



Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna

Grado en: DERECHO
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso / 2019-2020
Convocatoria: Junio

**ANÁLISIS DEL RÉGIMEN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DE
LOS HIJOS MENORES**

[ANALYSIS OF THE SHARED CUSTODY AND CUSTODY REGIME OF MINOR
CHILDREN]

Realizado por el alumno **D. MIGUEL ÁNGEL CARDOSO RAMÍREZ**

Tutorizado por el profesor D. MIGUEL GÓMEZ PERALS

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Civil.



ABSTRACT

This work is based on the analysis of the legal guardianship or child custody, with a small reference to its regulation in the past, before the present text of the Civil Code was applied. The way courts have ruled, and some significant judicial decisions are also analyzed, as well as the most common problems that appear on a daily basis.

At the same time, the principles that rule child custody will be studied, including quotes of court rulings of the Supreme Court and the Constitutional Court related to child guardianship in general and joint custody in particular and also, doctrinal positions and considerations of joint custody with the aim of finding the most beneficial model for the children interest.

Specifically, the main issues faced by our courts at the time of attributing the use of the family home or alimony will be exposed.

Finally, an examination of the situation of COVID-19 and the agreements taken by the different Family Courts with regard to what was arranged by the General Council of the Judiciary will take place.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

El presente trabajo intentará realizar un análisis de la figura de la guarda y custodia compartida, haciendo una breve referencia a su aplicación con anterioridad a nuestra actual normativa recogida en el Código Civil. También se expondrán las doctrinas jurisprudenciales elaboradas en torno a la figura y los problemas prácticos que se plantean en el día a día.

En particular se estudiarán los principios que rigen la atribución de la guarda y custodia de los menores, con citas de las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, en relación con la guarda de menores en general y la custodia compartida en especial, así como las posiciones doctrinales en relación con el modelo más beneficioso para el interés del menor.

Concretamente se plasmarán aquellas cuestiones más problemáticas que se encuentran nuestros tribunales en el momento de atribuir el uso de la vivienda familiar o la pensión alimenticia.

Por último, se reflejará la situación del Covid-19 y los acuerdos tomados por los diferentes Juzgados de Familia respecto a lo acordado por el Consejo General del Poder Judicial.



ÍNDICE

1. Introducción	3
2. Referencia histórica. Especial referencia a la reforma del artículo 92 del Código Civil.....	5
3. Conceptos y principios que rigen la guarda y custodia compartida.....	9
3.1 Principio del interés superior del menor.....	13
3.2 Otros principios que preside esta guarda y custodia.....	16
4. Problemas prácticos más comunes.....	23
4.1 Vivienda familiar	23
4.2 Pensión de alimentos.....	26
5. Declaración del estado de alarma y efectos sobre el régimen de guarda y custodia compartida	30
6. Conclusiones	33
7. Bibliografía y Webgrafía.....	36
8. Sentencias consultadas	38



1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto realizar un análisis de la figura de la guarda y custodia compartida de los hijos menores, destacando aquellos aspectos que han tenido tratamiento jurisprudencial y que han gozado de mayor relevancia en la práctica de los Tribunales.

En la sociedad actual podemos encontrar diferentes modelos familiares. Entre ellos, parejas con hijos menores en el marco de una relación matrimonial o de pareja estable análoga a la conyugal, y casos de progenitores que no mantienen convivencia ni ningún vínculo entre sí, aparte de la existencia de los hijos comunes.

En todo caso la separación de los progenitores conlleva grandes cambios vitales y consecuencias jurídicas, especialmente en lo que respecta a los hijos menores de edad que conviven con ellos, de ahí que resulte de gran importancia que las desavenencias entre los progenitores no afecten a los hijos, y sobre todo que la separación de aquéllos no suponga el distanciamiento y desatención de la vida de los menores.

La ruptura de la convivencia afecta de manera muy importante a la guarda y custodia de los hijos. La decisión al respecto ha de estar basada principalmente en uno de los grandes pilares consagrados por nuestro legislador y muy estudiado por la doctrina científica, como es la tutela del interés superior del menor.

Con este principio se trata de establecer un sistema de convivencia y relación del menor con sus progenitores que le sea beneficioso y le ayude a tener una vida estable y adecuada a su edad y circunstancias, procurando minimizar las consecuencias de dicha ruptura de la convivencia de los progenitores, que puede irrogar a los menores perjuicios en diversos aspectos y ámbitos de su vida.

En principio, el legislador confía a los progenitores la decisión de llegar a un acuerdo sobre el régimen de guarda y custodia, ya sea compartida o exclusiva. No obstante, a falta de acuerdos, en aquellos casos en los que no se pueda llegar a un acuerdo, será la autoridad judicial quien tenga la facultad de determinar cuál será el



régimen más adecuado y conveniente para el menor, basándose en el principio del interés superior.

El interés superior del menor constituye un principio que viene establecido en la Convención de los Derechos del Niño¹, y que ha sido recogido en el artículo 39 de la Constitución Española (en adelante, CE).

El presente trabajo tiene como finalidad analizar concretamente una modalidad del régimen de guarda y custodia de los hijos, como es la guarda y custodia compartida, en virtud de la cual los progenitores continuarán desarrollando las mismas obligaciones y responsabilidades que, con anterioridad a su ruptura tenían en relación con sus menores, con las especificidades que en cada caso se establezcan.

También se analizará cuáles son los criterios en los que se basará el Juez para tomar una decisión al respecto sobre el régimen más adecuado y los posibles conflictos que nos podemos encontrar actualmente en relación con la atribución de la vivienda y la pensión de alimentos al progenitor no custodio.

Me parece imprescindible hacer una breve referencia histórica a propósito del asunto que tratamos y con ello la reforma que ha sufrido el artículo 92 del código Civil (en adelante, CC).

¹*Vid.* 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.



2. Referencia histórica. Especial referencia a la reforma del artículo 92 del Código Civil

Resulta necesario repasar la evolución que ha sufrido el régimen de guarda y custodia de los hijos a lo largo de los años. De ahí que comience ofreciendo algunas pinceladas sobre estos antecedentes históricos que nos permite tener una visión de cómo ha ido evolucionado el régimen, para pasar a continuación a analizar el ámbito que alcanza.

En el siglo XIX nos encontramos con la Ley de Matrimonio civil de 1870², que se basaba en el criterio de la buena fe o culpabilidad, es decir, se seguía el criterio causal en el tratamiento de las crisis matrimoniales, y la existencia de un responsable. Por ejemplo, la infidelidad o adulterio se consideraba un acto que atentaba contra el principio de buena fe, por lo que, tras la disolución de la unión matrimonial, los hijos menores de edad quedaban sometidos a la potestad del cónyuge inocente. A su vez, si ambos cónyuges fueran culpables, los menores quedarían bajo la autoridad de un tutor o curador. No obstante, quien asumía el cuidado de los hijos menores de tres años era la madre, salvo que una sentencia estableciera que fuese el padre quien se encargase del menor.

Un aspecto a tener en cuenta es que el cónyuge culpable, estaría privado de la patria potestad y de los derechos sobre los bienes de los hijos. Sin embargo, tras la muerte del cónyuge inocente se encargaría el culpable de recobrarlos.

En el Código Civil de 1889 se añade que los niños mayores de tres años quedarían bajo la guarda y custodia del padre, y las niñas de la misma edad, bajo la de la madre. En el caso de los menores de tres años, éstos quedarían bajo la guarda y custodia de la madre, salvo que una sentencia estableciera lo contrario. Esta situación de

²Vid. Artículo 97 de Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870.



radical cambio tutelar trajo consigo un posible extrañamiento sentimental entre el menor y el progenitor.

A su vez, en 1932 se instaura la primera Ley que regula la figura del divorcio como una causa de disolución del matrimonio³, y que además establece que dicha disolución no exime a los padres de sus obligaciones respecto a sus hijos, debiendo continuar con su cumplimiento.

Posteriormente, con la Ley de 24 de abril de 1958 se vuelve a instaurar expresamente el criterio de la culpabilidad⁴, según la cual los hijos mayores de siete años quedarán bajo el cuidado del padre y las hijas del de la madre. Entendiendo que los menores de dicha edad estarían al cuidado de la madre, pues se consideraba lo más beneficioso para ellos.

Conforme a la Ley 30/1981 de 7 de julio⁵, se recoge el procedimiento a seguir en las causas de separación, nulidad o divorcio, y será el Juez el encargado de determinar qué progenitor ostentará la guarda y custodia de los menores, siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor.

