

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2014/ 2015

Convocatoria: Julio

**LA ATRIBUCIÓN DE LOS BIENES FAMILIARES  
EN LOS SUPUESTOS DE CUSTODIA COMPARTIDA**

**FAMILY PROPERTY CONFERRING IN SHARED CUSTODY CASES**

**Realizado por el alumno D. Iván J. García Martín.**

**Tutorizado por la Profesora Dra. Estefanía Hernández Torres.**

**Departamento:** Disciplinas jurídicas básicas

**Área de conocimiento:** Derecho Civil

**ABSTRACT**

In most of the cases of divorce or the end of cohabitation of a sentimental couple where there are children in common, the couple use to have a family residence whose use must be attributed to one of the spouse. In cases of only one of the parent is liable in the custody of the children under age, the attribution of the family residence will be for him/her. However, when the custody is shared between both progenitors, the situation is different, because there is not regulation applicable for this case.

With this work, we want to highlight the existence of other assets whose attribution could be discussed in a divorce proceeding.

To analyze these two questions, we will make a study of existing legislation and a review of the answer to the different courts give to these situations.

## RESUMEN

En la mayor parte de los supuestos de divorcio o cese de la convivencia de una pareja en los que hay hijos en común, esta suele poseer una vivienda familiar cuyo uso debe ser atribuido a uno de los miembros de la pareja. En los casos de custodia monoparental, el CC nos ofrece directamente la solución al problema: la vivienda será atribuida al progenitor bajo cuya guarda quede el menor. No obstante, cuando la custodia es compartida entre ambos progenitores, la situación es diferente, puesto que carecemos de regulación concreta aplicable al caso.

Con este trabajo se quiere destacar la existencia de otros bienes distintos a la vivienda familiar, cuya atribución puede ser discutida en un procedimiento de judicial en el que se declara un régimen de custodia compartida.

Para analizar estas dos cuestiones realizaremos un estudio de la legislación existente, así como un análisis de la respuesta que los distintos órganos jurisdiccionales dan a estas situaciones.

## ÍNDICE.

	<b>Página</b>
ABREVIATURAS .....	6
<b>I.-LA CUSTORIA COMPARTIDA. CONCEPTO Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....</b>	<b>7</b>
<b>II.- REGULACIÓN JURÍDICA. UNA PERSPECTIVA GENERAL A ESTA INSTITUCIÓN. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y BREVE COMENTARIO AL ART. 92 CC .....</b>	<b>9</b>
<b>III.- ANÁLISIS AL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL EN CASO DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO .....</b>	<b>12</b>
1.- Aspectos generales .....	12
2.- Análisis del anteproyecto .....	13
3.3.- Situación actual del anteproyecto .....	20
<b>IV.-LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA. Especial atención a la atribución de bienes .....</b>	<b>21</b>
4.1.- Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del CC de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Comunidad Autónoma de Cataluña .....	21
4.2.- Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. Comunidad Autónoma de Aragón .....	24
4.3.- Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Comunidad Valenciana .....	25

**Página**

4.4.- Ley 7/2015, de 30 de Junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. Comunidad Autónoma: El País Vasco. ....	26
<b>V.- ATRIBUCIÓN DE LOS BIENES FAMILIARES</b> .....	27
5.1.- Introducción .....	27
5.2.- Concepto de “bien familiar” .....	28
5.3.- La vivienda familiar .....	29
5.4.-Otros bienes. Supuestos concretos .....	33
1º- Atribución de otros bienes inmuebles. ....	33
2º- Atribución de bienes muebles. ....	38
<b>VI.- CONCLUSIONES</b> .....	43
<b>VII.- BIBLIOGRAFÍA</b> .....	45
<b>VIII.- JURISPRUDENCIA CONSULTADA</b> .....	47
<b>IX.- ANEXOS</b> .....	49

## **ABREVIATURAS.**

- ART./ARTS: artículo/ artículos.
- BOE: Boletín Oficial del Estado.
- CC: Código Civil
- CCAA: Comunidades Autónomas
- CE: Constitución Española.
- CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.
- LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.
- LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.
- SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.
- Ss.: siguientes.
- STS: Sentencia Tribunal Supremo.

## **I.-LA CUSTORIA COMPARTIDA. CONCEPTO Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.**

La *custodia compartida* es un régimen de guarda y custodia de los hijos menores, consistente en el reparto de la responsabilidad parental, así como del tiempo de cuidado entre ambos padres. Este sistema es definido por CASTILLEJO MANZANARES<sup>1</sup>, como un régimen por el cual se realiza la atribución del ejercicio de la patria potestad de forma compartida a ambos progenitores. En realidad este concepto podría ser complementado con múltiples matices aunque, para una primera aproximación a esta figura puede resultarnos muy útil.

Esta figura se introduce en nuestro ordenamiento jurídico en el año 2005 con la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el CC y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (en adelante, Ley 15/2005). Ciertamente es que antes de dicha regulación era posible que el Juez concediese la custodia compartida a ambos progenitores si estos, de común acuerdo, lo pedían. Esto ha sido así en base al principio de voluntad de las partes. Si ambos están de acuerdo y no es perjudicial para el menor, el Juez no tiene motivo para negarse.

Con dicha Ley, comúnmente conocida como la Ley del divorcio exprés (entre otras denominaciones), se inserta en el Código civil (en adelante, CC) la figura de la custodia compartida. Sin embargo, esta se establece con un carácter subsidiario, pues solo se impondrá cuando así lo soliciten de común acuerdo ambas partes, manteniéndose por tanto como prioritario el régimen de custodia individual o monoparental.

Este carácter excepcional se ha mantenido hasta el pronunciamiento del Tribunal Supremo en el que se afirmó que la redacción del artículo 92 CC 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. (STS núm. 257/2013 de 29 de abril. RJ

---

<sup>1</sup> CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Guarda y Custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho. Procesos: procesos declarativos especiales en la LEC*. Madrid. 2007. La Ley, pág. 342.

2013\3269)<sup>2</sup>, creando así una doctrina a favor de esta figura. A partir de este momento se modifica la línea jurisprudencial de los distintos órganos jurisdiccionales para conseguir el respeto y el cumplimiento de tal doctrina.

Desde una perspectiva legislativa, debemos remontarnos a Junio de 2012, cuando el que todavía era ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, se comprometió en sede parlamentaria, a elaborar una ley estatal que ofreciera una regulación propia aplicable a la cuestión.<sup>3</sup>

Sin embargo, no es hasta Julio de 2013 cuando es presentando el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, con se apuesta por este régimen de guarda y custodia, en un intento de equiparar esta figura al tradicional sistema de custodia monoparental, situando a ambos regímenes en un mismo plano en cuanto a preferencia.<sup>4</sup> De hecho en la presentación el ministro hace referencia a la STS de abril de 2013 que se acaba de mencionar.

Partiendo de este planteamiento, prestaremos atención a lo largo de este trabajo a la atribución de los bienes familiares que conlleva todo proceso de custodia. Como bien se expresa en el CC, concretamente en el artículo 96, cuando se opta por un régimen de custodia monoparental, la vivienda será atribuida al cónyuge con quién conviva el menor, pero en un supuesto de custodia compartida, tal atribución no resulta tan clara.

Surgen así múltiples decisiones jurisdiccionales que, si bien siguen una línea ideológica general, son distintas, e incluso contradictorias, en algunos supuestos. También hay que destacar que, aunque el CC solo hace mención a la vivienda familiar como bien a atribuir en el proceso judicial, en la práctica se dan diversos supuestos en los que las partes exigen la atribución de otros bienes, tanto muebles como inmuebles, bajo el argumento de lo necesario que resulta el uso del bien en cuestión, para el correcto cuidado del hijo.

---

<sup>2</sup> Resulta interesante, en relación a dicha sentencia, el artículo del abogado de familia ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. “*La guarda y custodia compartida (alterna) en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: Comentarios a la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013*” Artículo publicado en <http://www.zarraluqui.net/>, el 26 de junio de 2013.

<sup>3</sup> Comparecencia en sede parlamentaria del día 13 de Junio de 2012.

<sup>4</sup> Información extraída de la Noticia: “La custodia compartida ya no será un régimen excepcional, pero tampoco el preferente” Publicada el 19 de Julio de 2013. Enlace: <http://www.aranzadi.es/sites/aranzadi.es/files/creatividad/ConsejodeMinistros/nuevo-2013/news22julio-2013.pdf>

Todos estos aspectos se irán desarrollando a lo largo de este estudio. Partiendo de un análisis de la regulación existente en estos momento, tanto a nivel estatal como en los distintos Derechos forales, se irán tratando diversos aspectos para terminar obteniendo una visión práctica de esta problemática.

## **II.- REGULACIÓN JURÍDICA. UNA PERSPECTIVA GENERAL A ESTA INSTITUCIÓN. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y BREVE COMENTARIO AL ART. 92 CC.**

Tras la reforma del 2005, el artículo 92.5 CC establece lo siguiente: *“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. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”*

Debido a que no estaba expresamente previsto, este régimen no solía ser establecido por los Tribunales, sin embargo, como expresa MONTERO AROCA, en su anterior redacción, si bien es cierto que el CC no preveía este sistema de atribución de la guarda y custodia en su anterior regulación, tampoco lo prohibía, lo que hacía posible que se estableciera en determinados supuestos.<sup>5</sup> No obstante, sea cual sea la interpretación que se le pueda dar a la redacción anterior, lo cierto es que, gracias a esta nueva redacción se eliminaron los posibles problemas que pudieran surgir en torno a la adopción de esta medida.

En base al artículo transcrito, queda claro que la custodia compartida es establecida con carácter residual, siendo una alternativa al régimen general y predominante de custodia individual o monoparental. En el anteproyecto de ley presentado por el Gobierno en julio de 2013 se regula dicha figura ya no como un régimen excepcional, aunque tampoco se impone como un régimen principal. Simplemente se equipara a la custodia monoparental, pasando a ser dos las distintas

---

<sup>5</sup> MONTERO AROCA, Juan y otros, *Separación y divorcio tras la Ley 15/2005*. Madrid. Tirant lo Blanch, Tirant Lo Blanch. 2001 pág. 86.

posibilidades entre las que el Juez puede optar, en atención a las circunstancias del caso y siempre atendiendo al interés superior del menor. Dicho anteproyecto será objeto de estudio en los próximos epígrafes, pero antes de ello nos ocuparemos del análisis de la evolución histórica de esta institución en nuestro ordenamiento jurídico, haciendo especial referencia a la atribución de los bienes familiares en dichos supuestos.

## **1.- Evolución histórica de la institución de la guarda y custodia de los hijos y sus efectos en la atribución de los bienes familiares.**

La regulación y, en consecuencia, la concesión de la custodia a uno u otro progenitor ha ido lógicamente ligado a la regulación del matrimonio, más concretamente a su extinción. Por ello, para ser testigos de la evolución que ha experimentado la institución de la guarda y custodia, tenemos que analizar paralelamente la evolución del matrimonio.

Este estudio se hará en base al realizado por GARCIA RUBIO y OTERO CRESPO.<sup>6</sup> Estas autoras distinguen tres etapas, no obstante, se podría considerar que en la actualidad nos encontramos en una cuarta e incluso se puede prever una futura quinta etapa. Una primera fase comenzaría a partir de la reforma del CC de 1981.<sup>7</sup> En este año, se realiza una profunda modificación de la regulación relativa al matrimonio recogida en el CC, entre la que destaca la introducción de la institución del divorcio. En este sentido, la Constitución no mantenía una actitud a favor ni en contra de esta problemática, simplemente se estableció un régimen de remisión a la ley.

