por la doctrina jurisprudencial, sino también por lo contenido en el art. 92.8 CC, que dispone 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

12 Tal y como señala GUILARTE MARTÍN-CALERO a este respecto, “se constata aquí perfectamente la evolución experimentada en esta materia que, inicialmente, refleja una sociedad patriarcal donde aparecen perfectamente atribuidas las funciones de guarda y cuidado de la prole a la madre, lo que determinaba la consagración legal de la antigua pero todavía vigente doctrina de los años tiernos, en cuya virtud se presume que toda madre, por el hecho de serlo, está mejor capacitada que el padre para la crianza y cuidado de los hijos, de manera que, salvo que quede probada su concreta incapacidad, se le atribuirá la guarda de los hijos menores de 7 años; doctrina a todas luces inconstitucional y que colocaba a los padres en una situación de desventaja; hoy la ley es neutra y presume que ambos padres están igualmente capacitados para la crianza de los hijos, erigiéndose como único criterio legal el principio del interés superior del menor que deberá ser concretado por el juez atendiendo a las circunstancias del caso de que se trate”. Cfr. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2010.

13 Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “Custodia compartida. Vigencia y práctica en el Código Civil. Aplicación jurisprudencial”, *Actualidad Civil*, núm. 6, 2016, pp. 4-10; ZARRALUQUI NAVARRO, L.: “A vueltas con la guardia y custodia compartida”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 954, 2019.

14 Sobre la idoneidad de la custodia compartida el Tribunal Supremo afirma que “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 concurran 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”. Cfr. SSTS 4 octubre 2009 (623/2009) y 29 abril 2013 (257/2013), entre otras.

en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor¹⁵.

Del análisis conjunto de los citados artículos es fácil deducir que el legislador se decanta, con meridiana claridad, por el modelo de custodia compartida. Bien es cierto que, en la forma que lo hace no es quizás la más adecuada. En todo caso, no debería sorprendernos, la mejorable técnica legislativa que, desgraciadamente, arrastra desde hace algún tiempo nuestro ordenamiento.

Es evidente que, a pesar de su redacción, el modelo preponderante es el de la custodia compartida entre los progenitores¹⁶. Así, con base en el interés superior del menor¹⁷ y sin ser muy rígido con los requisitos del quinto apartado del art. 92 CC, el legislador da un amplio margen al juez para, a instancia de las partes, establecer un régimen de guardia y custodia compartida de los hijos menores de edad¹⁸.

Conviene señalar que, conceptualmente, la guardia y custodia compartida debería ir más allá de una mera cuestión cuantitativa¹⁹. No se trata solo de una

15 Sobre este apartado cabe recordar que el Tribunal Constitucional, a raíz de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria nº 912-2006, declaró inconstitucional el término “favorable”, el cual aparecía inserto en la redacción inicial del art. 92 CC [“Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”].

16 En palabras del Tribunal Supremo “habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”. Cfr. SSTS 25 de abril (200/2014), 30 de octubre (619/2014) y 18 noviembre 2014 (616/2014). A su juicio, la pretensión de la custodia compartida debe ser la de “aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos”. Cfr. STS 16 febrero 2015 (52/2015).

17 Cfr. ATIENZA LÓPEZ, J. I.: “El interés del menor y la custodia compartida”, *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 79-80, 2007, pp. 45-52; GOÑI HUARTE, E.: “La evolución del interés superior del menor en la atribución de la guarda y custodia compartida”, en AA.VV.: *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española* (coord. por Susana Sanz Caballero), Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2017, pp. 415-424.

A este respecto el Tribunal Supremo ha señalado que “siempre deberá tenerse en cuenta que el interés del menor constituye una cuestión de orden público. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses”. Cfr. SSTS 10 diciembre 2012 (745/2012) y 31 enero 2013 (823/2012). “Es la suma de distintos factores que tienen que ver no sólo 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 del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status si no similar, si parecido al que disfrutaba hasta ese momento, y esto se consigue no sólo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar”. Cfr. SSTS 17 junio (426/2013) y 17 de octubre 2013 (622/2013).