Por último, la Ley 11/1990, de 15 de octubre⁶, establece que en el caso de que los progenitores no lleguen a un acuerdo, el Juez escuchará al menor que tenga suficiente juicio y siempre que sea mayor de doce años, poniendo fin con ello a la

³Vid. Ley del divorcio de 2 de marzo de 1932.

⁴Vid. Artículo 70: “La ejecutoria de nulidad del matrimonio producirá los siguientes efectos: los hijos mayores de siete años quedarán al 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 solo de los cónyuges quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos. Si la mala fe fuere de ambos, el Tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del número segundo del artículo setenta y tres. Los hijos e hijas menores de siete años estarán, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre”.

⁵Vid. Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

⁶Vid. Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.



situación discriminatoria de atribuir invariablemente el régimen de guarda y custodia compartida a la progenitora⁷.

Tras la reforma de la Ley 15/2005, se modifican los apartados segundo, cuarto y quinto del artículo 92 CC, y se introducen nuevos apartados dentro de dicho artículo, donde se recogen las obligaciones de los progenitores para con los hijos tras la separación, nulidad matrimonial, o divorcio y la audiencia del menor en los procedimientos cuando tenga suficiente juicio.

Los apartados 2 y 6 establecen que será el Juez de oficio quien garantice el derecho del menor a ser oído en todo procedimiento en el que esté implicado, siempre que tenga el suficiente juicio para ello (puede ser a petición de las partes o del Ministerio Fiscal) antes de decidir cuál será el régimen de custodia que se le asignará; de lo contrario el procedimiento será declarado nulo por infracción de este precepto, al no tener en cuenta las opiniones y deseos del menor.

El apartado 5 recoge la posibilidad que tienen los progenitores de solicitar, de mutuo acuerdo, el ejercicio de la guarda y custodia compartida, en cuyo caso, el Juez lo acordará; pero, tras fundamentar su resolución, adoptará las medidas necesarias para su eficaz cumplimiento, intentando evitar la separación de los hermanos, siempre conforme al principio llamado *favor filii*, que implica la orientación de la decisión judicial al beneficio de los hijos.

En el apartado 7 el legislador inserta una serie de supuestos en los que se declarará improcedente el régimen de guarda y custodia compartida. La improcedencia concurriría cuando alguno de los progenitores esté incurso en un proceso penal por atentar contra la integridad física o moral, la libertad, la vida o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos; también cuando el Juez advierta en el procedimiento la existencia de indicios de violencia doméstica.

⁷Vid. Artículo 4 “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”.



A este respecto, el Tribunal Supremo se pronuncia en su sentencia de 4 de febrero de 2016⁸, ya que la guarda y custodia de los menores se había atribuido en un primer momento a la madre por el Juzgado. La Audiencia Provincial de Vizcaya revocó la sentencia y atribuye el régimen de guarda y custodia compartida a ambos progenitores por semanas alternas. Sin embargo, tras dictarse sentencia de apelación, el padre fue condenado por un delito de violencia de género y se le prohibió acercarse a la mujer a una distancia inferior de 300 metros. En vista a los hechos, el Tribunal Supremo falla manteniendo el régimen de guarda y custodia respecto a la decisión tomada por el Juzgado en favor de la madre

El apartado 8 hace referencia a la posibilidad de solicitar solo a uno de los progenitores la custodia compartida de los hijos, en cuyo caso, el Juez podría acordarla siempre que el Ministerio Fiscal haya emitido dictamen favorable respecto al régimen de guarda y custodia compartida. Por dicha exigencia, el precepto que fue declarado inconstitucional y nulo⁹ el inciso “favorable” en relación con el preceptivo informe al considerarse que carece de razonabilidad y proporcionalidad al otorgarle un poder de veto por limitar injustificadamente el ejercicio de la potestad jurisdiccional que el artículo 117.3 CE otorga exclusivamente al Poder Judicial, y por infringir el derecho a la tutela judicial efectiva, recogida en el artículo 24 CE, pues el hecho de que un pronunciamiento judicial sobre el régimen que se vaya a adoptar en caso de discrepancia entre los progenitores, se considera que menoscaba el derecho de obtener una resolución judicial de fondo si se hace depender de un dictamen favorable del Ministerio Fiscal. En definitiva, el informe del Ministerio Fiscal no es vinculante ni preceptiva para establecer el régimen de guarda y custodia. Además dicho régimen debe de ser la única forma de proteger adecuadamente el interés superior del menor.

Por último, el apartado 9 posibilita al Juez recabar, tanto de oficio como a instancia de parte, y antes de tomar una decisión respecto al régimen de guarda y custodia, dictámenes de especialistas cualificados sobre la forma idónea de ejercer la patria potestad y el régimen de guarda y custodia compartida. Con esto se consigue evitar,

⁸Vid. STS 36/2016 (RTC 2016/36), de 4 de febrero de 2016.

⁹Vid. STC 185/2012 (RTC 2012/185), de 17 de octubre de 2012.



entre otras cosas, que un progenitor, mediante estrategias, capte y manipule la conciencia de los niños con el objeto de obstaculizar los vínculos con el otro progenitor, fenómeno también denominado como el síndrome de alienación parental.

La reforma de este artículo hace posible que los progenitores puedan, de común acuerdo, implicarse en el cuidado de los hijos, dándoles la posibilidad de que se acojan a su propio convenio regulador sobre la guarda y custodia compartida, teniendo en cuenta siempre el interés del menor.

3. Concepto y principios que rigen la guarda y custodia compartida.

En relación con la terminología de guarda y custodia compartida, el artículo 92 CC, se refiere a la misma tanto con esa expresión como con la expresión “ejercicio compartido de la guarda y custodia”, así como con los términos “guarda conjunta”, por lo que Valbuena Navarro¹⁰ recoge en uno de sus artículos la opinión de distintos autores sobre el concepto que nos ocupa. Por ejemplo, Ortuño Muñoz habla de *“aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, en la que ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y colaboración, con el objeto de facilitar la comunicación con los progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos”*¹¹. Reflejando que ambos progenitores cooperarán en cuanto a las necesidades de los menores aunque estén separados.

Cruz Gallardo considera que, a pesar de la separación de los progenitores, éstos deberán un proyecto común sobre su desarrollo y lo define como *“el modelo de custodia que no consiste en un simple reparto de periodos de tiempo de convivencia de los hijos, sino que implica un proyecto educativo común, reflejado en la participación de ambos progenitores en el cuidado y atención del hijo menor de edad, poniendo fin a*

¹⁰Vid. VALBUENA NAVARRO, A., “El continuum de la custodia compartida”, en *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Dialnet, Vol.15, 2015.

¹¹*Ibidem*, p. 97.



la figura del progenitor no custodio, mero receptor de los hijos en el domicilio los fines de semana y los periodos vacacionales”¹².

Por último, La Iglesia Monje lo define como aquella “*situación legal, mediante la cual en caso de separación matrimonial o divorcio o situación análoga en pareja de hecho ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos*”¹³.

A pesar de los diversos aspectos que se resaltan en las anteriores definiciones, desde posiciones que pueden calificarse de realismo jurídico, se pone de manifiesto que en la práctica se trata verdaderamente de una atribución de la guarda y custodia *pro tempore*, con la particularidad, respecto del denominado régimen de visitas, de que la atribución de la guarda es por un tiempo igual o similar (en cómputo anual) para cada progenitor. Con los consiguientes efectos que ello, a su vez, acarrea para la eventual pensión de alimentos, uso de la vivienda familiar, etc.

Para adentrarnos en el estudio del régimen de la guarda y custodia compartida, es necesario conocer su verdadero significado, pero nuestro Código Civil no recoge ninguna definición al respecto. Por lo que es necesario acudir a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1983¹⁴, donde se refiere a la guarda y custodia como “la función de los padres de velar por sus hijos y tenerlos en su compañía”, de modo que este vacío legal se ha salvado con las aportaciones de la doctrina científica y la jurisprudencia.

Sin embargo se puede observar como Lathrop Gómez la define como “*aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de la corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la*

¹²*Ibidem*, p. 97.

¹³*Ibidem*, p. 97.

¹⁴*Vid.* STC 5553/1983 (RTC 1983/5553), 19 de Octubre de 1983.



residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados”¹⁵.

La guarda y custodia compartida se elabora como una figura jurídica autónoma que cobra identidad propia cuando se produce la ruptura de la convivencia familiar, toda vez que en estas situaciones es preciso determinar a quién se le atribuye el cuidado y atención diaria de los menores. De modo que, en estos casos, en el marco del artículo 9.3 CE¹⁶, ambos progenitores podrán ver restringido su derecho de guarda y custodia sobre sus hijos.