Esta Ley aboga, tras la ruptura conyugal, por la atribución de la custodia a la madre, imponiendo a su vez un estricto régimen de visitas al padre, aunque evidentemente podía darse alguna excepción. En esta época, se permitía el divorcio únicamente en aquellos supuestos en los que concurrían una serie de causas tasadas.

La característica común a todas esas causas es que uno de los cónyuges era considerado como el “culpable”, mientras que el otro era la “víctima” de la separación. Por ello, la concesión de la custodia a uno u otro respondía a un sistema de castigo o compensación por su responsabilidad en el divorcio. En consecuencia la atribución del

---

<sup>6</sup> GARCIA RUBIO, María Paz y OTERO CRESPO, Marta: “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la Guarda y Custodia de los hijos en la Ley 15/2005” Artículo publicado el 01 de Feb. De 2006 en la Revista Jurídica de Castilla y León nº 36, págs. 76 a 87.

<sup>7</sup> Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el CC y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

uso y disfrute de la vivienda familiar se realizaba en base a ese sistema de sanción-compensación.

La regulación referente a dicha atribución se recoge en el artículo 96 del CC. Este es el único bien de la familia, junto con el ajuar, al que el legislador hace referencia, estableciendo que “*en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden*” En el supuesto que establece la norma la solución es fácil: la vivienda será atribuida al progenitor custodio, ya que no se prevé el régimen de custodia compartida.

Una segunda etapa se desarrollaría desde el año 1990 hasta el año 2000, período en el que estuvieron vigentes las reformas de la Ley 11/1990. Esta etapa es relevante en tanto que se desmitifica parcialmente la tradicional idea de que los hijos deben quedar al cuidado de la madre. Sin embargo, no hay cambios en cuanto a la atribución de la vivienda familiar ni cualquier otro bien de la misma.

La tercera etapa a la que se podría hacer mención se extiende desde el año 2000 hasta el 2005. En este periodo se amplía la idea ya establecida en la etapa anterior, por lo que al carecer de mayor relevancia, pasaremos a describir lo que para nosotros supone una cuarta fase que comienza a partir de la Ley 15/2005.

Como ya se ha comentado, con esta ley se introduce la *guarda y custodia compartida* en nuestro ordenamiento jurídico. ¿Qué sucede con la atribución de los bienes en este supuesto? Lo lógico sería que, al introducir un nuevo caso, el legislador previera una regulación aplicable al mismo. Sin embargo, esto no es así, pues la reforma de 2005 mantiene el artículo 96 CC tal y como se aprobó en 1981. Esto supone un problema debido a que ya no se puede conceder automáticamente el uso de la vivienda al progenitor custodio, puesto que ambos padres ejercen la custodia de sus hijos alternativamente. No obstante, a pesar de que no se establezca una regulación diferente en cuanto a la atribución de la vivienda, el reconocimiento expreso de esta institución ha conllevado inevitablemente la creación de una línea jurisprudencial que intenta solucionar esta problemática. Esta situación será comentada en el epígrafe correspondiente.

Por último, respecto de esa futura e hipotética quinta fase, cuya existencia adelantamos, entendemos que puede iniciarse en el momento en el que se apruebe una Ley de Custodia Compartida a nivel estatal, que contenga una regulación apropiada y relativa a la atribución de bienes familiares en tales supuestos.

En la actualidad estamos a la espera de la aprobación de dicha ley. En 2013 se presentó un anteproyecto de ley que, como era de esperar, dio lugar a una gran polémica. Así, las presiones de los distintos colectivos, la dificultad de la materia e incluso las estrategias políticas han hecho que todavía hoy, dos años después, no se haya promulgado dicha ley. El referido anteproyecto será objeto de atención en el siguiente epígrafe.

### **III.- ANÁLISIS AL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL EN CASO DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO.**

#### **1.- Aspectos generales.**

El 19 de julio de 2013 el Gobierno aprobó, en Consejo de Ministros, el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio; popularmente conocido como “*ley de custodia compartida*”.<sup>8</sup>

Con posterioridad, en abril de 2014, el Gobierno realizó ciertas modificaciones sobre dicho texto, el cual pasó a denominarse: Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia. Sin embargo, las modificaciones realizadas no cuentan con una gran relevancia, siendo la mayor parte de ellas de carácter nominativo o de escasa entidad. Por este motivo, el análisis que se desarrolla a continuación se realizará a partir del documento presentado en 2013, ya que podemos entenderlo como el texto originario.

---

<sup>8</sup> El texto del Anteproyecto ha sido obtenido del siguiente enlace: [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292411095335?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAnteproyecto\\_de\\_Ley-\\_\\_Custodia\\_Compartida\\_CM\\_19-7-13.pdf&blobheadervalue2=1288781716675](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292411095335?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAnteproyecto_de_Ley-__Custodia_Compartida_CM_19-7-13.pdf&blobheadervalue2=1288781716675).

## **2.- Análisis del anteproyecto.**

Estructuralmente este Anteproyecto de Ley de julio de 2013 consiste en un documento de cuarenta y ocho folios de extensión, de los cuales dieciséis corresponden a una Exposición de Motivos en la que el legislador razona sobre la necesidad de esta norma, así como sobre los aspectos que han sido decisivos para su elaboración. De esta manera, se establece que esta ley “*da respuesta a determinadas disfunciones que el régimen vigente (el de custodia monoparental) está teniendo en la práctica*”, si bien cierto que no aclara cuales son dichas disfunciones.

En cuanto a al texto, este está compuesto únicamente por cinco artículos. El primero de ellos, recogido bajo la rúbrica “*modificación del CC*” trata las cuestiones que serán objeto de desarrollo más adelante. A continuación, un segundo artículo trata la “*modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*” consistente en una serie de cambios en relación con: 1.- la vigencia del régimen económico matrimonial; 2.- la creación de una nueva figura de la suspensión del mismo y 3.- con una serie de modificaciones a implantar en el proceso de liquidación del referido régimen económico matrimonial.

Junto a estos, los artículos tercero y cuarto introducen una serie de modificaciones a la ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil y, por último, se encuentra un quinto artículo que introduce igualmente dos alteraciones puntuales a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

En atención al objeto de este trabajo, centraremos nuestra atención en el primer artículo del anteproyecto: “*modificación del CC*” Procederemos ahora a realizar un análisis del referido artículo, donde se prestará atención tanto a las cuestiones relativas a la *custodia compartida* (institución general), como a la cuestión concreta de la atribución de los bienes.

### **2.1.- Introducción del artículo 92 bis del CC.**

El anteproyecto de Ley que está siendo objeto de estudio en este epígrafe afecta a un total de veintitrés artículos del CC, a la vez que se introduce uno nuevo, el artículo 92.bis, siendo este, el que comentaremos a continuación.

Se recomienda para la lectura de dicho artículo para su mejor comprensión.<sup>9</sup>

### **2.1.1.- Modificaciones propuestas para el artículo 92 bis.1 CC.**

Establece este apartado: *“podrá (el Juez) establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí”*

De lo establecido en el mencionado art. 92 bis.1 se observa que el legislador no opta por establecer la custodia compartida como un régimen preferente. Sin embargo, tampoco se otorga preferencia al régimen de custodia monoparental, que es lo establecido en el CC actualmente. Todo lo contrario. Se da libertad al Juez para que, en vista de las circunstancias concretas de cada caso, decida.

No obstante, este nuevo artículo, de llegar a ser definitivo, circunstancia bastante discutible, crearía una posibilidad no contemplada hasta el momento y es que el Juez podría establecer un régimen de custodia compartida sin solicitud previa de alguna de las partes o, en palabras del anteproyecto *“cuando cada uno de ellos inste a la custodia para sí”*

Sobre esta facultad que se le otorgaría al Juez hay que decir que no ha sido, *a priori*, muy bien recibida. Esto se debe a que, por un lado, es contraria a la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, en la que se exige como requisito esencial para acordar un régimen de custodia compartida, la petición de al menos uno de los antiguos cónyuges.<sup>10</sup>

Por otro lado, el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) en su informe sobre el Anteproyecto de Ley se posiciona en contra de tal posibilidad alegando que *“el hecho de que ninguno de los progenitores interese el ejercicio compartido de la guarda y custodia deja entrever la falta de credibilidad de aquellos respecto de un*

---

<sup>9</sup> Dicho artículo 92 bis queda, según la redacción que le da el Anteproyecto, redactado de la manera que se muestra en el Anexo único de este documento.

<sup>10</sup> Sentencias del Tribunal Supremo: de 19 abril 2012; de 7 julio 2011 o de 29 abril 2013; entre otras.

*modelo que exige un alto grado de cooperación para que resulte exitoso*".<sup>11</sup> Este órgano considera que la concesión de la guarda y custodia conjunta de los menores debería quedar condicionada a que al menos uno de los progenitores solicite la aplicación de ese régimen, como sucede actualmente.

A este respecto, podemos destacar distintos posicionamientos doctrinales que apoyan indirectamente la idea del Consejo. Así, ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA entiende que en los procesos en los que se discute la atribución de la custodia, el Juez debe limitarse a aprobar o rechazar el convenio regulador que propongan las partes, sin entrar a establecer consideraciones propias o, aplicada su opinión sobre el anteproyecto, optar de oficio por imponer un régimen de custodia compartida.<sup>12</sup>

Misma opinión mantiene LOPEZ-MUÑIZ GOÑI, quién en múltiples obras se posiciona como un severo defensor de la limitación de la actuación al juez, en relación a lo dispuesto en el convenio regulador.<sup>13</sup>

Centrándonos en otros argumentos dados por el CGPJ en contra de lo propuesto por el artículo 92 bis.1 CC, encontramos como este defiende la idea de que el hecho de que ninguno de los progenitores solicite la adopción de un modelo de guarda y custodia compartida, evidencia el hecho de que dicha adopción es totalmente descartada por los mismos por no ser adecuada o aconsejable al caso.

No obstante, estas afirmaciones del Consejo respecto a la inviabilidad de dicha facultad del Juez son, en mi opinión, discutibles, en tanto que no puede entenderse que por el hecho de que ninguna de las partes solicite el establecimiento de una custodia compartida como posibilidad, esto conlleve, de forma inexorable, que los mismos sean contrarios a tal régimen. Desarrollemos esta idea; el supuesto que prevé la ley consiste en un proceso contencioso en el que ambos progenitores solicitan la guarda del menor en exclusiva para sí, ya que en el supuesto de que un progenitor no quisiera que se le

---

<sup>11</sup> Informe publicado el 19 de Septiembre de 2013. Enlace al documento: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-aprueba-el-informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-corresponsabilidad-parental>.

<sup>12</sup> ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. "La disyuntiva entre el principio dispositivo y el inquisitivo como rector de los procesos matrimoniales" Artículo Publicado en: <http://www.aeafa.es> (web oficial de la Asociación Española de Abogados de Familia)

<sup>13</sup> LOPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel. "El proceso Matrimonial de mutuo acuerdo. Guía práctica y jurisprudencia." Madrid. 2006. Colex, pág 21.

atribuyese la custodia, el régimen por el que se optaría sería el de custodia monoparental a favor del otro cónyuge, quedando descartada la custodia compartida.

