



TRABAJO DE FIN DE GRADO

EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA EN LA MODALIDAD DE CASANIDO. UNA ALTERNATIVA CONTROVERTIDA

4ºE5-FIPE

DR. ALBERTO SERRANO MOLINA

BLANCA SANZ DÍAZ

Índice:

1. Introducción
2. Divorcio/separación y custodia compartida
3. La vivienda familiar ¿qué abarca?
4. La casa nido como alternativa
5. Jurisprudencia y doctrina
6. Futuro de la casa nido en España
7. Conclusiones del trabajo
8. Bibliografía

Introducción:

Divorcio/separación y custodia compartida:

La tradición jurídica española ha configurado históricamente al matrimonio como una institución sujeta a los cánones eclesiásticos de unidad e indisolubilidad. Considerándose ilegítima toda ruptura del vínculo, a excepción de la que trae causa en la muerte de alguno de los cónyuges. No fue hasta la Segunda Republica, en el año 1932 cuando se promulgó la primera Ley que regulaba el Divorcio, que fue derogada por la Ley del 23 de septiembre de 1939.

El año 1981 supuso un punto de inflexión en el Derecho de Familia español, al promulgarse la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Esta norma no solo trajo de nuevo a España la disolución del vínculo matrimonial, sino que además establecía un enfoque más centrado en el bienestar del menor al tomar decisiones sobre la custodia.

No puede olvidarse que el artículo 92.1 de nuestro Código Civil establece que “La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”.

Tradicionalmente, los tribunales optaban por otorgar la custodia monoparental de los menores a uno de los progenitores con quien convivía (generalmente a la madre) con un régimen de visitas regulado para el otro progenitor.

No obstante, España ha vivido una importante evolución en materia de custodia en las últimas décadas. Así, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, introdujo la custodia compartida en caso de separación o divorcio de los padres, otorgando al juez la facultad de establecer esta modalidad de custodia cuando considere que la misma es lo mejor para el interés del menor siempre que lo haya solicitado al menos un progenitor (art. 92 CC).

De tal forma, que, a partir de dicha Ley, convivirán la «custodia unilateral» y la denominada comúnmente como «compartida», en la que el cuidado de los menores se reparte entre ambos progenitores.

A la hora de decidir acerca del establecimiento de un régimen de guarda y

custodia de los hijos, el criterio básico no puede ser otro que el del interés del menor, consagrado en el art. 39 CE, en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) y en el propio CC (arts. 92, 93 y 94 entre otros).

Es la pareja la que se separa o divorcia, no sus hijos. Debiendo entenderse por superior interés del menor «aquello que sea más conveniente para su efectivo desarrollo evolutivo psicobiosocial».

En la actualidad, desde la Psicología Jurídica se ha indicado que un adecuado espacio de crecimiento y desarrollo para los hijos menores deberá estar constituido por la posibilidad de satisfacer y conciliar tanto sus necesidades de protección como de autonomía. Resultando además muy aconsejable para los menores, que ambos progenitores desarrollen tanto una aptitud suficiente para el cuidado y desarrollo del menor, como una actitud proclive y favorable a que el hijo común siga manteniendo una relación afectiva con ambos.

Según los últimos datos publicados por el INE, en 2023 hubo 76.685 divorcios, un 5,7% menos que en el año anterior. De ellos, el 14,9% lo fueron ante notario. La custodia compartida fue otorgada en el 48,4% de los casos de divorcio de parejas con hijos, 2,9 puntos más que el año anterior. (<https://www.ine.es/dyngs/Prensa/ENSD2023.htm>)

Ahora bien, antes de abordar el objeto principal de este trabajo, conviene realizar un breve repaso por las clases de custodias compartidas que existen:

1.- **Custodia compartida simultánea**, en supuestos excepcionales en que los hijos conviven con sus padres en la misma **casa**, cuando existen posibilidades reales y efectivas de vida separada entre ellos en el mismo inmueble. Es el denominado Birdnesting.

2.- **Custodia compartida a tiempo parcial**, sin cambio de domicilio para los hijos. Es decir, la prole permanece en el que fue domicilio familiar, siendo los padres quienes periódicamente lo abandonan cuando la custodia corresponde al otro progenitor. Es el **modelo denominado de "casa nido"**. Como más adelante abordaremos, esta medida implica que los progenitores cuenten con recursos económicos suficientes que les permita mantener sus respectivas viviendas además de la vivienda común, así como un alto nivel de entendimiento.