18 Cfr. DURÁN RIVACOBA, R.: “Custodia compartida y ejercicio jurisdiccional”, en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel* (coord. por Luis Díez-Picazo), vol. I, 2014, pp. 1215-1239.

19 Cfr. RAMÍREZ GONZÁLEZ, M.: “¿De qué hablamos cuando aludimos a la custodia compartida?: errores frecuentes en su conceptualización”, *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, vol. 15, núm. 1, 2015, pp. 29-37;

determinación estrictamente residencial o temporal, en la que el juez debe terminar dónde y cuánto tiempo pasan los hijos menores con cada uno de sus progenitores. Es, o debería ser, un modelo de corresponsabilidad parental sobre su educación y cuidados.

En todo caso, aunque la tendencia generalizada es la de establecer un régimen de guardia y custodia compartida, deben tenerse siempre muy presente las circunstancias propias de cada caso. Bien es cierto que, como se ha señalado, la custodia compartida es la regla general y, salvo excepciones, presenta múltiples ventajas. Pese a ello, cabe poner especial cuidado en proteger el interés menor en concreto²⁰ y la relación existente entre los progenitores²¹.

II. APUNTES SOBRE LOS CRITERIOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 215/2019 DE 5 ABRIL SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA Y LA VIVIENDA COMÚN EN CASOS DE PROGENITORES SIN RECURSOS.

El tema relativo a la vivienda familiar es, al margen de alguna salvedad, fuente constante de conflictos en una gran mayoría de los procedimientos de crisis familiares, con especial incidencia en aquéllos en los que el régimen establecido es el de guarda y custodia compartida²².

Es, por tanto, tal y como se indicaba en líneas anteriores, muy abundante la jurisprudencia sobre la figura de la custodia compartida en el ordenamiento jurídico español. Son muchos los pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que se analiza su concepto y alcance. En tiempos recientes destaca el pronunciamiento analizado: la sentencia 215/2019 de 5 abril, de la fue ponente el magistrado Arroyo Fiestas.

TENA PIAZUELO, I.: "Conceptos jurídicos indeterminados y generalización de la custodia compartida", *Revista de Derecho Civil*, núm. 5, vol. I, 2018, pp. 99-131.

- 20 Así, debe prevalecer el interés "de un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso". Cfr. STS 13 febrero 2015 (47/2015).
- 21 El criterio del Tribunal Supremo sobre la custodia compartida parte de la premisa de que existe una "necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad". Cfr. STS 30 octubre 2014 (619/2014).
Cfr. MARTÍNEZ SANCHÍS, N.: "La incidencia de las malas relaciones entre los progenitores a la hora de acordar el régimen de guarda y custodia compartida. Análisis de la reciente doctrina del Tribunal Supremo", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, 2018, pp. 402-417; ROMERO COLOMA, A. M.: "Guarda y custodia compartida y mala relación entre progenitores", *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 80, 2018, pp. 367-374.
- 22 Cfr. CHAPARRO MATAMOROS, P.: "La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida", *Actualidad Civil*, núm. 2, 2019; DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: "Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar: análisis jurisprudencia", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, 2012, pp. 2298-2326; TORRELLES TOREA, E.: "Atribución del uso de la vivienda familiar y titularidad de la misma en los supuestos de custodia compartida: límites temporales y/o derecho a compensación", *Revista de derecho privado*, núm. 101, 2017, pp. 57-92.

Son varias las consideraciones que se pueden sobre ella. Cabe destacar, en primer lugar, la conjunción de factores que propician la conclusión que alcanza el Tribunal Supremo. Se trata de una separación en el que el régimen sobre los menores es el de guardia y custodia compartida. Ello favorece, como suele suceder en la mayoría de los casos de esta naturaleza, la existencia y el mantenimiento de la vivienda familiar común²³. De esta forma, los progenitores alternan, por periodos, su estancia en la casa a efectos cumplir sus obligaciones parentales²⁴.