Pues bien, partiendo de este supuesto, debemos entender que a la hora de presentar sus respectivas pretensiones, cada parte solicitará lo más, es decir cada una de las partes solicitará la custodia para sí. Según lo establecido en la actualidad en el CC, el Juez debe posicionarse a favor del progenitor que considere más oportuno, aunque la diferencia sea mínima, negando por tanto al otro progenitor la posibilidad de ejercer la custodia de su/s hijo/s; limitando su relación a un controlado régimen de visitas.

Por el contrario, conforme a lo previsto en el anteproyecto, ante la misma situación, el Juez, al entender que ambos padres son óptimos para ejercer la custodia del hijo común, podría optar por imponer una custodia compartida, estimando así parcialmente las pretensiones de ambas partes.

A la vez resulta lógico pensar que cualquier padre que desee tener la custodia en exclusiva de sus descendientes menores, prefiere compartir la misma con el otro progenitor, a que dicha custodia le sea negada, teniendo que limitarse a un régimen de visitas.

### **2.1.2.- Modificaciones propuestas para el artículo 92 bis.3 CC.**

Se establece en este apartado que *“en todo caso, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorará las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia o vista y la prueba practicada en ella para determinar su idoneidad”*

En el anteproyecto se mantiene el requisito previo a la concesión de la custodia consistente en solicitar del Ministerio Fiscal un informe para que se pronuncie sobre lo oportuno de imponer un modelo determinado de custodia para el caso concreto.

Atendiendo a lo previsto en la ley actual, el artículo 92.8 CC, conforme a la redacción de la Ley 15/2005, en un principio requería que dicho informe fuese favorable a la posibilidad de imponer una custodia compartida, para poder establecer dicho régimen. No obstante, tal requisito fue declarado inconstitucional en la sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre (RTC\2012\185). En esta sentencia

el Tribunal Constitucional entiende que *“la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal ex art. 92.8 CC debe ser declarada contraria a lo dispuesto en el art. 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida”* (Fundamento jurídico sexto)

A pesar de que se trate de un tema cerrado, pues disponemos de una sentencia del alto tribunal que resuelve la cuestión, nos permitiremos destacar lo oportuno y lógico que resulta el posicionamiento del Tribunal Constitucional en este aspecto. Es decir, si el Tribunal se hubiera declinado por confirmado el inciso “favorable” que preveía el CC, se habría creado la surrealista situación de que, ante la solicitud del establecimiento de un régimen de custodia compartida, la competencia para admitir o rechazar tal posibilidad, pertenecería al Ministerio Fiscal, quedando vacío de contenido la función que el Juez tendría en el proceso en cuestión.

### **2.1.3.- Modificaciones propuestas para el artículo 92 bis.5 CC.**

Recoge este quinto apartado que: *“(…) excepcionalmente, el Juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, atendiendo a los criterios anteriores y a la peligrosidad del progenitor condenado, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos”*<sup>14</sup>

Debemos recordar que el artículo 92.7 del actual CC, prevé que *“no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos”*

Se produce así una privación del derecho del progenitor condenado a obtener la custodia de su hijo, posibilidad que desde un punto de vista tanto jurídico como social es bastante razonable. Sin embargo, hay que destacar que tal privación se mantendrá únicamente hasta la extinción de la responsabilidad penal, tras lo cual el Juez valorará si procede la concesión de la custodia al padre que en su momento fuese condenado.

---

<sup>14</sup> Es aconsejable, para la mejor comprensión de este apartado, la lectura en su totalidad, del artículo 92 bis. Este se recoge en el Anexo único de este trabajo.

Tal previsión se mantiene en el anteproyecto, no obstante, la polémica en relación a este artículo se encuentra en el párrafo transcrito (“*excepcionalmente, el Juez podrá establecer...*”) Según este, el Juez podría establecer un régimen de estancia del menor con el progenitor condenado, si lo entiende necesario para el interés del menor siempre y cuando no exista riesgo para el mismo.

Ante esto, múltiples colectivos políticos y sociales se han posicionado en contra. Unas de las declaraciones más comentadas en relación a este tema fueron protagonizadas, en el propio Congreso de los Diputados, por la secretaria de Igualdad del PSOE, Carmen Montón, a principios de febrero del presente año<sup>15</sup>, quién afirmó que el anteproyecto permitiría a los padres maltratadores obtener la custodia de sus hijos.

Independientemente de la carga política del “ataque” de un grupo político a otro, hay que decir, que, si bien depende de la interpretación que se le dé al texto, de una lectura lineal no se desprende tal intención. Como bien se indica al comienzo del párrafo, se trata de supuestos excepcionales que realmente poca repercusión tendrán en la práctica, ya que ningún Juez se mostraría, en principio, predispuesto a conceder un régimen de visitas o de estancia de un menor, con un progenitor previamente condenado.

¿Cómo explicamos entonces la existencia de esta previsión? Desde la perspectiva del legislador, resulta lógica su intención de atender a todos los supuestos que puedan presentarse en la práctica. Entre ellos, la cuestión de determinar el posible derecho o, por el contrario, la inexistencia del mismo, de un padre condenado sobre su hijo. Debido a la relevancia de la cuestión, es evidente que tal materia tiene que ser objeto de regulación; sin embargo, hay que reconocer que, la que se ha desarrollado para este supuesto ha resultado bastante desafortunada puesto que, a pesar de que como ya se ha dicho, lo más probable es que tal previsión no encuentre repercusión práctica, simplemente por el hecho de que se haya previsto en el texto legal, se da pie a la “revolución” de distintos colectivos, cuya consecuencia directa es que se dificulte la aprobación del texto en cuestión. De hecho, y como bien razona MONSERRAT QUINTANA, en prácticamente todos los países occidentales, la introducción en el

---

<sup>15</sup> Noticia extraída del siguiente enlace: <http://www.psoe.es/igualdad/news/768955/page/carmen-monton-proyecto-del-gobierno-peligroso-porque-abre-puerta-custodia-compartida-con-los-maltratadores.html>.

ordenamiento de la *custodia compartida*, siempre lleva consigo grandes polémicas impulsadas por colectivos de padres y madres separados o divorciados.<sup>16</sup>

Sin embargo, no hay que olvidar que en todos los aspectos a regular relacionados con la guarda y custodia de un menor, lo primordial a tener en cuenta debe ser siempre el *favor filli*, es decir el interés del menor. Esta idea es la que debe mantener el legislador y, en base a la cual ha desarrollado este conflictivo apartado. Habrá que esperar para descubrir cómo quedará redactado dicho párrafo o, si por el contrario, permanece tal cual está redactado en la actualidad.

#### **2.1.4.- Modificaciones previstas al artículo 96 del CC, referidas a la atribución del uso de la vivienda familiar.**

En lo que se refiere a la atribución de los bienes familiares, el actual CC se limita a establecer normas relativas a la atribución de la vivienda familiar. Dichas normas, como se comentará en los sucesivos epígrafes, fueron desarrolladas para ser impuestas en regímenes de custodia monoparental, por lo que su aplicación en supuestos de custodia compartida es más complicada. Sin embargo, como ya se dijo, esto será comentado en su respectivo epígrafe, pues procede ahora realizar un comentario sobre las modificaciones que propone el anteproyecto en esta materia.

En la actualidad el artículo 96 CC recoge una serie de reglas destinadas a ser aplicadas para la atribución de la vivienda que, antes de la ruptura de la pareja, servía como vivienda familiar, manteniendo siempre los intereses del menor como prioritarios pues son estos los más “*dignos de protección*”.<sup>17</sup>

De forma subsidiaria encontramos que, de no existir hijos menores, la atribución de la vivienda se hará atendiendo al “*interés familiar más necesitado de protección*” siendo el único titular de tal interés, uno de los miembros de la pareja, que se determinará en atención a las circunstancias económicas, laborales y familiares, entre otros.

---

<sup>16</sup> MONSERRAT QUINTANA, Antonio. “*La custodia compartida en la nueva Ley 15/2005, de 8 de julio*” Artículo de la Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil. Publicada el 23 de Enero de 2006. En él, el autor presenta datos estadísticos en los que se denota y con los que comenta, la conflictividad social que provoca el tema.

<sup>17</sup> ROCA TRÍAS, Encarna: “*Código Civil comentado. Volumen I*”

El anteproyecto, mantiene lo previsto en el actual CC, en el sentido que prioriza el eventual acuerdo al que lleguen las partes sobre la atribución de la vivienda familiar, así como el ajuar y demás enseres que en aquella se encuentren, siempre que con dichos pactos se respete y se proteja el interés de los hijos de la pareja. En caso de no existir tal acuerdo, la atribución se hará por el Juez en función de lo que sea más conveniente para los intereses de los hijos.

Se establece también en este artículo del anteproyecto, concretamente en el párrafo tercero que, en los supuestos de custodia compartida como opción principal se optará por la atribución de la vivienda a ambos cónyuges, quienes alternarán en la misma por los periodos que les corresponda la guarda efectiva del menor. De no optarse por esta medida por no ser compatible con los intereses de los hijos, la vivienda “*se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el régimen de guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores o si los cónyuges no tuvieran hijos o éstos fueran mayores de edad*”

En realidad, estas previsiones que se recogen en el anteproyecto (otorgar la vivienda a quién tiene mayores dificultades; por tiempo concreto; mientras los hijos sean menores de edad; entre otros.), son cuestiones que como veremos más adelante, cuando se realice, en profundidad, el estudio a la problemática relativa a la atribución de la vivienda, ya están siendo tenidas en cuenta por la jurisprudencia.<sup>18</sup>

### **3.- Situación actual del anteproyecto.**

Como se mencionó al inicio de este epígrafe, en 2014 el Ministerio de Justicia elaboró un nuevo texto donde se localizaban ciertos cambios respecto al texto original, pero que sustancialmente carecen de entidad como para hacer una mención especial a los mismos.

---

<sup>18</sup> Véase como ejemplo la SAP Cáceres de 22 de enero de 2013. Se atribuye la vivienda al miembro de la pareja que se encuentra en peor situación económica “*El supuesto permitir dicha posibilidad, (atribuir la vivienda al cónyuge más necesitado) pues éste viene dado por una situación de auténtica necesidad o penuria económica; y con la atribución del uso de la vivienda al cónyuge especialmente necesitado se trataría de establecer un período de tiempo más o menos reducido durante el cual, dicho cónyuge pueda superar dicha situación de auténtica necesidad o penuria económica y disponer de una vivienda*”

Lo cierto es que la materia que se regula en este texto cuenta con una gran carga ideológica, lo que dificulta bastante la elaboración de un texto regulador de dicha materia, que satisfaga a todos los colectivos implicados. En la actualidad, el anteproyecto se encuentra en período de consultas, por lo que los colectivos afectados están a la espera de descubrir que es lo que pasará con este.