3.- **Custodia compartida a tiempo parcial, con cambio de residencia de los hijos**, que se ha descrito gráficamente con la expresión de "**niños mochila**", en el que son los menores quienes periódicamente conviven en el respectivo domicilio de sus padres.

4.- **Custodia compartida**, sin tiempo igualitario de estancia de los hijos con ambos progenitores, como consecuencia de las especiales circunstancias de cada caso. El menor permanece más tiempo con uno de los progenitores, si bien el otro progenitor asume la corresponsabilidad de obligaciones diarias como puedan ser llevarlos o recogerles del colegio, hacer las tareas con ellos, quedarse con él cuando el otro progenitor no puede cuidarlos por algún motivo etc...

5.- A su vez los sistemas referidos admiten distintas fórmulas, en relación a los periodos temporales en que se lleva a efecto el cambio de custodia, siendo el más habitual el **semanal, aunque caben otras modalidades temporales de intercambio: diario, quincenal, mensual etc.** Jurisprudencialmente, encontramos todo tipo de soluciones, así la SAP de Córdoba de 31 de julio de 2007 establece distribución del año en semestres naturales, la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia, nº 17 de Sevilla de 28 de diciembre de 2007 acuerda que los hijos acudan indistintamente a comer o a dormir en **casa** de ambos progenitores, la SAP de Madrid de 29 de septiembre de 2006, mantiene la sentencia de instancia que acuerda la guarda y custodia compartida por cursos escolares, etc.

La custodia conjunta posibilita un desarrollo más normalizado de las relaciones paternofiliales, evitando que los hijos menores sean privados de la compañía habitual de cualquiera de ambos progenitores. Sin embargo, el éxito de la custodia compartida dependerá en gran medida de la conciliación de ambos padres para su ejercicio, así como de sus circunstancias diferenciales y la rigidez o flexibilidad de sus mecanismos de defensa.

Los principios en que se sustenta la guarda y custodia compartida son la corresponsabilidad parental, la igualdad de los progenitores y la coparentalidad. La custodia compartida, por tanto, no se reduce a la regulación de la convivencia, sino que incide esencialmente sobre las materias en las que, en general, se expresa el principio de la corresponsabilidad parental, consistente en el reparto equitativo de

las facultades y deberes que los progenitores deben ejercer respecto de sus hijos.

Profundizando en una de las fórmulas más novedosas para dar solución a cómo ejercer la custodia de los niños en caso de divorcio, separación o ruptura en general se halla el llamado sistema de la ‘casa nido’, que consiste, en esencia, en que los niños sigan viviendo en el domicilio familiar y sean los progenitores los que van y vienen en sus ‘turnos’ de custodia.

Uno de los objetivos de esta medida es cumplir con el mandato legal de proteger el interés superior del menor que, en estos casos, se manifiesta en forma de reducción del impacto de la nueva situación familiar en el día a día de los niños. Así, evitar un cambio de domicilio y una mudanza constante para los menores se perfila como una posible vía para proteger su bienestar emocional y estabilidad.

Este sistema, altamente beneficioso para los niños, suele asociarse al régimen de custodia compartida, y son los hijos los que ostentan el derecho de uso del inmueble durante el tiempo que sea necesario, dentro de los límites legales.

Sin embargo, existen algunas desventajas para los progenitores, como el hecho de tener que mantener tres viviendas (la familiar y una para cada uno de ellos), así como la necesidad de coordinarse para las labores de mantenimiento y gestión del hogar. La entrada en juego de terceras personas (nuevas parejas) también suele generar conflicto.

En esta línea la STS 1231/2024 de 3 de octubre de 2024 (SP/SENT/1234682) sobre la atribución de un sistema de guarda y custodia compartida, expone que la situación altamente conflictiva y la incomunicación entre los progenitores hace que el sistema de custodia compartida sea inviable, puesto que se exigen habilidades para el diálogo, así como una intensa colaboración entre padre y madre para coordinar la atención de sus hijos. Frente a esto, en la segunda resolución, STS 1312/2024 de 14 de octubre de 2024 (SP/SENT/1234766) sobre el sistema de casa-nido, expone la Sala que para acordar un sistema de casa-nido es imprescindible constatar que concurra un alto nivel de entendimiento para planificar la organización de la misma, y que, si alguno de los progenitores se opone a dicha adopción, sería una potencial fuente de conflictos con alta probabilidad de repercusión negativa en los hijos menores. Aunque, en esta última resolución se estableció una custodia compartida sobre el hijo común por periodos semanales.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha confirmado que resulta improcedente establecer un sistema de ‘casa nido’, de alternancia de padres divorciados con custodia compartida para vivir con hijo en común en la vivienda que fue domicilio familiar durante el matrimonio, si no media un acuerdo entre los dos excónyuges.