Desde un plano estrictamente legal, encontramos tres modelos de ejercer la guarda y custodia, pudiendo diferenciar la atribución de guarda y custodia a un progenitor, compartida por ambos progenitores, o asignada a un tercero o institución.

En el caso de la guarda y custodia exclusiva, se atribuye la guarda y custodia de los hijos a un solo progenitor, mientras que el otro progenitor tendrá derecho a un régimen de visitas. En este caso, los parientes más próximos o allegados también tendrán derecho a un régimen de visitas conforme al artículo 94 CC¹⁷.

La atribución del régimen de visitas, se realizará mediante el acuerdo entre los progenitores o por decisión del Juez. La atribución de la guarda y custodia compartida por ambos progenitores, se ejercerá conforme a la solicitud de ambos padres, según un convenio regulador, o por una resolución acordada por el Juez. Este modelo tiene como finalidad que los progenitores permanezcan por periodos iguales con sus hijos, considerándose como la opción más deseable. No obstante, no se concederá cuando existan indicios de violencia doméstica en uno de los progenitores, o cuando alguno de éstos se encuentre incurso en un proceso penal, conforme al artículo 92.7 CC. En este caso también los allegados tendrán derecho a un régimen de visitas conforme al artículo 94 CC.

¹⁵Vid. LATHROP GÓMEZ F. “Custodia compartida de los hijos” Editorial La Ley, Madrid, 2008, p. 286.

¹⁶ Artículo 9.3 de la Constitución Española, recoge que “*se garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*”.

¹⁷Artículo 94 del Código Civil recoge que “*El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados, gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía*”.



Por último, la atribución de la guarda y custodia ejercida por un tercero, que se concederá a parientes o instituciones a los que se le hayan atribuido dichas funciones. Esta modalidad se encuentra regulada en el artículo 103 CC¹⁸ y podrá acordarse por el Juez cuando concurren circunstancias extraordinarias que impidan atribuir la custodia a los progenitores al darse casos de abandono familiar o maltrato, pasando el menor a una situación de acogida familiar o residencial que pueda terminar en adopción.

El Código Civil también establece las vías para atribuir la guarda y custodia, de manera que podrán solicitarlo los padres en un convenio regulador, o bien podrá el Juez acordar que, en beneficio de los hijos, la custodia sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges. El Juez recabará un informe del Ministerio Fiscal y oír a los menores que tengan suficiente juicio para acordar la guarda y custodia compartida motivada en una resolución fundada en el interés del menor y adoptará las medidas necesarias para el cumplimiento eficaz de la guarda y custodia del menor, evitando la no separación de los hermanos.

Finalmente, el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de abril de 2018¹⁹ recoge que la guarda y custodia compartida debe considerarse como el régimen más habitual y deseable al que estarán sometidos los menores, ya que permitirá que se relacione con sus progenitores de forma equitativa.

¹⁸Vid. Artículo 103: “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”.

¹⁹Vid. STS 194/2018 (RTC 2018/194), 6 de abril 2018. En dicha sentencia, la madre recurre a casación por ver desestimado su recurso al solicitar la guarda y custodia exclusiva de los menores por disponer de mayor tiempo libre. Sin embargo, el Tribunal Supremo falla confirmando la sentencia recurrida declarando su firmeza, pues se pretende aproximar el régimen de guarda y custodia al modelo existente con anterioridad a la crisis matrimonial y garantizar a los progenitores que ejerzan sus mismos derechos y obligaciones.



3.1 Principio del interés superior del menor

Pese a las diversas normas que consagran el principio del interés superior del menor, resulta muy difícil conocer su auténtico significado legal, pues nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado que debe concretarse conforme a la personalidad, dignidad, situación y circunstancias del menor.

Nuestra Carta Magna recoge en su artículo 39.4 que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales para velar por sus derechos e intereses. Mientras, los padres, tienen la obligación de asistirles, además de garantizar que el interés se respete por ellos y por terceros.

De ahí, la importancia que ofrece la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ya que en su artículo 3 recoge que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá como una consideración primordial el interés del menor.”

Del mismo modo, en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, se recoge que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le afecten, tanto en el ámbito público como privado, y, en cuanto a las medidas concernientes a los menores conforme a la referida ley y que habrán de adoptarse por las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, además las limitaciones en cuanto a la capacidad de obrar de éstos, que se interpretarán de forma restrictiva y en todo caso siempre respetando el principio del interés superior, dado que como se determina en el apartado 3 del artículo de anterior mención, los criterios a efectos de interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor se ponderarán teniendo en cuenta varios elementos tales como la edad y madurez, la garantía de su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante



de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales; elementos que por otro lado, deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

Se puede considerar, por tanto, que el general interés del menor es conseguir el desarrollo evolutivo desde la infancia hasta su mayoría de edad, y deberá ser tenido en cuenta por todos los que intervengan en algún acto o circunstancia durante este período. La idea es que todas las medidas que se adopten respecto del menor estén orientadas a la protección de su interés, lo que desde luego supone que con dichas medidas el menor alcance un desarrollo integral.

Para lograr dichos objetivos se deberá tener en cuenta que la decisión que se adopte puede afectarle y que deberá ser asumida, teniendo en cuenta a estos efectos, con la preferencia sobre otros intereses particulares de los padres.

En este sentido, los criterios que suelen considerarse a la hora de fijar el interés superior del menor son los deseos, opiniones y sentimientos del propio menor conforme a su madurez. Se trata de la satisfacción de sus necesidades básicas o vitales, ya sean en el ámbito psíquico, afectivo o a través de bienes materiales así como las que afecten a su educación y formación, y todas aquellas alteraciones del entorno que puedan incidir en el desarrollo y la formación del menor. A su vez, se preservará su identidad, religión, orientación e identidad sexual o idioma, además de la no discriminación por cualquier condición.

Merece una breve referencia un supuesto recogido en Sentencia del Tribunal Supremo²⁰ de 21 diciembre de 2018, en la que el padre solicitaba que se concediera a ambos progenitores de forma compartida y por períodos semanales el régimen de guarda y custodia, en base al fortalecimiento del vínculo paternofilial por estar

²⁰Vid. STS 21/2018 (RTC 2018/21), 21 de diciembre de 2018.



normalizado el contacto de la menor con su padre, frente a la pretensión de la madre que interesaba un régimen de custodia exclusiva. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia atribuyendo a la madre la guarda y custodia de la hija menor; Sentencia que fue objeto de recurso por el padre, acordándose una ampliación del régimen de visitas en su favor, pero interponiendo el padre recurso de casación, acordando el Tribunal Supremo que “aunque concurren varios de los requisitos que normalmente habrían de dar lugar al establecimiento del régimen de custodia compartida, existe una circunstancia que lo desaconseja por suponer una alteración de la vida normal de la menor, sobre todo cuando ya alcanza edad escolar, ya que ambos progenitores residen en poblaciones que distan entre sí unos cincuenta kilómetros y ello supondría que en semanas alternas la menor habría de recorrer esa considerable distancia para desplazarse al colegio”.

En otra de sus sentencias, el Tribunal Supremo²¹ establece que la razón se encuentra en que el último fin de la norma, es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor. En este caso, el padre solicitaba la guarda y custodia de los hijos al residir en una localidad diferente, mientras que la madre se negaba a tal pretensión. El Tribunal falla atribuyendo la guarda y custodia de los hijos mayores de 14 años al padre y los menores a la madre; estableciéndose un régimen de comunicación y visitas de los padres para con sus hijos, siendo fines de semanas alternos, un fin de semana en el domicilio materno permaneciendo los cuatro hermanos juntos y al siguiente en el domicilio paterno. Por lo que en caso de existir un conflicto entre los intereses del menor y de los progenitores, prevalecerá el del menor.

Existen, sin embargo, casos muy excepcionales en los que el Tribunal Supremo²² termina denegando la guarda y custodia a los progenitores, por darse una gran conflictividad familiar y encontrarse el menor en una situación perjudicial.

Finalmente, nuestro Tribunal Constitucional²³ afirma que es un principio básico que debe ser tenido en cuenta en todos los procedimientos en materia de familia, y que

²¹Vid. STS 467/2011 (RTC 2011/467), 27 de Febrero de 2012.

²²Vid. STS 619/2014 (RTC 2014/619), de 30 de octubre de 2014.



tiene la naturaleza de verdadero principio general que informa todas las ramas del Derecho.