Cierto es, como era de esperar, que no se ha encontrado una fórmula que satisfaga a todos los colectivos implicados, y probablemente tampoco se encontrará. En estos momentos se puede augurar con bastante fiabilidad, que dicha ley no será aprobada en la presente legislatura, básicamente porque no se encuentra en el calendario legislativo del Gobierno. De hecho el propio presidente del ejecutivo nacional no incluyó ninguna propuesta legislativa para lo que restaba de gobierno en la última comparecencia de prensa del año anterior, realizada el 26 de diciembre, por lo que podemos entender que esta cuestión, por ahora, permanecerá sin regulación.<sup>19</sup>

#### **IV.-LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA. ESPECIAL ATENCIÓN A LA ATRIBUCIÓN DE BIENES.**

Una vez concluido el análisis de la regulación vigente a nivel estatal, procede realizar un estudio de las distintas leyes forales que se han desarrollado en esta materia, pues presentan una perspectiva distinta a la postura del legislador nacional en lo que a la *custodia compartida* se refiere. Sin embargo, en cuanto a la atribución de bienes solo presenta ciertas particularidades pero que merecen ser objeto de atención.

Diversas Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus derechos forales, han desarrollado leyes propias aplicables a la cuestión central de este trabajo. Este es el caso de Cataluña, Aragón, la Comunidad Valenciana, y muy recientemente el País Vasco, cuyas legislaciones pasamos a comentar a continuación.

##### **1.- Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del CC de Cataluña, relativo a la persona y la familia. (Comunidad Autónoma de Cataluña).**

---

<sup>19</sup> En dicha comparecencia debe estar entre los temas a desarrollar las leyes que el Gobierno pretende elaborar para el siguiente año. Al no hacer mención a esta Ley de Custodia Compartida, resulta más que lógico pensar que el Gobierno carece de intención de aprobar dicha norma para este año.

Esta ley otorga cierta preferencia a la custodia compartida (responsabilidad parental compartida en los términos de la propia Ley), al establecer en el artículo 233-10.2 que: “*la autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales...; la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo.*”. Sin embargo, en la Exposición de Motivos de dicha ley se establece que esa naturaleza preferente no tiene carácter absoluto; de hecho se prevé que dicho carácter quede condicionado a las características concretas e individuales de cada caso. Al igual que en la legislación estatal, como es evidente, prima el interés del menor, por lo que el Juez deberá intentar satisfacer dicho interés de la mejor manera en cada caso.

Así, se establece en la ley que la guarda y custodia ha de ejercerse conjuntamente en la medida de lo posible, situando pues a la custodia individual en un segundo plano. Esta ley no utiliza el término “*custodia compartida*”, sino que habla de un sistema que denomina “*responsabilidad parental compartida*”. Esta norma exige a su vez que, los progenitores, presenten ante el órgano jurisdiccional un *plan de parentalidad*,<sup>20</sup> en el que concretan la manera y los términos en los que se ejercerá el cuidado de los hijos en común, con independencia de que haya acuerdo entre las partes o no. En este plan se debe enumerar, al menos, los siguientes ocho extremos:

- a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento.
- b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos.
- c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen.
- d) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él.

---

<sup>20</sup> Art. 233-9. *Plan de parentalidad*. Este consiste en un documento en el que ambos progenitores presentan ante el órgano jurisdiccional sus propuestas para el modo de realizar la guarda, el cuidado e incluso la educación de los hijos menores. El Juez analizará ambos documentos obteniendo de los mismos un idea sobre a cuál de los padres debe atribuirse la custodia de dichos hijos.

- e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia.
- f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede.
- g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos.
- y, h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos.

Se busca con este plan, por tanto, fijar de forma concreta los aspectos en los que se desarrollará el cuidado del hijo/hijos, para una mejor realización de dicha tarea.

Establece también dicha ley que, a pesar de ser el régimen de custodia compartida el más deseable, el mismo solo se adoptará cuando sea lo más beneficioso para el menor. En este sentido, el legislador catalán opta por enumerar los criterios<sup>21</sup> a los que el Juez debe valorar para determinar el régimen a imponer. Así, se prestará atención a la relación que tienen los progenitores con el menor, la relación entre ambos progenitores, el tiempo que cada progenitor ha dedicado a su hijo antes de la ruptura, el entorno que pueden proporcionar a su hijo, la distancia entre los domicilios y también la voluntad del hijo. También serán relevantes los acuerdos tomados antes del proceso judicial, es decir, el modo de repartir la custodia antes de que el caso fuera examinado por el Juez o Tribunal.

De darse el supuesto de que alguno de los progenitores no esté de acuerdo en el establecimiento de un régimen compartido, el Juez examinará igualmente los requisitos mencionados, pudiendo adoptar tal régimen únicamente si lo considera aconsejable para los intereses del menor. En caso contrario, se optará por una custodia en exclusiva para uno de los cónyuges, junto con un régimen de visitas para el otro.

En lo que se refiere a la atribución de bienes, el Código civil catalán en su Libro II (artículos 233.20 a 233.25) hace únicamente mención a la vivienda familiar. En este sentido, el legislador catalán ha optado por atribuir el uso de dicha vivienda al cónyuge

---

<sup>21</sup> Resulta conveniente en este momento realizar una lectura al artículo 233-11: *Criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda*, para poder observar esta cuestión con mayor detenimiento.

más necesitado. Conforme al artículo 233.20, esta atribución se hará con carácter temporal, siendo susceptible de prórroga, la cual también se concederá por un tiempo concreto, es decir, se mantendrá el carácter temporal. Únicamente se optará por la prórroga de la atribución del uso y disfrute de dicho bien inmueble cuando se mantengan las circunstancias que motivaron la decisión del Juez.

## **2.- Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. (Comunidad Autónoma de Aragón).**

Este texto destaca frente al anterior porque la prioridad que le otorga a la custodia compartida sobre la individual o exclusiva es mucho más notable. Esta preferencia se obtiene al establecer la custodia compartida como el régimen de custodia que el Juez debe adoptar de forma preferente a falta de pacto entre los litigantes salvo que, en defensa del interés de los hijos, fuese más conveniente optar por una custodia individual.

Según la Exposición de Motivos, con la aprobación de este texto se defienden los principios de protección de la familia y la infancia y de igualdad entre el hombre y la mujer, respetando así a los Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, la Constitución Española y al propio Estatuto de Autonomía de Aragón.<sup>22</sup>

En esta legislación el principio *favor filii* es interpretado de forma directamente favorable a la custodia compartida. Sin embargo, la regulación que gira en torno a la atribución de bienes es ciertamente vaga en tanto que dedica un único artículo a esta cuestión (el artículo 81 del mencionado Decreto Legislativo)

Igual que el resto de la regulación existente en esta materia, el artículo 81 solo regula la atribución de la vivienda y del ajuar familiar. Así, la vivienda será atribuida al

---

<sup>22</sup> El art. 39 de la Constitución española recoge el principio de protección de la familia e infancia. A la vez el art. 24 del Estatuto de Autonomía de Aragón impone a los poderes públicos aragoneses la adopción de políticas que garanticen la protección de las relaciones familiares y la igualdad entre el hombre y la mujer. Y, por último, el art. 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, celebrada el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, obliga a los Estados miembros de la ONU a respetar el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que fuera contrario al interés superior del niño.

progenitor que *“por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares”*

En todo caso la atribución del uso de la vivienda familiar se debe hacer con una limitación temporal que podrá ser pactada por las partes o a falta de acuerdo, el plazo será fijado por el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia.

### **3.- Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. (Comunidad Valenciana).**

Con un estilo más similar a la ley aragonesa que a la catalana, la Comunidad Valenciana ha desarrollado esta ley otorgando prioridad a la custodia compartida frente al régimen monoparental en los casos cese de la convivencia sentimental.

En su Exposición de Motivos, la presente ley define al régimen de custodia compartida como un *“sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial”*.

Con una redacción muy similar a la ley aragonesa, el artículo quinto de esta ley prevé que a falta de pacto entre los progenitores, la autoridad judicial atribuirá, como regla general, a ambos progenitores de manera compartida el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos.

Este último inciso cobra bastante relevancia al compararlo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues uno de los requisitos que inexorablemente deben concurrir en un supuesto, para adoptar un régimen de custodia compartida es la existencia de una relación cuanto menos cordial entre los progenitores.

Por ello, y según la redacción de la ley foral, lo único que *a priori* podría desechar la posibilidad de la custodia compartida es el interés superior del menor. Siguiendo el mismo artículo quinto, el Juez excepcionalmente podrá conceder la

custodia individual al padre o a la madre para garantizar el interés del menor, siempre que así lo aconsejen los informes sociales, médicos y psicológicos que se realicen.

Es decir, en esta normativa la custodia monoparental es considerada un sistema extraordinario, al que solo se puede acudir cuando no sea aconsejable la guarda y custodia compartida, justo al contrario que lo que en la actualidad se establece en el CC en el artículo 92.5 CC, salvando la interpretación ya comentada del Tribunal Supremo.

Por su parte, en lo relativo a la atribución de bienes, es el artículo sexto el encargado de regular esta cuestión centrándose, nuevamente, en la atribución del uso de la vivienda familiar. De esta poco se puede comentar, pues la redacción de tal artículo es prácticamente igual a la del artículo 81 de la Ley aragonesa mencionada en el apartado anterior.

Así, serán las partes las que decidan a quién se le atribuirá el uso de la vivienda familiar (y con ella el ajuar). A falta de acuerdo, será el Juez quien se pronuncie sobre tales extremos.

#### **4.- Ley 7/2015, de 30 de Junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. (Comunidad Autónoma: El País Vasco).**

El 1 de julio de 2015 el Parlamento vasco aprobaba esta nueva ley, la cual será aplicada cuando transcurran tres meses desde su publicación, que será cuando se produzca su entrada en vigor.<sup>23</sup>

Esta ley prioriza el acuerdo de voluntades siempre y cuando no se vean afectados los derechos del menor. A falta de acuerdo, el Juez debe atender a lo establecido en el artículo noveno de dicho cuerpo legal.

El legislador vasco mantiene la línea ideológica de las demás Comunidades Autónomas que ya cuentan con ley propia en esta materia, pues intenta normalizar la institución de la *custodia compartida*; así como la establecida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de abril de 2013.

---

<sup>23</sup> 23.- Disposición Final de la Ley 7/2015: “La presente ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del País Vasco”

Así, con esa intención, el legislador prevé que en primer lugar se opte por conceder una custodia compartida por entenderla más beneficiosa para el correcto desarrollo del menor. En los supuestos en los que este régimen no sea aconsejable, el Juez optará por la custodia monoparental.

En lo que se refiere a la atribución de los bienes, nuevamente esta regulación se limita a la vivienda y al ajuar familiar, estableciendo un triple criterio de atribución, pues impone que, en primer lugar, se debe atender a lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos e hijas, en segundo lugar a criterios de necesidad de los miembros de la pareja y, por último, a la titularidad de la vivienda (artículo 9 de la Ley 7/2015). En este sentido hay que decir que la norma vasca no resulta muy innovadora

## **V.- ATRIBUCIÓN DE LOS BIENES FAMILIARES EN LOS SUPUESTOS DE CUSTODIA COMPARTIDA.**

### **5.1.- Introducción.**

Como ya se ha comentado en múltiples ocasiones, para poder realizar un cuidado óptimo y adecuado de un menor sus progenitores deben hacer uso de una serie de bienes cuya titularidad puede pertenecer a un u otro padre, o a ambos. Mientras la pareja convive, el uso de tales bienes no supone ningún problema, las complicaciones surgen cuando tiene lugar la ruptura sentimental y por tano el cese de la convivencia.