De acuerdo con su doctrina y con el criterio del Ministerio fiscal, el Tribunal Supremo señala que para acordar un sistema de este tipo es “imprescindible constatar que concurre un alto nivel de entendimiento para planificar la organización, no debiendo organizarse, salvo circunstancias excepcionales, si alguno de los progenitores se opone, pues si no media tal entendimiento el sistema es una potencial fuente de conflictos con alta probabilidad de repercusión negativa en los hijos menores” (STS 1312/2024, de 29 de mayo).

La Sala señala que la falta de concreción de criterio normativo ha llevado a la jurisprudencia a fijar los elementos que se deben valorar “para evitar incurrir en un mero decisionismo voluntarista que pudiera convertirse en una vedada arbitrariedad”.

Con esta finalidad, “en la ponderación de las circunstancias concurrentes, se debe prestar especial atención a dos factores”:

- Interés más necesitado de protección, que “no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres”.
- Si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero.

Más adelante, se abordará con mayor profundidad en algunos de los conceptos mencionados, tales como ‘domicilio familiar’ o ‘interés más necesitado de protección’, pero es en este punto cuando conviene analizar los dos lados de la balanza que supone la modalidad de casa nido en la custodia compartida.

Por un lado, los hijos pueden disfrutar de la presencia y cuidados de ambos progenitores, pese a la ruptura de la convivencia conyugal, lo que reproduce una aproximación al modelo de interacción más cercano al que disfrutaban los menores antes de la separación. En esta coyuntura, la separación o ruptura de la convivencia resulta menos traumática y se evitan algunos sentimientos negativos de los menores, habituales en estas situaciones, tales como el miedo al abandono, experimentar sentimientos de culpa por la situación vivida y otros similares. En lo que se refiere a los progenitores se alivia

el sentimiento de pérdida y desmotivación, al permitírseles la continuidad en el ejercicio de sus obligaciones y derechos.

Sin embargo, la inestabilidad emocional y la labilidad caracterial de las menores producidas por los continuos cambios de domicilio, así como los problemas de adaptación a los nuevos núcleos familiares y las dificultades para unificar criterios estables relativos a las cuestiones cotidianas de la vida se erigen como el contrapeso de esta polémica alternativa.

La vivienda familiar ¿qué abarca?:

Los conceptos de vivienda familiar o domicilio familiar pueden resultar un tanto ambiguos si se tiene en cuenta que son términos no definidos en el Código Civil español, sin embargo, el ordenamiento jurídico los protege a través de varios preceptos, tanto a lo largo de la convivencia matrimonial como en los estados de ruptura del vínculo matrimonial.

La Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, dotó de una especial protección jurídica al concepto de vivienda familiar, así en los casos de fin de convivencia debe determinarse, ya sea de manera provisional o definitiva, cuál de los cónyuges mantendrá el uso de la vivienda y ajuar familiar, considerándose siempre el interés familiar más necesitado de protección, esto es, el de los menores en caso de haberlos. A su vez, esto se contiene en el artículo 70 del Código Civil. Deben excluirse de esta categoría, en todo caso, los locales que sirvan de residencia no habitual, como las segundas residencias o un local utilizado por uno de los cónyuges para el ejercicio de su profesión.

El Tribunal Supremo, por su parte, viene a considerar la vivienda familiar como la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Debe considerarse el que todo ello se encuentra al margen del régimen de propiedad u ocupación en el que se encuentra la vivienda donde se desarrolla la convivencia, ya sea por acuerdo de los cónyuges o por decisión judicial. Estas precisiones son de especial relevancia, para permitir deslindar el concepto de vivienda familiar, de otros domicilios que, aún existiendo en la práctica, no reúnen esa condición. La práctica habitual del Alto Tribunal es, de acuerdo con la STS 808/2024, de 10 de junio, que conforme al art. 96.1 del Código Civil, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, la atribución de la vivienda familiar cuando existen hijos comunes menores de edad corresponde al cónyuge custodio e hijos que convivan con él, como manifestación del principio del interés superior de los menores. No obstante, la STS del 17 de junio de 2013, reconoce que existen dos supuestos en los que no tiene porque atribuirse el uso de la vivienda de dicha manera, hallándose entre ellos el que la vivienda no sea de carácter familiar.