Sin embargo, en este caso se introduce un elemento clave: la constatada incapacidad económica de ambos progenitores. Según consta en la sentencia analizada, la situación económica de los litigantes hace imposible el mantenimiento de lo que serían tres viviendas: la familiar y la propia de cada uno de ellos. Consecuentemente, se entiende que la alternancia en la vivienda familiar de los progenitores con su capacidad económica resulta incompatible, al verse esta última seriamente comprometida.

En este sentido, la solución es salomónica y pasa, ante un contexto económico adverso, porque los progenitores ejerzan la guarda y custodia de los hijos menores en sus respectivos domicilios. El Tribunal Supremo considera que, conforme a estas circunstancias, resulta insostenible el mantenimiento de la vivienda familiar con las viviendas de cada uno de los progenitores. Debe sumarse además, como segundo factor relevante, la probada conflictividad existente entre ellos.

Resulta curioso que no se haga referencia expresa al destino de la vivienda familiar. Así, se da libertad a las partes para que decidan su destino según sus características y naturaleza. Bien es cierto que, en este punto, podría haberse optado por precisar de alguna forma el destino de la vivienda familiar con el fin de evitar posibles conflictos al respecto.

En todo caso, es fácil imaginar que, si su capacidad económica es limitada, se procederá a la venta de la casa y al reparto por mitad de los beneficios salvo que existan impedimentos jurídicos de algún tipo que lo imposibilite²⁵.

Puede observarse en este razonamiento una sólida defensa de la guardia y custodia compartida y su configuración como el sistema, en términos generales, más aconsejable en casos de separación o divorcio con hijos menores. En esta

23 Cfr. CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 340-374.

24 Cfr. MARTÍNEZ CALVO, J.: *La guardia*, op. cit., pp. 469-486.

25 Cfr. ATIENZA NAVARRO, M. L.: "Venta de vivienda habitual de la familia y protección del tercero de buena fe", en AA.VV.: *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz* (coord. por Ángel Carrasco Perera), vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2013, pp. 817-828.

sentencia se reafirma toda la línea jurisprudencial sobre esta figura²⁶, hoy tan presente en el Derecho de Familia español²⁷.

Se trata, como puede observarse, de una sentencia muy novedosa en la que el Tribunal Supremo establece su criterio sobre el ejercicio de la custodia compartida en la vivienda común en casos de empobrecimiento patrimonial de los progenitores. Cabe, no obstante, mostrar cautela y mantenerse a la expectativa pues no es descartable dadas las enormes vicisitudes que surgen la guardia y custodia de los hijos menores de edad, el destino de la vivienda o más recientemente, sobre el cuidado de los animales domésticos²⁸ en las crisis familiares.

26 Cfr. CABEZUELO ARENAS, A.L.: "Breves notas sobre la custodia compartida en la jurisprudencia", en AA.VV.: *El experto universitario en justicia de menores* (coord. por José Martín Ostos), Asigi, Sevilla, 2008, pp. 26-32; ACOSTA, L.: "Consolidación de la doctrina jurisprudencial sobre guarda y custodia compartida", *Actualidad Civil*, núm. 3, 2014.

27 Cfr. MARTÍNEZ CALVO, J.: *La guardia*, op. cit., pp. 25-72.

28 Cfr. DEL CAMPO ÁLVAREZ, B.: "El nuevo estatus jurídico de los animales", *Diario La Ley*, núm. 9207, 2018.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA, L.: "Consolidación de la doctrina jurisprudencial sobre guarda y custodia compartida", *Actualidad Civil*, núm. 3, 2014.

ATIENZA LÓPEZ, J. I.: "El interés del menor y la custodia compartida", *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 79-80, 2007.

ATIENZA NAVARRO, M. L.: "Venta de vivienda habitual de la familia y protección del tercero de buena fe", en AA.VV.: *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz* (coord. por Ángel Carrasco Perera), vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2013.

BELTRÁ CABELLO, C.: "Guarda y custodia compartida del menor: modificación de medidas en un divorcio", *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 184, 2016.

BERROCAL LANZAROT, A. I.: "Cuestiones controvertidas e implicaciones prácticas en torno a la guarda y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 3, 2014.