En estos casos, dichos bienes (muebles e inmuebles como se comentará a continuación) siguen siendo igual de necesarios para el menor, por lo que no se le debe privar del derecho a continuar haciendo uso de los mismos. En consecuencia estos bienes de los que hablamos, serán disfrutados por aquel progenitor bajo cuya guarda quede el menor. Existiendo un único progenitor custodio, la atribución del uso de los bienes familiares es sencilla y prácticamente automática. Sin embargo, en los supuestos de custodia compartida, en los que ambos padres tienen la condición de “progenitor *custodio*”, tal atribución no puede realizarse de igual manera debido a los problemas prácticos que presenta.

A partir de esta situación, nos ocuparemos a continuación del estudio de dicha atribución, partiendo del régimen de custodia compartida como base.

## 5.2.- Concepto de “bien familiar”

Tratando de encontrar un concepto doctrinal o jurisprudencial de *bien familiar*, nos encontramos con la circunstancia de que, pocos son los autores que se han detenido a ofrecer una definición de dicho concepto. Esto se debe a que, como ya se ha comentado en diversos apartados, el legislador español se ha limitado a entender como bien familiar, susceptible de atribución en los casos de ruptura, a la vivienda, por lo que los convierte inevitablemente en sinónimos. En consecuencia, en la doctrina ocurre lo mismo. Sin embargo, en la jurisprudencia, si bien tampoco se facilita un concepto de *bien familiar*, sí se dan casos en los que, bajo el argumento de lo necesario que resulta el bien para el cuidado del menor, los padres solicitan la atribución de otros bienes distintos a la vivienda familiar.

En este sentido, consideramos que un bien familiar es todo aquel que es usado por la familia para el desarrollo de su vida diaria. Siguiendo la línea argumental de este trabajo debemos hacer referencia a aquellos bienes que pueden ser objeto de atribución. Es decir, no todos los bienes son atribuibles en un procedimiento de separación o divorcio.<sup>24</sup>

Como ya dijimos, el bien familiar atribuible por antonomasia es la vivienda familiar. De hecho en el CC, en el Capítulo IX del Título IV del Libro Primero “*de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*”; (artículo 90 y ss.) se recoge como uno de los extremos del contenido esencial de todo convenio regulador la atribución de la vivienda y del ajuar familiar.

La poca regulación existente hoy en día es producto de la reforma del CC del año 1981. En este año, se introducen el artículo 96 CC, una serie de criterios para la atribución de la vivienda familiar, que se ha mantenido hasta la actualidad. Cuando en 2005 se introduce la figura de la custodia compartida no se realiza una nueva regulación en materia de atribución de bienes. Sin embargo, no entraremos en detalles, pues este aspecto ha sido desarrollado en su correspondiente epígrafe (legislación y evolución histórica), sin perjuicio de la breve referencia que se hará en los próximos apartados.

---

<sup>24</sup> En este sentido hay que distinguir entre la masa patrimonial de la pareja, que será repartida mediante las reglas de la liquidación del régimen económico matrimonial recogidas en la LEC en los artículos 806 a 811; y aquellos bienes que por tener la consideración de bien familiar, su uso es atribuido a algunos de los progenitores.

Queda claro pues que, aunque ciertamente escasa, existe regulación de atribución de la vivienda familiar, la cual genera una serie de problemas prácticos que serán objeto de estudio en este epígrafe. Sin embargo, en la práctica se pueden presentar conflictos relativos a la atribución de otros bienes que quedan al arbitrio del Tribunal debido a la falta de regulación. Vehículos, garajes y trasteros son solos algunos ejemplos de bienes cuya atribución pueden exigir los progenitores para el correcto ejercicio de la guarda de un menor. Por ello, a continuación se presenta un análisis práctico de cómo la jurisprudencia abarca la problemática de la atribución de los bienes familiares, siempre partiendo del supuesto de un régimen de custodia compartida.

### **5.3.- La vivienda familiar.**

La atribución del uso de la vivienda familiar es una de las medidas que deben quedar fijadas en el convenio regulador que se firma tras el divorcio. (Artículo 90, apartado c.- CC) Dicha atribución se debe hacer a favor de uno de los progenitores y, en consecuencia, en perjuicio del otro.

El CC establece, en el artículo 96, que la vivienda será atribuida al cónyuge en cuya compañía permanezcan los hijos en común. Esta regulación resuelve el problema en los supuestos de custodia monoparental, donde hay un único progenitor custodio a cargo del cuidado de los menores. Sin embargo, en los casos de custodia compartida el conflicto es bastante más complejo de resolver.

Esta situación se debe a que el artículo 96 quedó redactado de tal manera tras la reforma del CC realizada por la Ley 30/1981 de 7 julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el CC y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Esto es destacable en el sentido de que cuando, en el año 2005, se introduce la institución de la custodia compartida en nuestro ordenamiento jurídico, no se hace mención al reparto de la vivienda, quedando vigente por tanto la regulación ya existente que, como dijimos, fue concebida para un régimen de custodia monoparental.

En este sentido partimos de la situación de que el legislador no ha previsto criterios legales de atribución del uso de la vivienda familiar para tales supuestos. El Tribunal Supremo, por su parte, ha reflexionado sobre este asunto, llegando a la

conclusión de que la regla aplicable para atribuir el uso de la vivienda familiar en caso de atribución a los padres la custodia compartida sobre los hijos menores, es el párrafo segundo del art. 96 CC, que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, y unos vayan con el padre y otros queden bajo la guarda de la madre, el Juez deberá resolver lo que proceda, según las circunstancias de cada caso.

Entrando en los distintos supuestos que se pueden dar, lo primero que puede crear cierta conflictividad es la titularidad del bien inmueble. Es decir, ¿se puede atribuir el uso un bien a un cónyuge cuando el inmueble es privativo del otro progenitor?

Ante esto el Tribunal Supremo ha sentado jurisprudencia estableciendo en diversas sentencias que *“la atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección del menor, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien”*<sup>25</sup>

Queda claro así que es indiferente la titularidad de la vivienda para su atribución, puesto que no es este dato lo que se tiene en cuenta para tal tarea.

En su defecto cobra importancia el principio del *interés familiar más necesitado de protección*, refiriéndonos con ello, a los intereses de los progenitores. El Juez debe determinar cuál de los cónyuges es el que más desfavorecido queda ante la disolución del vínculo sentimental, otorgando al mismo el uso de la vivienda como medida de protección. Para ello el órgano jurisdiccional deberá tener en cuenta las circunstancias concurrentes que pueden ser de índole profesional o social: situación económica y laboral, masa patrimonial de cada uno de los progenitores, estado de salud, edad, titularidad de otras viviendas, entre otros.

A la vista de esta información se podría criticar el hecho de que el Tribunal Supremo preste tanta atención al interés de los progenitores pues, ¿cómo encaja esto con la protección de los hijos?; de hecho hay autores como DE LA CAMARA, que critican tal denominación defendiendo que es una denominación errónea en tanto que el interés

---

<sup>25</sup> Fundamento jurídico tercero, STS núm. 660/2014 de 28 de noviembre (RJ 2014\6048). También resulta de interés en este extremo la STS núm. 282/2015 de 18 de mayo de 2015. (JUR 2015\134884)

familiar más necesitado de protección siempre será el del menor.<sup>26</sup> ¿Es compatible el respeto de ambos principios?.

Bien, como norma general todas las medidas que alcance el Juez en un procedimiento de custodia, debe hacerse en base al principio de *favor filii*, pero es un hecho consagrado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en ocasiones, puede primar el interés más necesitado de protección (referido este al cónyuge) sobre el propio interés del hijo. Esto es así en los casos en los que el vástago ha alcanzado la mayoría de edad, de hecho de una interpretación literal de la denominación del propio principio *favor filii* (interés del menor/ interés del niño), se puede entender lógico que este no sea de aplicación cuando el descendiente de la pareja ya no sea menor de edad.

En este sentido podemos hacer referencia a la sentencia del Tribunal Supremo del 11 de Noviembre del 2013 en el cual se recoge que “*la mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado*” (Fundamento Jurídico Tercero)

Tiene especial relevancia y, por ello será objeto de atención el inciso “*por un tiempo determinado*” El Tribunal Supremo entiende que la atribución de la vivienda no puede hacerse de forma indefinida, aun cuando el hijo sea menor de edad. De hecho en la STS 4249/2014 de 24 de Octubre de 2014 el Tribunal entiende que debe imponerse una limitación del derecho de uso de dos años contados desde su sentencia, “*armonizando los dos intereses contrapuestos: el del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele disponer de ella, incluso en los periodos en los que el hijo permanece con él, y el del hijo a comunicarse con su madre en otra vivienda*”.

Este tiempo es, a juicio del Tribunal, suficiente para permitir al cónyuge al que en un principio se le atribuye el uso de la vivienda, rehacer su situación económica puesto que si bien en la actualidad carece de ingresos, cuenta una edad y una

---

<sup>26</sup> DE A CÁMARA, M “*El sistema legal de matrimonio en el Código Civil*” Madrid. Civitas. 2002, página 81 a 83.

cualificación suficiente para acceder al mercado de trabajo y crear un status económico similar al del que fuera su cónyuge, situación que le permitiría acceder a una vivienda digna para atender a las necesidades del hijo durante los periodos de guarda efectiva.

En la referida sentencia, el Tribunal Supremo opta por un periodo de dos años, sin embargo, este no es un plazo concreto e inamovible, de hecho podemos encontrar resoluciones judiciales en las que el mencionado plazo es distinto. Por ejemplo la Audiencia Provincial de Barcelona en la sentencia 586/2013, de 24 de julio, expone razonadamente, en su fundamento jurídico cuarto, el motivo por el cual asigna la vivienda familiar a la madre del menor por un periodo de cinco años desde la emisión de la sentencia, transcurrido el cual cesará su utilización.

La Audiencia Provincial de Zaragoza, por su parte, expone en la sentencia 399/2013, de 23 de julio (fundamento jurídico tercero) que lo importante de tener en cuenta la edad de los menores y la necesidad de que por lo menos durante algún tiempo no se alteren los hábitos y costumbre cotidianas de los mismos en beneficio de su desarrollo y estabilidad. Bajo este razonamiento limita el uso del domicilio familiar a cuatro años desde que se dictó la Sentencia.

Se demuestra así que no existe un plazo legal concreto. Cada órgano deberá razonar e imponer el plazo que, a su juicio, sea el recomendable. Transcurrido el plazo previsto por el Tribunal, cesará la utilización de la misma por aquel al que le fue atribuida, por lo que o bien habría que realizar una nueva atribución analizando todos los aspectos a tener en cuenta mencionados anteriormente o, establecer un sistema de uso alternativo de la vivienda entre los cónyuges.

Esta posibilidad de uso alternativo de la vivienda familiar puede ser asumida desde un primer momento por el Juez que resuelva sobre el procedimiento de divorcio o separación. Dando lugar al fenómeno de la “casa nido”.

De optarse por este sistema, el uso no de la vivienda no sería atribuido en exclusiva a uno de los cónyuges, sino que se otorgaría a cada uno la facultad de uso de una parte de la vivienda familiar, de forma que ambos puedan seguir ocupándola de simultáneamente. Es decir consistiría en una alternancia entre los padres para convivir por períodos concretos en el domicilio familiar con el hijo.