3.2 Otros principios que presiden esta guarda y custodia.

Es necesario mencionar que el artículo 12 de la Carta Europea de los Derechos del Niño²⁴ recoge que el padre y la madre tienen una responsabilidad conjunta en cuanto al desarrollo y educación del menor. Corresponde a los padres dar al niño una vida digna y los medios para satisfacer sus necesidades. Además, los Estados deberán asegurar a los padres la oportuna asistencia en las responsabilidades que les competen, a través de los correspondientes organismos, servicios y facilidades sociales.

El análisis de los principios que presiden la atribución de la guarda y custodia es una cuestión trascendental, puesto que son elementos fundamentales que tienen en cuenta tanto el legislador como los tribunales para establecer los diferentes regímenes de atribución del cuidado y atención de los menores. Siendo el principio primordial en todos los procedimientos de menores y de aplicación obligada por los tribunales el del interés superior del menor, que será de aplicación directa. Sin embargo, analizaremos todos estos principios, ya que, dependiendo del caso concreto de que se trate, podrán operar alternativa o cumulativamente.

En cuanto al principio de *audiencia del menor*, es de mencionar que el artículo 159 CC dispone que “*Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años*”.

Otro aspecto a tener en cuenta es que 92.2 CC dispone que el Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos siempre que tengan el suficiente juicio para ello.

²³Vid. STC 4/2001 (RTC 2001/4), de 15 de enero de 2001.

²⁴Vid. Carta Europea de los Derechos del Niño de 8 de julio de 1992.



Según la LOPJM, se observa que el artículo 9 desarrolla de una forma más detallada este derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado. También se aprecia cómo se sustituye el término juicio por el de madurez, ya que es un término más ajustado al lenguaje jurídico y forense. Se establece expresamente que no puede existir ningún tipo de discriminación en el ejercicio de este derecho por razón de su discapacidad, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté directamente implicado, y establece que el menor podrá ser asistido por un intérprete para poder ejercer adecuadamente este derecho y los correspondientes medios para satisfacerlas.

De este artículo podemos extraer que los menores deberán intervenir en cualquier procedimiento judicial, ya sea como testigo o como parte. Si participa como parte, debemos tener en cuenta que el artículo 6.1.1º LEC recoge que podrán ser parte ante los tribunales civiles cualquier persona física, y el menor lo es. No obstante, dichos menores deberán de comparecer asistidos de un representante legal o defensor exigido por la ley, conforme al artículo 7.2 LEC. Si participa como testigo, deberá cumplir con el requisito de ser mayor de catorce años y que el Tribunal considere necesario su audiencia en el procedimiento.

En línea con la trascendencia del derecho de audiencia al menor, el Tribunal Supremo ha revocado diferentes sentencias por no respetarlo, considerándolo de este modo un elemento imprescindible para determinar cuál será la forma más idónea a su situación y a su desarrollo evolutivo, y así poder dictar una sentencia adecuada sobre la guarda y custodia de los mismos, es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2014²⁵, retrotrayendo las actuaciones al momento en que deben ser oídos,

²⁵Vid. STS 413/2014 (RTC 2014/413), de 20 de octubre de 2014. En dicha sentencia se recurría una aplicación indebida del artículo 92 del Código Civil en relación con el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección del Menor y el artículo 39 de la Constitución Española, al oponerse la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ourense a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como el principio básico que debe determinar la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores. Por lo que la recurrida se opuso alegando que no se había escuchado a los menores en el procedimiento y que tenían el suficiente juicio para ello para poder determinar cuál será el régimen de guarda y custodia compartida a determinar.



con el fin de que los menores sean escuchados de una forma adecuada sobre su situación y desarrollo, cuidando siempre preservar su intimidad.

Otro principio que rige la guarda y custodia compartida es el de *no separación de los hermanos*, recogido en el artículo 92.5 CC. La importancia de este principio deriva de que los menores son quienes sufren las consecuencias de la ruptura de sus progenitores al dejar de convivir con los dos. Sin embargo, si a ello añadimos que los hermanos dejen de convivir juntos, el perjuicio que causaría en ellos podría ser mucho mayor.

Así el Tribunal Supremo sostiene que los hermanos deberán vivir juntos y que solo podrán ser separados en casos excepcionales en que existan razones fundadas de que resultará más beneficioso para ellos. En este sentido en ocasiones se considera que no es posible acordar el régimen de guarda y custodia compartida porque la situación de conflictividad entre los progenitores podría llegar a afectar a los menores, siendo desaconsejable para su desarrollo.

Hay casos excepcionales en que el Tribunal Supremo²⁶ ha acordado la separación de los menores, otorgando la custodia exclusiva a cada uno de los progenitores sobre los diferentes hijos por considerar que esto sería lo más beneficioso para ellos. En principio el criterio es que la compañía y convivencia de un menor con sus hermanos constituye para aquél un beneficio objetivo, no sólo de carácter inmediato por el natural afecto y apoyo mutuo derivado del contacto continuo entre los hermanos, sino por el establecimiento de la solidez del vínculo fraternal que ordinariamente ha de perdurar toda la vida, como relación valiosa y personalmente enriquecedora en su vida.

No obstante, se pueden constatar casos en que, principalmente cuando los hijos ya han alcanzado determinada edad y existen en su vida determinados intereses particulares específicos, resulta más perjudicial para ellos convivir que vivir separados. Así, por ejemplo, cuando la convivencia en determinado centro educativo, formativo, o la asistencia o tratamiento médico, etc. exige la residencia de un menor en determinado lugar, donde habita un progenitor, y por los mismos motivos es conveniente la

²⁶Vid. STS 3890/2015 (RTC 2015/3890), de 25 de septiembre de 2015.



residencia del otro hermano menor en un lugar distinto donde puede vivir con el otro progenitor.

Pueden concurrir también, con lo anterior, reiterados conflictos o choques de convivencia de un hijo con un progenitor, y de otro con el otro progenitor; o en sentido positivo una coincidencia de uno de los hermanos con uno de los progenitores en actividades que requieran tener un domicilio en un lugar o lugares no convenientes para el otro hermano (por ejemplo: cuando uno de los hermanos realiza un deporte a alto nivel que exige de continuos viajes, siendo uno de los progenitores el entrenador o acompañante de éste). En todo caso para la excepcional separación de los hermanos se tiene muy en cuenta el parecer expresado por éstos (que generalmente es conforme con la separación), y asimismo se procura que, aun viviendo separados, mantengan el máximo contacto (en vacaciones, por teléfono, cumpleaños, etc.).

Es el caso resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 21 de abril de 2005²⁷ donde se cuestionaba la posible separación de los hermanos, resolviendo la Audiencia que el bien de esos menores es el criterio a considerar en la resolución de este recurso. Desde este exclusivo punto de vista la Sala estima que la actual situación no debe alterarse. El mayor de los hermanos convive con la madre en Alicante, donde ella tiene un empleo fijo y una hermana, no hay constancia de la reiteración del mal comportamiento académico mantenido mientras acudió a un instituto en Santander, ni de que hubiera mejorado la relación con su padre; por su parte las niñas residen junto con su padre, hoy en el domicilio familiar. Teniendo en consideración que la actual situación se ha consolidado sin lugar a dudas por el mero paso del tiempo; que no consta que la misma -salvo los aspectos negativos derivados de la separación fraternal- resulte perjudicial para ninguno de los menores; que ambos padres son capaces de cuidar y educar a cualquiera de sus hijos; que entre los hermanos hay diferencias de edad y sexo; y que la consideración de que la obligación que el legislador impone en el artículo 92 CC de procurar no separar a los hermanos no es absoluta sino que puede eludirse en beneficio de los propios hermanos; constituyen un conjunto de circunstancias que mueven a este tribunal a no alterar el régimen de custodia

²⁷Vid. SAP de Cantabria (JUR 2005\129327) de 21 abril de 2005.



establecido, reiterando a los padres que su buen entendimiento respecto de sus hijos es indispensable para proporcionar a los tres lo necesario para un adecuado desarrollo de su personalidad y exhortándoles en tal sentido.

Otro principio es el de *igualdad entre los progenitores*, que además viene defendido en el artículo 14 CE, donde todos los españoles son iguales ante la ley, sin que exista ningún tipo de discriminación.

En esta línea, la ley 15/2005²⁸, modifica el artículo 159 CC que en su anterior redacción mantenía la tradicional situación de preferencia de la madre sobre el padre, si bien como presunción (que lógicamente admitía la prueba en contrario, de la mayor idoneidad del padre)²⁹.

Actualmente el principio de igualdad entre la madre y el padre se puede desprender del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer³⁰.