Para los casos en los que exista custodia compartida, para atribuir la vivienda familiar se acude por razón de analogía al párrafo 4 del apartado 1 del artículo 96 del Código Civil. En la reciente STS nº1312/2024, de 14 de octubre, a la que ya se aludió en el epígrafe anterior, se desglosan los dos factores a ponderar (propiedad e interés más necesitado de protección) en la atribución de la vivienda a un progenitor u otro, puntualizando el Tribunal Supremo, que la posible adjudicación del domicilio al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultades de acceso a una vivienda se hará con una limitación temporal similar a la que se establece para los matrimonios sin hijos (STS nº870/2021, de 20 de diciembre).

Respecto a la casa nido, en este supuesto, se atribuye la vivienda familiar a los hijos, de manera que son los padres, los que conviven con ellos en el que fuera el hogar familiar cuando les corresponde su custodia. La STS 757/2024, de 29 de mayo, advierte de los elevados costes económicos que esta opción supone, así como de la necesaria cordial relación que debe existir entre los progenitores para que pueda considerarse una opción viable. Debe sumarse, además, las correlativas interferencias positivas, en su caso, con las respectivas parejas, con las que los padres hayan podido reconstruir sus vidas que deberán adaptarse también a este concreto modelo de convivencia.

Por todo ello, la STS nº870/2020, de 20 de diciembre, señala que “dadas las dificultades expuestas, la jurisprudencia se muestra reticente a la adopción de una solución de tal clase, toda vez que implica contar con tres viviendas, la propia de cada padre y la común preservada para el uso rotatorio prefijado, solución que resulta antieconómica, y que requiere un intenso nivel de colaboración de los progenitores, que conlleva a que se descarte su adopción en los casos enjuiciados en las sentencias 343/2018, de 7 de junio; 215/2019, de 5 de abril; 15/2020, de 16 de enero y 396/2020, de 6 de julio, todas ellas citadas en la más reciente sentencia 438/2021, de 22 de junio”.

La conclusión a extraer de los diversos pronunciamientos de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la cuestión es que la casa nido no puede considerarse como una alternativa en los casos de separación a menos que exista un acuerdo entre los dos excónyuges, dado que la vivienda familiar lleva anudadas una serie de cargas respecto a su mantenimiento, así como decisiones de especial trascendencia (como decidir constituir hipoteca sobre la misma) que pueden ser una fuente inagotable de conflictos entre ex parejas que no se encuentren bien avenidas, haciendo saltar por los aires todas las ventajas e impactos positivos que esta modalidad presenta para los hijos menores del matrimonio.

De ahí, que solo cuando ‘medien circunstancias excepcionales’ podrá acordarse su imposición, ya que la realidad de los divorcios confirma que suele ser la excepción y no la regla que un divorcio que culmine con una cordial relación entre ambas partes.

Bibliografía:

Instituto Nacional de Estadística (INE). (2023). Estadísticas de divorcios y separaciones 2023. Recuperado el 18 de enero de 2025 de <https://www.ine.es/dyngs/Prensa/ENSD2023.htm>

España, Código Civil. (1981). Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Boletín Oficial del Estado (BOE). Recuperado de <https://www.boe.es>

España, Código Civil. (2005). Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Boletín Oficial del Estado (BOE). Recuperado de <https://www.boe.es>

Tribunal Supremo de España. (2024). Sentencia STS 1231/2024, de 3 de octubre. Recuperado de Tirant lo Blanch

Tribunal Supremo de España. (2024). Sentencia STS 1312/2024, de 14 de octubre. Recuperado de Tirant lo Blanch

Tribunal Supremo de España. (2024). Sentencia STS 870/2021, de 20 de diciembre. Recuperado de Lefebvre

Tribunal Supremo de España. (2024). Sentencia STS 808/2024, de 10 de junio. Recuperado de Tirant lo Blanch