Ejemplos de aplicación práctica de este régimen hay muchos. Por ejemplo el Juzgado de Primera Instancia de Gijón, en la sentencia de 22 de junio de 2010, acuerda que *“sean los hijos quienes se queden en el domicilio familiar, y sean los progenitores, quienes cada seis días tengan atribuido el uso, mientras conviven con sus hijos”* En este caso el Tribunal opta por un periodo bastante reducido y muy poco usual.

La Audiencia provincial de Alicante, en la sentencia 389/2012, de 27 de septiembre concede la custodia compartida de los hijos menores, teniendo los padres que alternar en la vivienda por periodos bimensuales.

Por su parte, si analizamos la postura del Tribunal Supremo sobre la *“casa nido”* o *“nido compartido”* veremos como este entiende que *“con dicha medida se fomenta la integración del menor con ambos padres evitando desequilibrios en los tiempos de presencia, se evita el sentimiento de pérdida, no se cuestiona la idoneidad de los progenitores y se estimula la cooperación de ambos padres en beneficio del menor”* (STS 25 de Noviembre de 2013)

El Tribunal Supremo añade a lo anterior que, con esta medida *“se asegura el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor, y produce el efecto beneficioso de aproximación al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial al 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”* (S TS de 29 de Noviembre de 2013).

De todo lo dicho sobre la atribución de la vivienda familiar obtenemos la conclusión de que, dicha tarea cuenta con una gran cantidad de normas que la regulan y hacen que los diversos supuestos que se presenten ante el órgano jurisdiccional puedan obtener una solución. Lamentablemente esta situación no se mantiene para otros bienes, lo que, como ya hemos dicho, y como veremos a continuación, provoca un aumento de la dificultad que conlleva la resolución de estos conflictos.

#### **5.4.- Otros bienes. Supuestos concretos.**

##### **1º Atribución bienes inmuebles distintos a la vivienda familiar.**

### 1º.1.- Otras viviendas.

Ya hemos destacado qué problemas se presentan a la hora de la atribución de la vivienda familiar. Sin embargo, no es poco común el supuesto en el que la familia cuente con más de una vivienda. Nos referimos en este caso a las denominadas *segundas residencias*, que son aquellos inmuebles que, con carácter general, solo se disfrutan en época estival. Por ello, cabe preguntarse qué criterios regirán en la atribución de estos bienes.

El CC solo prevé la atribución de la vivienda, sin detenerse a posicionarse sobre otros bienes inmuebles. Situación parecida, pero con peculiaridades, se dan en el caso de los derechos forales.

- La legislación aragonesa, al igual que la ley estatal, se limita a la atribución de la vivienda familiar, sin hacer mención expresa a la posibilidad de atribuir cualquier otro bien. Esto no implica de por sí que no se pueda realizar tal atribución, puesto que si bien no lo prevé, tampoco lo prohíbe expresamente.
- En lo que se refiere a la regulación de la Comunidad Autónoma de Valencia, esta va más allá al limitar las normas de atribución de la vivienda a aquella que constituya el domicilio familiar, pues el artículo 6.4 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, impone taxativamente que “*el régimen jurídico establecido (...) no será de aplicación a las viviendas que se disfruten como segunda o ulteriores residencias*”. Así, impide que se atribuyan residencias veraniegas, segundas viviendas, entre otros.
- Por su parte, el Código civil catalán permite la atribución de cualquier residencia que sea propiedad de la familia para su uso como nueva vivienda familiar.<sup>27</sup> Dicho de otra manera el hogar considerado como “familiar” durante el matrimonio no tiene que ser el que se asigne junto a la custodia. El optar por una u otra vivienda se determina, como es normal, en base al principio de *favor filii*.

---

<sup>27</sup> El art. 233-20.6 CC catalán establece tal posibilidad de la siguiente manera: “*La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos.*”

- Finalmente el legislador vasco, al igual que el aragonés, se limita a la atribución de la vivienda familiar, imponiendo el ya mencionado régimen de criterios subsidiarios: en primer lugar, se debe atender a lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos e hijas, en segundo lugar a criterios de necesidad de los miembros de la pareja y, por último, a la titularidad de la vivienda.

Todas estas normas, tanto la estatal como las forales, tienen en común el hecho de que solo se asignará, sea cual sea el caso, una única vivienda.

Haciendo un estudio sobre la jurisprudencia, podemos observar como las distintas Audiencias Provinciales mantienen posturas contradictorias entre sí, pues mientras que unas defienden la no atribución del uso y disfrute de la vivienda no familiar, (AP Valencia: 640/2002, de 4 diciembre (JUR 2003, 53933) ; 661/ 2002, de 12 diciembre (JUR 2003/54027) y 170/2003, de 27 marzo (JUR 2003/142438) , entre otros.), otras se posicionan de diferente manera en atención al caso concreto entendiendo que, en determinados supuestos, es necesario la atribución de las distintas viviendas (AP de Madrid: 528/2001, de 25 mayo (JUR 2001, 262699) y 269/2003, de 13 marzo (JUR 2003, 187703)). Para comprender más esta problemática, destacaremos dos de estas sentencias:

En la SAP Valencia de 27 de marzo de 2003, la madre de dos menores solicita la atribución de un inmueble que la familia tiene por costumbre usar únicamente los fines de semana argumentando que, el hecho de acudir a dicha vivienda supone una rutina para los menores que se vería truncada de no poder acudir cuando así lo desearan los menores, argumento que difícilmente se puede defender ante un Tribunal. Así, la Audiencia Provincial rechaza tal pretensión argumentando que ese inmueble debe repartirse mediante las reglas de liquidación del régimen económico matrimonial.

En la SAP Madrid de 25 de mayo de 2001, la Audiencia optó por atribuir una segunda residencia como “casa nido” al entender que por su localización es más adecuada para el desarrollo del menor (cercanía al colegio y demás lugares de ocio infantil) Cabe destacar que influyó en la decisión del Tribunal el hecho de que dicha segunda vivienda era propiedad de la pareja, mientras que el inmueble que estaba siendo utilizado como vivienda familiar, era propiedad exclusiva del padre.

Debido a la presentada contradicción, es necesario acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, quién ha creado una doctrina jurisprudencial bastante clara al respecto, que podemos encontrar en la STS núm. 284/2012 de 9 mayo (RJ 2012\5137). El supuesto de hecho de este proceso es el siguiente: una madre solicita, junto con la vivienda habitual, por contar con unos recursos económicos más limitados que su ex marido, la atribución de un segundo inmueble en el que realiza su profesión (dentista), basando la pretensión en que, gracias a los ingresos que recibe de la clínica puede sustentar los gastos del menor.

Según su razonamiento, el Tribunal entiende que *“no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar, pues tal atribución debe efectuarse de acuerdo con las reglas del régimen económico matrimonial que rija las relaciones entre cónyuges”*

En el fundamento jurídico cuarto el Tribunal justifica tal decisión en que, si bien durante un procedimiento de divorcio o separación se puede declarar la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial, tal actuación debe hacerse siguiendo el procedimiento que a tal efecto se ha previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 806 y ss.: *“Del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial”*). No obstante, si el procedimiento en cuestión es el regulado en los artículos 769 y ss. (*“De los procesos matrimoniales y de menores”*) debe limitarse, en cuanto a la atribución de bienes se refiere, a la vivienda familiar.<sup>28</sup>

### **1º.2.- Otros bienes inmuebles vinculados a la vivienda familiar: Garajes y trasteros.**

Es bastante común que, cuando la vivienda familiar se encuentra en un edificio en régimen de propiedad horizontal, junto a esta existan garajes o trasteros que, como bienes inmuebles son divisibles e independientes entre sí, pero que por su ubicación se refieren todos a un mismo núcleo. En relación a estos bienes, cabe preguntarse si pueden ser atribuidos por el Juez junto con la vivienda familiar o, si por el contrario, sucede con ellos lo mismo que con las segundas y otras viviendas de la unidad

---

<sup>28</sup> Cabe aclarar que estas normas no son de aplicación exclusiva al régimen de custodia compartida, sino que son de aplicación a cualquier sistema de custodia que se establezca. Es decir también se tienen en cuenta en los supuestos de custodia monoparental.

conyugal, según se explicó en el apartado anterior. Para dar respuesta a estos interrogantes y, como se hace en cualquier situación, procederemos a analizar la jurisprudencia existente en esta materia.

Como es usual, las Audiencias Provinciales no comparten una misma posición sobre el tema. Así La SAP Granada de 6 de noviembre de 2009 hace una interpretación en principio estricta del artículo 96 CC, que contempla exclusivamente la atribución de la vivienda familiar y los objetos de uso ordinario sin hacer mención a otros bienes o dependencias que sean objeto de uso y disfrute de la familia, aun cuando formen parte de aquella como elementos anexos. Sin embargo, añade que *“la atribución del uso del garaje a uno de los cónyuges puede ser una medida que, en su caso, debe ser atendida judicialmente cuando se demuestre que sea necesaria para facilitar la vida diaria de la familia”* En este caso, se solicitaba la atribución del garaje junto con la vivienda familiar. El Tribunal en su argumentación defiende la idea general de que no se debe atribuir un bien inmueble diferente a dicha vivienda. Sin embargo, entiende que para el caso concreto, debido a la localización del referido inmueble, el centro de la ciudad, para una mayor comodidad familiar, procede la atribución de la plaza de garaje junto con la vivienda.

Esta Audiencia Provincial mantiene que en principio solo podría atribuirse el uso de la vivienda familiar a no ser que se demostrase la necesidad de atribuir otro bien, véase en el caso un garaje, para el buen desarrollo de la vida familiar.

Por su parte, la SAP Barcelona de 20 de noviembre de 2002 estima que *“la pretensión de que se declare un derecho de uso sobre la planta baja de la vivienda, aun cuando ahí radiquen el depósito de gasoil de la calefacción o las conducciones de los suministros de agua y energía eléctrica, no puede ser acogida, puesto que no se ha acreditado que forme parte esencial de los elementos que integran la vivienda familiar, ni tampoco la necesidad de ocupación de este espacio”* De esta manera se rechaza la pretensión de la parte actora que solicita que se le atribuya las dos plantas de un edificio cuya titularidad pertenece a la familia (constituyendo cada planta una vivienda individual y diferenciada; siendo utilizada como vivienda familiar la de la planta superior) argumentando que en la vivienda inferior se encuentra el depósito de gasoil de la calefacción y las conducciones de los suministros de agua y energía eléctrica, por lo que en caso de avería tendría que tener libre acceso a los mismos.

Esta interpretación del art 96 del CC es más estricta que en el caso anterior, pues no permite en ningún supuesto la atribución otros bienes distintos a la vivienda familiar.

En contradicción a las dos anteriores encontramos la SAP Valencia de 26 de noviembre de 2009, donde se defiende que, ante estos supuestos, cabría un pronunciamiento expreso sobre la atribución del uso de un trastero partiendo de que no se ha argumentado que este no sea usado en la vida de la familia. Es decir, esta Audiencia opta por una atribución directa, en base a la presunción *iuris tantum* de que la todos los bienes anexos a la vivienda principal son de uso familiar.