Por último, la Ley Orgánica 3/2007³¹, cuyo artículo 3 recoge el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, el cual prive cualquier tipo de discriminación, aplicándose a las obligaciones familiares. Sin embargo se debe tener en cuenta que prevalecerá el interés superior del menor respecto al derecho de igualdad entre sus padres como bien ha indicado el Tribunal Supremo³².

²⁸Vid. 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

²⁹Concretamente, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio le daba la siguiente redacción “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo.”

³⁰Proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2263 (XXII), de 7 de noviembre de 1967. Actualmente se desprende el principio de igualdad entre la madre y el padre se puede desprender del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer.

³¹Vid. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

³²Vid. STS 490/2008 (RTC 2008/490), 27 de septiembre de 2008. En dicha sentencia se recurre a casación debido a la disconformidad por parte del progenitor al concederse la guarda y custodia exclusiva a la madre, pues considera que tiene el mismo derecho que la madre a poder disfrutar de dicho régimen. Sin embargo el Tribunal Supremo desestima el recurso por entender que lo más beneficioso es permanecer con la madre conforme los deseos del menor.



Respecto a este principio cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2015³³, donde se presume una infracción en cuanto a la aplicación del artículo 14 CE conforme al derecho de igualdad y a la interpretación restrictiva de las normas que afectan a los derechos fundamentales de la persona al ir en contra de la sentencia de 7 de junio de 1984 dictada por el Tribunal Constitucional por atribuir la guarda y custodia compartida en casos similares. La sentencia del Juzgado concedió la guarda y custodia de los menores a la madre y estableció un amplio régimen de visitas al padre considerándolo como un régimen de guarda y custodia compartida. Sin embargo, el padre al ver desestimado el recurso de apelación, recurre a casación para conseguir el régimen de guarda y custodia deseable. El Tribunal Supremo falla casando la sentencia recurrida para adoptar un sistema de guarda y custodia compartida de los menores atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores.

El cuanto al *principio de coparentabilidad* recoge en el artículo 156 CC que el régimen de guarda y custodia compartida se ejercerá de forma conjunta entre ambos progenitores o por uno de ellos con el consentimiento del otro recogido en un convenio regulador, ya que se trata de instar, en caso de discrepancia, un procedimiento de jurisdicción voluntaria, sin que sea necesario la intervención de abogado ni procurador.

Caso excepcional es la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de enero de 2020³⁴, donde el progenitor promueve un procedimiento de jurisdicción voluntaria debido a la discrepancia sobre la matriculación del menor en un instituto, pues quería que fuese en un instituto cercano a su domicilio. Dicha Audiencia resuelve que debido a la escasez de transporte público y a la carencia de vehículo propio por parte de la madre, sea ella quien decida en qué instituto matricular al menor para que continúe su formación atendiendo a los intereses de éste.

Este principio persigue que consiga que el menor mantenga una misma relación con ambos progenitores, aunque no convivan bajo su mismo núcleo familiar. Sin

³³Vid. STS 4442/2015 (RTC 2015/4442), 21 de octubre de 2015.

³⁴Vid. SAP de Valencia, Sec. 10.ª, 20 de enero de 2020.



embargo, Tamayo Haya³⁵ lo define como la noción dual que tiene el menor de recibir educación y de mantener la misma relación entre ambos progenitores; es decir, que los menores sigan manteniendo la misma relación que existía antes de producirse la ruptura familiar.

Se logra así un grado de cooperación entre ambos progenitores, puesto que se entiende que han adquirido la suficiente madurez en cuanto a la crisis matrimonial, sin que produzca una repercusión en el menor. Por lo que el régimen de guarda y custodia compartida se podrá atribuir a cualquier tipo de filiación, es decir, tanto matrimonial como extramatrimonial.

Por último, el *principio de corresponsabilidad parental*, el artículo 39.3 CE, establece que serán los padres quienes deben de prestar la asistencia necesaria a los hijos, sean tanto dentro como fuera del matrimonio durante la minoría de edad y en los casos en los que proceda. Además el artículo 92.1 CC dispone que tanto la separación, divorcio y nulidad no les exime de sus obligaciones respecto a la guarda y custodia de los menores.

Nos encontramos ante un principio de construcción doctrinal en el que no existe una definición exacta. Sin embargo, para Casado Casado³⁶ se basa en el reparto equitativo de obligaciones y derechos que tienen los padres respecto al cuidado de los menores.

Podemos observar cómo los padres juegan un papel de forma conjunta en cuanto a los derechos que les asisten conforme al régimen de guarda y custodia compartida y sobre todo en el cuidado y desarrollo de la personalidad de los hijos, convivan o no dentro de un mismo domicilio. Aunque los progenitores decidan no seguir manteniendo una relación, seguirán manteniendo las mismas obligaciones y derechos que tenían con anterioridad a su ruptura.

³⁵Vid. TAMAYO HAYA, S., “Igualdad parental y principio de corresponsabilidad tras la separación o el divorcio”, en PÉREZ VALLEJO A.M (coord.), *Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Diagnóstico y prospectiva*, Editorial Atelier, Barcelona, 2009, pp., 112 - 113.

³⁶Vid. CASADO CASADO, B., “Custodia compartida y corresponsabilidad parental”, en *Diario la Ley*, Dialnet, núm. 9177, 13 de abril de 2018, p.4.



Este principio no tiene únicamente la finalidad de satisfacer los deseos e intereses de los progenitores, sino también la de proteger los derechos e intereses de los hijos. Estos derechos se pueden denominar como derechos-deberes, por cuanto reflejan, facultades y obligaciones que el ordenamiento jurídico asigna a los progenitores, en aras de la satisfacción del interés de los menores.

No obstante, el cuidado de los menores, sobre todo en las relaciones paternofiliales, deberá ajustarse a las necesidades de los hijos, siendo en principio ambos progenitores iguales en derechos y deberes, pero sigue rigiendo el principio del interés superior del menor, como se ha expuesto anteriormente.

4. Problemas prácticos más comunes

Se hace necesario analizar los diferentes conflictos que se suelen generar tras la disolución de la convivencia, puesto que, de existir hijos comunes o de un progenitor que convivan con ambos, entraría en juego el interés superior del menor.

Para lo cual, los tribunales deberán valorar las concretas circunstancias concurrentes, en orden a admitir (en caso de acuerdo entre los padres) o fijar (en caso de discrepancia) las medidas que minimicen las perturbaciones o perjuicios que el cese convivencial pueda causar al menor.

4.1 Vivienda familiar

En los casos de acuerdo entre los padres sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, que se contenga en la propuesta de convenio regulador que se presente, el Ministerio Fiscal y el Juez someterán el mismo al criterio del interés superior del menor, e igualmente en los casos en que no haya acuerdo entre los progenitores, el Fiscal se pronunciará y el Juez resolverá de modo que dicho uso de la vivienda familiar resulte favorable o conveniente al menor.



Con carácter general por jueces y fiscales se aprecia que el interés del menor, en principio, es permanecer en el domicilio familiar, por lo que frecuentemente su uso se asignará al menor y, consiguientemente, al progenitor que tenga la guarda y custodia sobre el mismo. Lo que significa que normalmente el menor seguirá morando en su domicilio habitual; y con él vivirá, por tanto también en el domicilio familiar, el progenitor que tenga la guarda y custodia.

Pero cuando la guarda y custodia sea compartida, cabe que el menor permanezca en el domicilio familiar, siendo los padres quienes (generalmente de modo semanal o quincenal) viven con él en dicho domicilio (pero ello puede suscitar problemas entre los progenitores, que continúan compartiendo, aunque sea alternativamente, la misma vivienda); o que el menor sólo viva en el que fuera su domicilio familiar durante el periodo en que esté bajo la custodia de uno de los progenitores (que mora permanentemente en el domicilio familiar), es decir, la mitad del tiempo. Y se denominan “niños maleta” al estar desplazándose a casa de sus progenitores desde edades muy tempranas y cargando con las mochilas llenas de ropa y utensilios. A su vez, este continuo cambio de domicilio afecta al desarrollo del menor a largo plazo, creando una mayor inseguridad, carencias psicoafectivas e imposibilidad a la hora de buscar amistades al verse obligados por el régimen decretado.

Se podría decir que la custodia compartida, por un lado, y, por otro, la situación en la que se otorga a distinto progenitor la custodia de los diferentes hijos (a que se ha hecho mención en el apartado de “Referencia histórica”, y al tratar la separación de los hermanos) guardan una similitud entre sí, ya que en los dos casos la guarda y custodia es ejercida por ambos progenitores, con la diferencia de que, en un caso el padre ejerce la guarda y custodia de alguno o algunos de los menores, y la madre del otro u otros; mientras que en la custodia compartida, ambos progenitores ejercen la guarda y custodia de forma alterna, por igual tiempo, sobre los mismos hijos.