CABEZUELO ARENAS, A. L.: "Breves notas sobre la custodia compartida en la jurisprudencia", en AA.VV.: *El experto universitario en justicia de menores* (coord. por José Martín Ostos), Asigi, Sevilla, 2008.

CALLEJO CARRIÓN, S.: "El Tribunal Supremo y los procesos de modificación de medidas en el ámbito familiar: de la alteración sustancial de circunstancias al cambio cierto (Comentario a la STS de 5 de abril de 2019, rec. núm. 2732/2018)", *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 223-224, 2019.

CAMPUZANO TOMÉ, H.: "La custodia compartida: doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales", *Aranzadi Civil: revista quincenal*, núm. 3, 2004.

CAÑIZARES AGUADO, R. E.: "Los requisitos para solicitar la modificación de las medidas paterno filiales en base a la última jurisprudencia", *Economist & Jurist*, vol. 26, núm. 223, 2018.

CHAPARRO MATAMOROS, P.:

Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

“La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida”, *Actualidad Civil*, núm. 2, 2019.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: “Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar: análisis jurisprudencia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, 2012.

DEL CAMPO ÁLVAREZ, B.: “El nuevo estatus jurídico de los animales y su incidencia en los casos de separación y divorcio”, *Diario La Ley*, núm. 9207, 2018.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 91, núm. 752, 2015, pp. 3389-3468.

DURÁN RIVACOBA, R.: “Custodia compartida y ejercicio jurisdiccional”, en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel* (coord. por Luis Díez-Picazo), vol. 1, 2014.

FLORES MARTÍN, J.: “Ejercicio de la custodia compartida en la vivienda común y empobrecimiento patrimonial de los progenitores: Comentario a la STS 215/2019, de 5 de abril”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 49, 2019.

FLORIT FERNÁNDEZ, C.: “Consecuencias de la adjudicación de la custodia individual en las medidas provisionales en cuanto a las posibilidades de una futura custodia compartida en el proceso principal”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 28, 2019.

GOÑI HUARTE, E.: “La evolución del interés superior del menor en la atribución de la guarda y custodia compartida”, en AA.VV.: *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española* (coord. por Susana Sanz Caballero), Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2017.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2010.

MARTÍNEZ CALVO, J.: *La guardia y custodia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MARTÍNEZ SANCHÍS, N.: “La incidencia de las malas relaciones entre los progenitores a la hora de acordar el régimen de guarda y custodia compartida. Análisis de la reciente doctrina del Tribunal Supremo”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, 2018.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "Custodia compartida. Vigencia y práctica en el Código Civil. Aplicación jurisprudencial", *Actualidad Civil*, núm. 6, 2016.

OROZCO GONZÁLEZ, M.: "La influencia negativa del progenitor y custodia: reflexiones acerca de la jurisprudencia reciente", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 18, 2018.

PÉREZ MARTÍN, A. J.: "Modificación de medidas: de la custodia individual a la custodia compartida", *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 77, 2017.

RAMÍREZ GONZÁLEZ, M.: "¿De qué hablamos cuando aludimos a la custodia compartida?: errores frecuentes en su conceptualización", *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, vol. 15, núm. 1, 2015.

ROMERO COLOMA, A. M.: "Guarda y custodia compartida y mala relación entre progenitores", *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 80, 2018.

SEISDEDOS MUIÑO, A.: "La custodia compartida en el Código Civil y en la legislación autonómica", en AA.VV.: *Justicia en tiempos de crisis* (coord. por Ixusko Ordeñana Gezuraga y Maite Uriarte Ricote) Universidad del País Vasco, Bilbao, 2016.

TENA PIAZUELO, I.: "Conceptos jurídicos indeterminados y generalización de la custodia compartida", *Revista de Derecho Civil*, núm. 5, vol. I, 2018.

TORRELLES TOREA, E.: "Atribución del uso de la vivienda familiar y titularidad de la misma en los supuestos de custodia compartida: límites temporales y/o derecho a compensación", *Revista de derecho privado*, núm. 101, 2017.

ZARRALUQUI NAVARRO, L.: "A vueltas con la guardia y custodia compartida", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 954, 2019.