En el supuesto en cuestión, en la pretensión inicial se solicitaba que se atribuyese junto con la vivienda habitual, los bienes anexos (garaje y trastero). El Tribunal se posiciona favorablemente bajo el argumento descrito.

Esta cuestión que, en principio parece sencilla supone un problema. Es decir, desde un punto de vista social los bienes inmuebles anexos a la vivienda familiar deben tratarse siempre de manera unitaria (es decir la atribución del uso de la vivienda debe llevar consigo la atribución del uso de garajes y trasteros.) Sin embargo, en un plano jurídico esta cuestión es complicada, en tanto que no cuenta con una previsión legal concreta. Esta falta de previsión legal es el problema principal que se quiere destacar, pues es la causa del problema.

## **2º Atribución de bienes muebles.**

Cuando se trata de bienes a repartir en relación a la asignación de la custodia, la vivienda familiar es el bien por antonomasia, ya que, como se ha explicado en el epígrafe anterior, el reparto del resto de bienes se hace mediante la liquidación del régimen económico matrimonial.

Sin embargo, aunque pocos son los casos que se encuentran en la jurisprudencia, se puede hacer mención a supuestos concretos de atribución a las partes de otros bienes (bienes muebles en este caso) en un supuesto de custodia compartida. Nos referiremos a continuación a la atribución del vehículo familiar.

**2º.1.- Atribución del vehículo familiar:** a propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 317/2011 de 22 julio. (JUR 2011\328844)

Cuando se adopta una custodia compartida, se pone especial énfasis en que el menor tenga cubiertas todas sus necesidades cuando esté con ambos padres. A la vez, se prioriza el bienestar del niño, así como que el desarrollo de su vida diaria no se vea afectado por el hecho de tener que alternar la convivencia con sus progenitores. Para que esto sea posible, es necesario que ambos padres cuenten con los medios necesarios para atender al menor. Es en este momento cuando cobra importancia bienes tales como un vehículo, el cual permite una libertad total de desplazamiento permitiendo al menor acudir a todas esas actividades que diariamente debe atender (escuela, actividades extraescolares, visitas médicas, entre otros.)

Partiendo de esta premisa encontramos resoluciones judiciales innovadoras o poco frecuentes como es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla número 317/2011 de 22 julio (RJ). Esta es consecuencia de un recurso de apelación presentado contra una sentencia dictada el 23 de diciembre de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia nº4 de Dos Hermanas, Sevilla. Esta Sentencia de Primera instancia será estudiada de manera indirecta a través de la SAP que resuelve el mencionado recurso.

### **2.1.1 Análisis de la resolución.**

#### **1.- Hechos:**

En este caso se discute sobre el divorcio de una pareja y, en consecuencia, sobre la atribución de la custodia de la hija menor que ambos tienen en común. El Juez, vistas las pretensiones de las partes, opta por establecer un régimen de custodia compartida. Esta pareja, de nivel adquisitivo medio-alto, es propietaria de dos bienes de relativo valor. Por un lado es titular de una vivienda, cuyo uso es atribuido de forma compartida a ambos padres. Así estos deberán turnarse en la convivencia con la menor en el domicilio familiar por períodos concretos de tiempo.

El segundo bien con el que cuenta la unidad familiar es un vehículo de clase media (Modelo Kia Picanto). Según se expresa en la sentencia, el vehículo es usado

para transportar a la hija hasta las instalaciones escolares, a las distintas actividades extraescolares que frecuenta, así como a demás lugares donde fuera necesario acudir. En base al uso que se le da, se discute sobre la posibilidad de atribuir su uso.

## **2.- Argumentación y fallo:**

La resolución recurrida establecía el siguiente pronunciamiento: *“4º Se atribuye el uso exclusivo del vehículo Kia Picanto matricula X MSQ , al progenitor que en cada momento ostente la guarda de los hijos, debiendo atender ambos padres por mitad el préstamo suscrito para sus compra y los gastos de seguro, y reparaciones necesarias del mismo consensuados entre ambos”*

Entiende el Juzgado que el vehículo es necesario para un buen cuidado del menor, por lo que al contar la unidad familiar con un único vehículo, este debe ser compartido por ambos cónyuges por periodos concretos, coincidiendo que pueden hacer un uso total del mismo cuando el hijo en común se encuentre bajo su cargo.

La Audiencia se posiciona a favor recogiendo, en el FJ único lo siguiente: *“Respecto al uso del vehículo, y dado que la sentencia ha establecido un lógico uso del mismo, no hay motivo para la modificación. Por lo dicho procede confirmar la sentencia, sin hacer pronunciamiento sobre las costas de la alzada”*

Sin entrar en más consideraciones la Audiencia Provincial se limita a respaldar la argumentación ya dada por el Juzgado de Primera Instancia.

## **3.- Breve consideración propia:**

Este resulta ser un supuesto de gran interés, puesto que denota con gran claridad la existencia de bienes distintos a la vivienda familiar que pueden ser susceptibles de atribución y que, es más, atendiendo al caso concreto, deben ser objeto de tal atribución, tarea difícil debido a la falta de legislación existente en nuestro ordenamiento.

Como ya se dijo en su respectivo epígrafe, la vivienda cuenta con una gran masa legislativa que sirve de base para resolver los casos que se presenten. Sin embargo, el juez se encuentra sin más recursos que la propia jurisprudencia (la cual es bastante escasa) para poder posicionarse ante casos como el estudiado. Ciertamente es que con asiduidad se encuentran supuestos prácticos que carecen de regulación específica y que requieren de la aplicación análoga de otras normas para su resolución. Sin embargo,

resulta criticable, que un supuesto tan genérico como “la atribución de otros bienes distintos a la vivienda” carezca de regulación, máximo cuando dicho supuesto se resolvería con una previsión legislativa genérica, que permitiera la atribución de todos aquellos bienes que a juicio del Tribunal fueran necesarios para un correcto y adecuado cuidado del menor. Es decir, con la redacción de una norma, que podría ser realizada de igual forma a la prevista para la atribución del uso de la vivienda, el órgano jurisdiccional contaría con una herramienta que aplicar, para resolver estos supuestos.

También es verdad que a pesar de la inexistencia de tal valoración tales supuestos encuentran una respuesta satisfactoria por parte de los distintos órganos jurisprudenciales, pero ello no justifica la carencia. Es cierto que se trata de supuestos concretos y no de una situación generalizada, sin embargo, el problema surge cuando dicha excepcionalidad pierde tal carácter y, aun siendo pocos, se presentan problemas a los cuales no se les ha previsto una solución. Quedamos pues a la espera de que futuras regulaciones abarquen este problema puesto que, cuanto mayor sea la cobertura legal existente en esta materia, mayor seguridad jurídica habrá, lo que conlleva una mayor protección para los intereses del menor, pues recordemos que, toda atribución del uso de un bien familiar se debe hacer en pro del bienestar del menor.

## **2º.2.- Ajuar familiar.**

El ajuar doméstico está compuesto por el conjunto de muebles y enseres de uso ordinario que se encuentran en la vivienda familiar. En virtud de lo establecido en el artículo 346 del CC, no se entienden como ajuar: *“el dinero, los créditos, efectos de comercio, valores, alhajas, colecciones científicas o artísticas, libros, medallas, armas, ropas de vestir, caballerías o carruajes y sus arreos, granos, caldos y mercancías, ni otras cosas que no tengan por principal destino amueblar o alhajar las habitaciones”*

En la práctica judicial lo habitual es que se atribuya el ajuar al progenitor que se queda con el uso de la vivienda familiar, con el objetivo de mantener a esta en las mismas condiciones en las que se encontraba y con a las que el menor está acostumbrado, pues se han encontrado durante su desarrollo y hasta el momento previo a la ruptura de la pareja.

Por ello, lo más común es que no se haga distinción entre la atribución de la vivienda familiar y los enseres que esta guarda.

No obstante, y en base al principio de autonomía de las partes, los progenitores pueden pactar entre sí un método de reparto siempre que no se perjudique al menor mermando de forma negativa las condiciones de vida de este.

Esta es una posibilidad legalmente permitida, pues en el artículo 90 CC, junto con la vivienda se reconoce al ajuar familiar como una materia cuyo reparto debe determinarse en el convenio regulador, sin establecer mayores limitaciones.

Por su parte las distintas normas forales recogen un contenido bastante similar:

- *“En los casos de nulidad, separación o divorcio, el uso del ajuar doméstico se atribuirá preferentemente al cónyuge al que se haya atribuido el uso de la vivienda familiar mediante sentencia judicial, sin perjuicio de lo que los consortes acuerden en el convenio regulador de los efectos patrimoniales de su separación, divorcio o nulidad aprobado judicialmente”.* (Artículo 20 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano)
- *”El ajuar familiar permanecerá en el domicilio familiar salvo que se solicite en el plan de relaciones familiares la retirada de bienes privativos. En el caso de que ninguno de los padres continúe en el domicilio familiar se decidirá la entrega de los bienes entre los mismos según las relaciones jurídicas que les sean aplicable”* (Artículo 81.5 del Código del Derecho Foral de Aragón)
- *“En defecto de acuerdo o de su aprobación judicial, el juez atribuirá el uso de la vivienda familiar, y de los enseres y el ajuar existente en ella, en atención a lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos e hijas, a criterios de necesidad de los miembros de la pareja y a la titularidad de la vivienda.”*(Artículo 9 Ley 7/2015, del País Vasco)
- *“Los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este. También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados”* (Artículo 233-20.1 Ley

25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del CC de Cataluña, relativo a la persona y la familia

En el caso de Cataluña puede dar la sensación a partir de una interpretación literal, que la vivienda siempre será atribuida junto con el ajuar familiar, Sin embargo, esto no es así y, al igual que en el resto de derechos forales y en el “mal-denominado” derecho común, ambos se puede atribuir por separado.

## **VI.- CONCLUSIONES.**

**1ª.-** La *custodia compartida* es un régimen novedoso que supone una apuesta arriesgada en tanto que requiere del consenso y la colaboración de dos personas que están viviendo una crisis sentimental y que normalmente mantienen una actitud contenciosa. Sin embargo, es un sistema que permite al menor mantener una relación equitativa con ambos padres, impidiendo que experimente un sentimiento de pérdida o incluso de culpabilidad. A la vez, desde la perspectiva del progenitor, este régimen permite al adulto rehacer su vida social con mayor facilidad, ya que el compartir la guarda del menor, hace que la carga y la dedicación esté más repartida.

**2º.-** La mayoría de las familias poseen una vivienda familiar cuya titularidad corresponde a la pareja. Debido a su valor económico, esta suele ser un punto de conflicto en toda ruptura. No obstante, si bien la vivienda familiar es el bien atribuible por antonomasia, no es el único. Realizando un estudio de la jurisprudencia hemos podido comprobar la existencia de otros bienes, muebles e inmuebles, que pueden ser objeto de discusión en un proceso de atribución de custodia. Hay que destacar que no hablamos aquí de todas aquellas propiedades de la pareja cuyo reparto se hace en base a las normas de los sistemas de liquidación del régimen económico matrimonial, sino de aquellos bienes que se atribuyen con la finalidad de realizar un cuidado óptimo del menor.