En caso de desacuerdo en el uso de la vivienda familiar entre los progenitores, el Tribunal Supremo³⁷ recoge en su sentencia de 24 de octubre 2014 que al no existir un

³⁷Vid. STS 593/2014 (RTC 2014/593), de 24 de octubre de 2014.



procedimiento que lo regule, se resolverá conforme al artículo 96 CC, pues será el Juez quien resuelva lo que estime procedente atendiendo a las concretas circunstancias del caso. Por lo que se atribuirá el uso de la vivienda familiar teniendo en cuenta el interés superior del menor; teniendo en cuenta los recursos económicos de cada progenitor, la posibilidad que tiene de habitar en una vivienda privativa o la posibilidad de vender el domicilio familiar y con ello comprar dos viviendas separadas.

También se tendrá en cuenta que la propiedad de la vivienda pertenezca a ambos progenitores o a uno de ellos, donde se atribuirá el uso de la vivienda a los menores y/o a cada progenitor por periodos alternos. De modo que los menores permanecerán en todo momento en ella y los que se trasladarán serán los progenitores. También se prevé la atribución exclusiva al progenitor que no tenga los suficientes recursos económicos, para poder habitar en otro domicilio y así cubrir las necesidades de los menores; la atribución exclusiva y temporal al progenitor no titular de la vivienda, cuando se encuentre en una situación de protección y con ello poder facilitar el ejercicio de la custodia. Por último, la atribución al progenitor titular de la vivienda, y con ello respetar los derechos de propiedad. Siempre que el otro progenitor pueda permitirse residir en otro domicilio.

Resulta importante mencionar las resoluciones del Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de enero de 2018³⁸, donde se pronuncia respecto a la decisión tomada por la Audiencia Provincial sobre la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar a la hija y a su madre por encontrarse en una situación de desprotección, en ese momento desempleada y sin los recursos económicos suficientes para sustentarse. Sin embargo, se observa que a pesar de convivir con su madre, es la menor quien se desplaza al domicilio del progenitor, con los cuales convive en igualdad de condiciones y pasando el mismo tiempo con ambos progenitores. Por ello el progenitor no custodio recurre a casación para que el uso de la vivienda se le atribuya hasta la liquidación del régimen matrimonial o con un límite de tres años, pues la vivienda es propiedad de ambos. No obstante, a pesar de que el padre quería la vivienda para él por haber iniciado la madre una nueva relación sentimental y por lo tanto considerar que ya no se

³⁸Vid. STS 36/2018 (RTC 2018/36) de 10 de enero de 2018.



encuentra en situación de desprotección económica, el Tribunal Supremo falla otorgando la vivienda a la madre por un plazo de dos años hasta la transición de una nueva residencia. Transcurrido dicho plazo la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2014³⁹, en un caso en que la vivienda era propiedad del progenitor, otorgará a la madre un plazo de seis meses para que abandone la misma. Al vivir con su actual pareja, se entiende que la vivienda familiar queda desafectada del interés familiar (de la familia de referencia) y que tiene los recursos suficientes para poder establecerse en otra vivienda ya que convive con su actual pareja de forma permanente y la menor es quien pasa la mayor parte del tiempo con su padre además de pernoctar los miércoles con él a solicitud expresa de la madre.

4.2 Pensión de alimentos

Los alimentos del hijo abarcarán no sólo los gastos para su comida, sino todos los gastos generales para su sostenimiento y vida ordinaria. La fijación de la pensión alimenticia origina gran litigiosidad al carecer de una regulación al respecto, más allá de las previsiones del artículo 93 CC⁴⁰. Lo más frecuente es que al existir una custodia unilateral, será el progenitor no custodio quien contribuya al sostenimiento del menor, puesto que el otro progenitor afronta, en principio, la generalidad de sus gastos de vida.

El Código Civil establece en su artículo 93.1 que el Juez será quien determine la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos, y quien adoptará las medidas que considere necesarias para su efectividad. Es decir, la pensión de alimentos se fija conforme a la capacidad económica de ambos progenitores y además a las necesidades que tenga el alimentista, siendo este último un criterio muy secundario en el caso de que éste sea hijo menor de edad del alimentante. Sin embargo, se tendrá en

³⁹Vid. STS 576/2014 (RTC 2014/576) de 22 de octubre de 2014.

⁴⁰Artículo 93 CC: “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”.



cuenta la capacidad económica de cada uno de sus progenitores, ya que se viene a entender que el hijo ha de tener un nivel de vida correspondiente al de sus padres. Dicha pensión -recoge en el artículo 146 CC- que aumentará o se reducirá proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y las de su progenitor.

Estas cuantías se recogen en unas tablas orientadoras para determinar el importe en los procesos de familia, donde el Consejo General del Poder Judicial ofrece una aplicación informática on-line para poder realizar los cálculos de cada caso de forma muy sencilla. Entendiéndose como un instrumento orientador adaptado a las experiencias de cada caso y elaborado conforme a bases científicas con el apoyo técnico del Instituto Nacional de Estadísticas.

A este respecto en la práctica forense, incluso en los casos de extrema pobreza del progenitor no custodio o gran desequilibrio económico por parte del progenitor custodio, se suele fijar una cantidad en concepto de pensión de alimentos, aunque sea mínima, para evitar dar la impresión de desvinculación o desaparición de la obligación de alimentar a los hijos. Se puede destacar situaciones donde previo desconocimiento de los ingresos del alimentante, se establece una cuantía, la cual será modificada atendiendo a su situación económica o laboral, estableciéndose en este caso el mínimo vital.

Existen casos muy especiales en cuanto a la situación del progenitor no custodio al encontrarse en prisión, pues su estancia no significa que carezca de medios para poder satisfacer una pensión de alimentos ni imposibilidad de acceder a empleo y sueldo, por lo que se le podrá atribuir una pensión por debajo de la mínima vital, tal y como establece la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de junio de 2018⁴¹.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2015⁴² matiza que la pensión de alimentos debe tener en cuenta los ingresos que obtiene el progenitor en ese

⁴¹Vid. SAP de Barcelona, Sec. 12ª, de 6 de junio de 2018.

⁴²Vid. STS 682/2014 (RTC 2014/682), de 10 de julio de 2015.



momento y que además no se le deje en situación de indigencia. En este supuesto el progenitor no custodio no puede afrontar la cuantía impuesta en el primer momento al encontrarse en situación de desempleo, por lo que acude a casación para que se tenga en cuenta dicha situación. Para ello es necesario que se aporte la documentación que acredite sus ingresos y así se pueda fijar otra cuantía más ajustada; además dicha cifra se revisará de la misma forma en la que vayan disminuyendo o incrementándose los ingresos del obligado al pago de la pensión.

Por último, el artículo 142 CC⁴³ establece que la obligación de prestar alimentos a los hijos persistirá hasta que los hijos hayan terminado su formación educativa. Dicha obligación cesará cuando se adquiera la independencia económica, salvo que concurra otra causa con anterioridad a dicha independencia, como puede ser el caso de los jóvenes que no quieren estudiar ni trabajar, neologismo conocido socialmente como *ninis*⁴⁴.

A este respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 14 de marzo de 2017⁴⁵, anula la pensión de alimentos por considerar que el hijo de 23 años no era merecedor de ella por su mala conducta, pues la calificó de abandono, vagancia y falta de aprovechamiento en cuanto a no querer estudiar ni buscar un trabajo.

Aunque el progenitor no custodio tiene la obligación de abonar la pensión de alimentos, encontramos casos donde el hijo mayor de edad muestra una falta de aprovechamiento en los estudios, nula relación personal con el alimentista o que el alimentista sufre una disminución de la capacidad económica. Por ende, el progenitor no custodio, acude a los tribunales para solicitar la extinción de dicha obligación. Por lo que el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de febrero de 2019⁴⁶ establece que las pensiones que se abonan a los hijos mayores de edad, se extinguirán siempre y cuando se demuestre que no existe una relación afectiva ni personal con el alimentante, y que

⁴³Se 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.

⁴⁴Según la Encuesta de Población Activa nos encontramos con un 32,9% entre los jóvenes de 18-29 años.

⁴⁵Vid. SAP de Cantabria, Secc. 4ª, de 14 de marzo de 2017.

⁴⁶Vid. STS 104/2019 (RTC 2019/104), de 19 de febrero de 2019.



además debe ser por causa imputable a la voluntad de los hijos. Pues en este caso la sentencia razona que la nula separación personal del alimentante y la absoluta desafección entre los hijos y el padre se expone como causa para el cese del deber de prestar alimentos, aunque la ausencia de relaciones paternofiliales no se contempla expresamente como motivo tasado en el artículo 152 CC.

En este supuesto, ha de tenerse por acreditado el total desapego de los hijos respecto al padre, ya que al ser interrogados en calidad de testigos afirman que no han tenido relación ninguna con el padre en más de ocho años. Aunque el padre ha intentado obtener las calificaciones de sus hijos en la universidad y ante la negativa de éstos no ha obtenido ninguna noticia al respecto. Además los hijos proclaman que no tienen ningún tipo de interés en volver a mantener contacto con su padre.

Por último en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2018⁴⁷, encontramos un caso donde el progenitor está abonando la cuantía de 350 euros mensuales en concepto de pensión de alimentos. Ante la situación de desempleo vivida por el progenitor y la falta de interés de la hija mayor de edad, interpone demanda para que se declare extinguida la decisión tomada en la primera instancia. Sin embargo, la Audiencia Provincial procede a la reducción de la cuantía a 150 euros, pues consideraba necesario dicha pensión para los estudios de su hija, aunque fueran deficientes. El demandante procede a recurrir en casación, pues la hija ya tiene treinta años y además una menor a su cargo de siete años, entendiéndose que posee los medios necesarios para poder buscar un trabajo remunerado y que tiene un total desinterés en sus estudios, por lo que el Tribunal Supremo falla casando la sentencia recurrida, dictando otra donde se declara la extinción de la pensión de alimentos a la demandada.

Podemos observar la problemática judicial existente en torno a la pensión de alimentos atribuida a los mayores de edad en el seno del proceso familiar. A este respecto, Afonso Rodríguez⁴⁸ estima que dicha conflictividad se contrae a la falta de

⁴⁷Vid. STS 1878/2018 (RTC 2018/1878) de 24 de mayo de 2018.

⁴⁸Vid. AFONSO RODRÍGUEZ, M.E., “Comentario al art. 93 CC”, en DE PABLO CONTRERAS, PEDRO / VALPUESTA FERNÁNDEZ, ROSARIO (coords.), *Código Civil comentado*, Editorial Civitas, Navarra, 2016, pp. 509-510.



interpretación en cuanto a los términos “falta de recursos o situación de necesidad ajena a su voluntad”, donde justifica que para el cese de dicha obligación, se requerirá el ejercicio de una profesión u oficio por parte del hijo, y además podrá ser aplicable a casos excepcionales por causa de la negligente conducta del hijo. Por lo que se procurará una formación superior que facilite el acceso al mundo laboral y por ende su independencia económica.

5. Declaración del estado de alarma y efectos sobre el régimen de guarda y custodia compartida.

El Estado de Alarma viene recogido en el artículo 11 de la LO 4/1981⁴⁹, regulando la limitación de la libertad de circulación de las personas en ciertas horas y lugares determinados, derivando a la publicación del Real Decreto de 14 de marzo de 2020⁵⁰, que declara la situación actual respecto al Covid-19.

Esta situación no suspende las obligaciones contenidas en las sentencias judiciales relativas a la guarda y custodia compartida, por lo que deberá adecuarse al principio del interés general del menor y procurar su bienestar. Además se deberá analizar las circunstancias concretas de cada caso, pues es necesario recurrir a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, en definitiva, del sentido común, para conseguir llegar a acuerdos que no pongan en riesgo la salud de los menores ni del círculo familiar.

En el ámbito judicial, podemos acudir a numerosos acuerdos adoptados por los Juzgados de Familia en congruencia con lo acordado por el Consejo General del Poder Judicial para la unificación de criterios donde se establecen los métodos interpretativos aplicables en cuanto a la situación del Covid-19.

⁴⁹*Vid.* Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

⁵⁰*Vid.* Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19.



El acuerdo de unificación de los Juzgados de familia de Terrassa⁵¹ determina que los progenitores deben observar las normas de las autoridades gubernativas y sanitarias con el fin de evitar la propagación del Covid-19. Sin embargo, si alguno de los progenitores presenta síntomas de contagio, es preferible que la guarda y custodia la ostente el otro progenitor, ya que se debe velar por el interés de los hijos. También acuerdan que al reducirse al máximo la movilidad de las personas, y salvo circunstancias justificadas, la guarda y custodia compartida la poseerá quien disfrute en ese momento de ella, con el fin de evitar posibles propagaciones. Sin embargo, el progenitor custodio deberá facilitar por medios telemáticos el contacto de sus hijos con el progenitor no custodio, a fin de evitar el distanciamiento. Por último, respecto a los procedimientos de ejecución que se presentaren, se procederá a su registro por el medio telemático de lexnet.

El acuerdo de los Juzgados de Las Palmas de Gran Canaria⁵² que mantiene vigente las custodias compartidas o regímenes de visitas, salvo que exista un acuerdo entre los progenitores por el que decidan suspenderlo, que implique un traslado a otra isla o dentro de la misma zona que se puedan considerar especiales focos de contagio o aquellos menores que se consideren vulnerables a la enfermedad. En cuanto al incumplimiento de dichas medidas, podrá dar lugar a un procedimiento de ejecución, que se tramitará una vez finalizado el estado de alarma o que el Juez de Familia lo valore como una causa excepcional que deba tramitarse. Por último, acuerda que las incidencias ocurridas respecto a incumplimientos por parte de un progenitor, no se entenderán incluidas al amparo del artículo 158 CC, ya que contempla las medidas de protección del interés superior del menor que podrá dictar el Juez, al encontrarse éstos en peligro en su entorno familiar o terceras personas.

En general, los juzgados buscan un esfuerzo por parte de los progenitores en orden a alcanzar los acuerdos en beneficio de los intereses de los menores, que permitan modificar los periodos de estancia con el fin de evitar los desplazamientos y disminuir

⁵¹*Vid.* Acuerdo de unificación de criterios de los juzgados de familia de Terrassa de 20 de marzo de 2020.

⁵²*Vid.* Acuerdo de unificación de criterios de los juzgados de familia de Las Palmas de Gran Canaria de 23 de marzo de 2020.



el régimen de visitas mediante compensaciones de estancia continuada con los menores o incluso incrementando las comunicaciones por medios telemáticos.

Por último, el Real Decreto 463/2020, en su disposición segunda recoge que, en caso de que los progenitores no lleguen a un acuerdo respecto a la ejecución de las medidas judiciales, será al Juez de Familia a quien le corresponda resolver mediante una resolución motivada. Además, deberá intervenir en los casos donde exista un riesgo para la salud de los menores y a su integridad, pues se deberá atender a su interés superior para salvaguardarla.

Por otro lado, durante el actual estado de alarma, la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género ofrece una guía de actuación para las víctimas de violencia de género. En dicha guía se recoge las cuestiones más importantes, como la suspensión de visitas de los padres maltratadores para frenar la propagación del COVID-19.

La Delegación del Gobierno, atendiendo al acuerdo del Consejo Judicial del 13 de marzo de 2020, pone de manifiesto que los juzgados de Familia competentes barajarán la posibilidad de suspender de manera cautelar el régimen de visitas si se valora un riesgo de contagio durante la movilidad de los y las menores. Así pues, será el o la abogada de la víctima quien remita un escrito al juzgado solicitando la suspensión temporal del régimen de visitas hasta que finalice el estado de alarma.



6. Conclusiones

Concluido el presente trabajo y obtenida una visión general de la figura de la guarda y custodia compartida de los hijos menores, me dispongo a extraer las siguientes conclusiones:

Primera.

Históricamente el régimen de guarda y custodia compartida se ha ido estableciendo legislativa, jurisprudencial y doctrinalmente en atención al principio del interés superior del menor, ya que tras la ruptura del matrimonio se debe considerar cuál es el régimen más adecuado para ellos, procurando que dicha separación no afecte a las relaciones paternofiliales que se mantenían previamente, considerándolo el método más adecuado siempre y cuando se cumplan con todas las exigencias legales establecidas.

Segunda.

Tradicionalmente, partiendo de los diferentes papeles sociales o quehaceres concretos de cada progenitor, se estimaba que la forma más idónea para ejercer el régimen de guarda y custodia era atribuirle exclusivamente a la madre. Sin embargo, en la actualidad podemos observar que esta preferencia ya no existe, pues ambos progenitores tienen el mismo derecho de ejercer el régimen de guarda y custodia gracias al principio de igualdad consagrado en la Constitución Española de 1978, consiguiendo con ello que cualquier progenitor pueda tener bajo su guarda y custodia al menor.