**3º.-** La resoluciones de las Audiencias Provinciales son contradictorias, pues si bien hay quién limita la atribución de bienes a la vivienda familiar, hay otras que entienden

necesaria e incluso aconsejable que, en ciertos casos, se realice la atribución de otros bienes concretos. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre esta cuestión han sido escasos, aunque ciertamente aclaradores, pues se ha posicionado declarando que durante un procedimiento de divorcio o separación se puede declarar la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial. Ahora bien, tal actuación debe hacerse siguiendo el procedimiento que a tal efecto se ha previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 806 y ss.: “*del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial*”). No obstante, si el procedimiento que se está siguiendo es el regulado en los artículos 769 y ss. (“*de los procesos matrimoniales y de menores*”) la actuación del Juez debe limitarse, en cuanto a la atribución de bienes se refiere, a la vivienda familiar, realizan una interpretación estricta del CC.

**4º.-** El legislador se ha centrado únicamente en la regulación de la atribución de la vivienda familiar. El artículo 96 CC trata esta cuestión, imponiendo una serie de previsiones generales que, en el momento de su redacción, fueron desarrolladas para regímenes de custodia monoparental (el uso de la vivienda será atribuido al progenitor custodio). Sin embargo, en la custodia compartida no hay un único progenitor custodio, sino que ambos progenitores realizan tal tarea de forma alternativa. En estos casos y según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el Juez o Tribunal debe resolver “*lo procedente*”. Es decir, se le impone al juez una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención y respeto al principio *favor filii* y, de forma subsidiaria, atendiendo interés más necesitado de protección (es decir cuál de los progenitores queda en una situación más desfavorecida tras la ruptura)

**5º.-** Para la atribución de otros bienes, aunque *a priori* el Tribunal Supremo haya rechazado tal posibilidad, se carece de una regulación propia que resuelva este problema. No contamos con una regulación suficiente que permita dar respuesta a aquellas pretensiones que versen sobre esta problemática. Supone esta, una tarea pendiente para el legislador, quién debería abarcar esta cuestión.

6º.- El principal problema que se quiere destacar con este trabajo es la problemática que supone para el operador jurídico, el hecho de carecer de una previsión legislativa que resuelva los supuestos de atribución del uso de otros bienes familiares distintos a la vivienda familiar. Como se ha expresado en este documento, la vivienda, si bien es la propiedad más valiosa, no es la única que cobra importancia en el cuidado del menor. Este hecho tan genérico se encuentra carente de regulación en nuestro ordenamiento, problema que se resolvería con una previsión legislativa genérica que permitiera la atribución de todos aquellos bienes siempre que, tras la argumentación y defensa de las partes, a juicio del Tribunal, fueran necesarios para un correcto y adecuado cuidado del menor.

## **VII.- BIBLIOGRAFÍA.**

### **1.- MONOGRAFÍAS.**

1.- ALMEDA SAMARANCH, Elisabeth, *La custodia compartida a debate*. Teresa Picontó Novales (editora). Primera edición. 2012 Editorial DYKINSON.

2.- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Guardia y custodia de hijos menores: las crisis matrimoniales y de parejas de hecho: procesos declarativos especiales en la LEC*. Edición: Primera edición. 2007. Editorial: LA LEY, 2007.

3.- CRUZ GALLARDO, Bernardo. *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. Editorial: LA LEY, 2012.

4.- DE LA CÁMARA, Manuel “*El sistema legal de matrimonio en el Código Civil*” 2002. Editorial: CIVITAS.

5.- DELGADO DEL RÍO, Gregorio. *La Custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*. Primera edición. 2010. Editorial: THOMSON REUTERS.

6.- IVARS RUIZ, Joaquín. *La guarda y custodia compartida: aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*. Editorial: TIRANT LO BLANCH, 2008.

7.- IVARS RUIZ, Joaquín. *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del CC*. Editorial: TIRANT LO BLANCH, 2007.

8.- LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *Custodia compartida de los hijos*. Editorial: LA LEY, 2008.

9.- LOPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel. “*El proceso Matrimonial de común acuerdo. Guía práctica y jurisprudencia.*” 2006. Editorial: COLEX.

10.- LÓPEZ ORDIALES, Julio Jesús. *Custodia compartida. Cuestiones procesales*. Editorial: DYKINSON.

11.- MONTERO AROCA, Juan. *Guarda y Custodia de los Hijos (La aplicación práctica del artículo 92 del CC)*. 2001. Editorial: TIRANT LO BLANCH.

12.- MONTERO AROCA, Juan y Otros. “*Separación y divorcio tras la Ley 15/2005*”. 2006. Editorial: TIRANT LO BLANCH.

13.- ROCA TRÍAS, Encarna: “*Código Civil comentado. Volumen I.*” 2011. Editorial: ARANZADI SA.

14.- ROMERO COLOMA, Aurelia María. *La guarda y custodia compartida: (una medida familiar igualitaria)* 2011. Editorial: REUS.

## **2.-ARTÍCULOS.**

1.- GARCÍA LÓPEZ, Alfredo (abogado de familia): “*el divorcio y la custodia compartida*”. Artículo Publicado el 30 de Enero de 2015 por en la web: <http://www.alfredogarcialopez.es/>

2.- GARCIA RUBIO, María Paz y OTERO CRESPO, Marta, “*Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la Guarda y Custodia de los hijos en la Ley 15/2005*” en la *Revista Jurídica de Castilla y León* nº 36, 2006.

3.- MONSERRAT QUINTANA, Antonio, “*La custodia compartida en la nueva Ley 15/2005, de 8 de julio*” en la *Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, ISSN 1697-7068, nº. 23, 2006

4.- PALLIZA FULLANA, Antonia, “*Custodia compartida y la atribución de la vivienda familiar*” en la *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* 10, 2015.

5.- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, “*La disyuntiva entre el principio dispositivo y el inquisitivo como rector de los procesos matrimoniales*” Artículo Publicado en: <http://www.aeafa.es> (web oficial de la Asociación Española de Abogados de Familia)

6.- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. “*La guarda y custodia compartida (alterna) en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: Comentarios a la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013*” Artículo publicado en <http://www.zarraluqui.net/>, el 26 de junio de 2013.

### **3.- RECRSOS DIGITALES.**

1.- <http://noticias.juridicas.com>

2.- <http://www.aeafa.es>

3.- <http://www.aepc.es>

4.- <http://www.aranzadi.es>

5.- <http://www.mjusticia.gob.es>

6.- <http://www.poderjudicial.es>

### **VIII.- JURISPRUDENCIA CONSULTADA.**

#### **Sentencias del Tribunal Constitucional:**

1.- Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre (RTC\2012\185).

### **Sentencias del Tribunal Supremo:**

1.- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 284/2012 de 9 mayo. (RJ 2012\5137)

2.- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 257/2013 de 29 de abril. (RJ 2013\3269)

3.- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 495/2013 de 19 de julio. (RJ 2013\5002)

4.- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 707/2013 de 11 noviembre. (RJ 2013\7262)

5.- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 200/2014 de 25 de abril. (RJ 2014\2651)

6.- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 619/2014 de 30 de octubre. (RJ 2014\5268)

7.- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 616/2014 de 18 noviembre. (RJ 2014\5718)

8.- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 660/2014 de 28 de noviembre de 2014. (RJ 2014\6048)

9.- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 52/2015 de 16 de febrero. (RJ 2015\553)

10.- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 282/2015 de 18 de mayo de 2015. (JUR 2015\134884)

### **Sentencias de Audiencias Provinciales:**

1.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 640/2002, de 4 diciembre (JUR 2003\53933)

2.-Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 661/ 2002, de 12 diciembre (JUR 2003, 54027)

3.-Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 269/2003, de 13 marzo (JUR 2003\187703)

4.-Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 170/2003, de 27 marzo (JUR 2003\142438).

5.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada núm. 523/2009 de 6 de noviembre (JUR 2010\45145)

6.-Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 528/2011, de 25 mayo (JUR 2001\ 262699)

7.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 317/2011 de 22 julio. (JUR 2011\328844)

8.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante nº 389/2012, de 27 de septiembre. (JUR 2013\19787)

9.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza nº 399/2013, de 23 de julio. (JUR 2013\275616)

10.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 586/2013, de 24 de julio. (JUR 2013\342898)

## **IX.- ANEXOS**

**Anexo único:** Artículo 92 bis CC según la redacción que le otorga el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio:

*1.- El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida. Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres*

*en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí.*

*2. El Juez, asimismo, deberá pronunciarse sobre el régimen de estancia, relación y comunicación de los hijos menores con el progenitor que no tenga atribuida su guarda y custodia o durante el periodo que no convivan con ellos, determinando el tiempo, modo y lugar para su ejercicio.*

*Igualmente podrá determinar, si lo considera necesario en interés del menor y siempre que no medie oposición expresa de los interesados, un régimen para que los menores se relacionen y comuniquen con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas.*

*3. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación con el progenitor no conviviente y, si se considera necesario, con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorará las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia o vista y la prueba practicada en ella para determinar su idoneidad.*

*Deberá prestar especial atención, en todo caso, a la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; a la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos; a la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; a la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; a la situación de sus residencias habituales, a la existencia de estructuras de apoyo en los respectivos ámbitos de los padres, al número de hijos y a cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos de especial relevancia para el régimen de convivencia.*

*4. El Juez, igualmente, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de expertos debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad, del régimen de guarda y custodia de los menores, y, en su caso, sobre la estancia, relación y comunicación de éstos con el progenitor no conviviente u otras personas.*

5. No procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal, tras lo cual será el Juez quien deba valorar si procede tal concesión, atendiendo a los criterios señalados en los apartados anteriores y, singularmente al delito cometido, duración de la pena, reincidencia y reinserción del progenitor. Excepcionalmente, el Juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, atendiendo a los criterios anteriores y a la peligrosidad del progenitor condenado, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos.

No se le atribuirá la guarda y custodia, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los atentados antes referidos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. La Sentencia absolutoria o el sobreseimiento libre firme dictado en el referido proceso penal será causa de revisión del régimen de guarda y custodia a petición de parte. Y tampoco procederá cuando el Juez del procedimiento civil advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito.

6.- Cuando ambos progenitores estuvieran incluidos en alguno de los supuestos del apartado anterior, el Juez atribuirá la guarda y custodia de los hijos menores a los familiares o allegados que, por sus relaciones con ellos, considere más idóneos, salvo que, excepcionalmente y en interés de los hijos, en atención a los criterios del apartado tercero y, además, a la entidad de los hechos, duración de la pena, reincidencia y peligrosidad de los progenitores, entienda que debería ser otorgada a éstos o alguno de ellos. En defecto de todos ellos o cuando no fueran idóneos para su ejercicio, la tendrán las entidades públicas que, en el territorio concreto, tenga asignada la función de protección de los menores.

7. Al acordar el régimen de guarda y custodia y el de estancia, relación y comunicación, el Juez, tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas

*procedentes para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos.*

*Si uno o ambos progenitores estuvieran en alguno de los supuestos de los dos apartados anteriores, y el Juez estableciera a su favor la guarda y custodia de sus hijos, incluso por considerar que el delito estaría prescrito, o un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de éstos y del otro progenitor, debiendo realizar un seguimiento periódico de su evolución.*

*8. Las medidas establecidas en los artículos anteriores y en este, se podrán modificar o suspender si se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos a los progenitores y así lo aconseje el interés superior del menor.*