Hoy en día el Legislador otorga la posibilidad a los progenitores de poder llegar a un acuerdo sobre el régimen a seguir. No obstante, en caso de desacuerdo será el Juez quien decida atendiendo al interés general del menor en relación a su guarda y custodia como régimen normal y deseable.

Así pues, el régimen de guarda y custodia compartida se puede considerar como el método más idóneo para salvaguardar el interés del menor, ya que le permite disfrutar de ambos progenitores de forma equitativa. Sin embargo, atendiendo al caso concreto



en el que se encuentre el Juez, intervendrá para establecer lo que más beneficie al menor atendiendo a su interés.

Tercera.

El sistema de atribución a un solo progenitor sobre la guarda y custodia compartida lleva como consecuencia de modo prácticamente automático la atribución al hijo y al progenitor custodio del uso de la vivienda familiar, y la imposición al progenitor no custodio del pago de una pensión de alimentos a favor del hijo para poder satisfacer sus necesidades y que se establecerá conforme a su situación económica de ambos y que puede variar según casos concretos. Por ejemplo, si el progenitor no custodio se ha quedado desempleado y no puede satisfacer la cuantía establecida en su momento, dicha pensión no puede dejar en la indigencia al progenitor y se procederá a su reducción.

Cuarta.

La aplicación del sistema de guarda y custodia compartida, determina (con convenio entre las partes, o en procedimiento contencioso) medidas sobre el uso de la vivienda familiar, pensión de alimentos, etc, que no han de tener necesariamente un contenido parejo o simétrico en favor de cada uno de los progenitores, sino que serán del más variado contenido según las circunstancias que concurren, atendiendo siempre al supremo interés del menor.

A este respecto, la jurisprudencia es la encargada de ofrecer una solución acorde al caso en el que se encuentre, por lo que las decisiones serán tomadas en cuenta por cada tribunal aunque no sean similares en todos los procedimientos.

Quinta.

La consideración de que el interés del menor (en general o en principio) resulta mejor satisfecho con un determinado sistema de guarda y custodia, implica *de facto* que (en los procedimientos contenciosos) la carga de la prueba de que en un caso concreto no es así, corresponda al progenitor que pretenda un sistema de custodia distinto. Dicho cambio del contexto inicial a la hora de abordar la cuestión de la custodia de los hijos



menores, ha tenido su consiguiente repercusión en la carga de la prueba de especial idoneidad de uno de los progenitores o de especial inidoneidad del otro en el caso concreto.

Sexta.

Un aspecto muy determinante y de carácter excluyente a la hora de establecer el régimen de guarda y custodia compartida será la violencia doméstica, donde los tribunales coinciden en otorgarla al progenitor no culpable, pues consideran que el menor debe criarse en un ambiente adecuado y no bajo situaciones conflictivas o violentas que puedan perjudicar su infancia, desarrollo y personalidad.

Séptima.

Vivida la situación de estado de alarma por el Covid-19, considero que un Real Decreto debería de suspender los diferentes regímenes, pues al limitar la libre circulación de personas salvo circunstancias justificadas, el riesgo de contagio a la hora del desplazamiento de los menores a los diferentes lugares es mucho mayor. Por ello, estimo beneficioso los acuerdos de los juzgados de premiar al progenitor no custodio con compensaciones de estancia del menor, una vez alzado el estado de alarma con el fin de evitar la propagación.

Octava.

A lo largo de estas conclusiones, considero que es necesario realizar un cambio en cuanto a la legislación vigente que se adapte a las circunstancias y particularidades de cada caso acorde a la actualidad. Dicho de otra manera, no se debe establecer el régimen de guarda y custodia compartida por encima de otros regímenes, sino analizar detalladamente la situación de cada núcleo familiar, atendiendo siempre al interés superior del menor y, secundariamente al de los progenitores en igualdad de condiciones entre sí.



7. Bibliografía y Webgrafía.

- ACUÑA SAN MARTÍN, MARCELA, *Principio de corresponsabilidad parental*, Revista de Derecho, Editorial Coquimbo, Zaragoza, 2013
- AFONSO RODRÍGUEZ, MARÍA ELVIRA, “Comentario al art. 93 CC”, en DE PABLO CONTRERAS, PEDRO / VALPUESTA FERNÁNDEZ, ROSARIO (coords.), *Código Civil comentado*, Editorial Civitas, Navarra, 2016
- CASADO CASADO, BELÉN, *Custodia compartida y corresponsabilidad parental* Diario la Ley, núm. 9177, 13 de Abril de 2018.
- CLEMENTE DÍAZ, MIGUEL, *Aspectos psicológicos y jurídicos de la guarda y custodia de los hijos*, Editorial Síntesis, Madrid, 2014.
- ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, *Cuestiones actuales de derecho de familia*, Editorial La Ley, Madrid, 2013.
- GETE-ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN, *Custodia compartida. Derechos de los hijos y de los padres*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.
- IVARS RUIZ, JOAQUÍN, *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil*, Editorial Tirant, Valencia, 2007.
- LATHROP GÓMEZ, FABIOLA ESTHER. “*Custodia compartida de los hijos*” Editorial La Ley, Madrid, 2008.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS, *Derecho de familia*, Editorial Edisofer, Madrid, 2016.
- PÉREZ VALLEJO, ANA MARÍA *Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Diagnóstico y prospectiva*, Editorial Atelier, Barcelona, 2009.
- RODA Y RODA, DIONISIO, *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014.
- TAMAYO HAYA, SILVIA, “Igualdad parental y principio de corresponsabilidad tras la separación o el divorcio”, en PÉREZ VALLEJO, ANA MARÍA (coord.), *Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Diagnóstico y prospectiva*, Editorial Atelier, Barcelona, 2009.
- VALBUENA NAVARRO, ANTONIO, *El continuun de la custodia compartida*. Psicopatología Clínica, Legal y Forense, Vol.15, 2015.



- https://www.porticolegal.com/foro/evolucion-historica-de-los-criterios-para-atribucion-de-la-guarda-y-custodia-de-los-hijos-menores-1870-2005_1052399
Consultada por última vez el día 12/10/2019.
- <https://www.divorcios.me/atribucion-vivienda-custodia-compartida/>
Consultada por última vez el día 03/12/2019.
- <https://palomazabalgo.com/medidas-paterno-filiales/la-guarda-custodia-los-hijos-menores/>
Consultada por última vez el día 04/02/2020.
- <http://www.psicologiaforensebarcelona.com/content/la-guarda-y-custodia-compartida-un-poco-de-historia>
Consultada por última vez el día 04/02/2020.
- <https://www.mateobuenoabogado.com/separacion-de-hermanos-en-caso-de-divorcio/>
Consultada por última vez el día 20/11/2019.
- <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>
- <https://www.cecamagan.com/custodia-compartida-o-repartida/>
Consultada por última vez el día 03/02/2020.
- <https://elderecho.com/la-custodia-compartida-analisis-y-valoracion-como-metodo-mas-favorable>
Consultada por última vez el día 19/05/2020.
- <https://www.epdata.es/datos/nis-ninis-estudian-trabajan-espana-datos-graficos/280>
Consultada por última vez el día 31/05/2020.
- <https://dialnet.unirioja.es/>
- <https://www.mateobuenoabogado.com/coronavirus-covid-19-acuerdos-juzgados-de-familia/>
Consultada por última vez el día 30/05/2020.



8. Sentencias Consultadas.

- Sentencia del Tribunal Supremo 5553/1983 de 19 de octubre de 1983.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 4/2001 de 15 de enero de 2001.
- SAP de Cantabria de 21 de abril de 2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo 490/2008 de 27 de septiembre de 2008.
- Sentencia del Tribunal Supremo 467/2011 de 27 de febrero de 2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo 185/2012 de 17 de octubre de 2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo 413/2014 de 20 de octubre de 2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo 576/2014 de 22 de octubre de 2014.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 593/2014 de 24 de octubre de 2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo 619/2014 de 30 de octubre de 2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo 682/2014 de 10 de junio de 2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo 3890/2015 de 25 de septiembre de 2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo 4442/2015 de 21 de octubre de 2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo 36/2016 de 4 de febrero de 2016.
- SAP de Cantabria de 14 de marzo de 2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo 36/2018 de 10 de enero de 2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo 194/2018 de 6 de abril de 2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1878/2018 de 24 de mayo de 2018.
- SAP de Barcelona de 6 de junio de 2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo 21/2018 de 21 de diciembre de 2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo 104/2019 de 19 de febrero de 2019.
- SAP de Valencia de 20 de enero de 2020.