

2018 - 10 - 16

# Revista de Derecho de Familia

2018

Número 78

Artículos doctrinales

2. El «affidamento» y la «collocazione» en el Derecho italiano: una visión comparada con la guarda y custodia española (JAVIER MARTÍNEZ CALVO)

## 2 El «affidamento» y la «collocazione» en el Derecho italiano: una visión comparada con la guarda y custodia española

---

JAVIER MARTÍNEZ CALVO

ISSN 1139-5168

Revista de Derecho de Familia 78

Enero - Marzo 2018

### Sumario:

#### I. Introducción

#### II. Affidamento y collocazione: relación con la figura de la guarda y custodia española

##### 1. Affidamento

###### 1.1. Concepto

###### 1.2. Evolución normativa: Del affidamento conjunto y alternato al affidamento condiviso

A. Periodo anterior a la reforma de 2006: dualidad normativa

B. La Ley n.º 54 de 2006: introducción de la bigenitorialità y establecimiento del affidamento condiviso como régimen preferente

C. El Decreto Legislativo n.º 154 de 2013: consolidación de la bigenitorialità y de la preferencia legal por el affidamento condiviso

###### 1.3. Régimen actual

A. Ejercicio de la responsabilidad parental

###### 1.4. Modalidades de affidamento vigentes: affidamento exclusivo y affidamento condiviso

A. Affidamento exclusivo

B. Affidamento condiviso

##### 2. Collocazione

### III. Determinación del régimen de affidamento y collocazione. Semejanzas y divergencias con la determinación de la guarda y custodia

#### 1. Los acuerdos entre las partes y la introducción de la mediación familiar

#### 2. Determinación judicial

2.1. Régimen jurídico supletorio: preferencia por el affidamento condiviso y ausencia de reglas para la determinación de la collocazione

#### 2.2. Criterios legales y jurisprudenciales

A. El interés superior del menor

B. La relación existente entre las partes

C. La opinión del menor

D. Lugar de residencia de los progenitores

### IV. Otras medidas relacionadas con el affidamento y la collocazione del menor y sus homólogas españolas

#### 1. Régimen de visitas y comunicaciones

#### 2. La contribución al mantenimiento de los hijos menores

#### 3. La atribución del uso de la vivienda familiar

### V. Abreviaturas

### VI. Bibliografía

#### **RESUMEN:**

El Derecho italiano regula las medidas relativas al cuidado y atención de los hijos menores tras el cese de la convivencia entre sus progenitores a través de las figuras del affidamento y la collocazione. Aunque la guarda y custodia española no se identifica exactamente con ninguna de ellas, mantiene puntos de conexión con ambas. En la determinación del régimen de affidamento y collocazione se tendrán en cuenta en primer lugar los acuerdos suscritos por las partes, y, en su defecto, el régimen jurídico supletorio previsto por el Codice Civile. El juez dispone de una serie de criterios para establecer las medidas que estime oportunas, que resultan similares a los que viene manejando la jurisprudencia española. Además, existen tres medidas que guardan estrecha relación tanto con las figuras italianas del affidamento y la collocazione como con la guarda y custodia española: el régimen de visitas, la contribución al mantenimiento de los hijos menores y la atribución del uso de la vivienda familiar.

**PALABRAS CLAVE:** Affidamento - collocazione - guarda y custodia - interés superior del menor - bigenitorialità - coparentalidad - corresponsabilidad parental - mediación -

#### **ABSTRACT:**

Italian law regulates issues around childcare after the cessation of cohabitation of his or her parents through the concepts of the affidamento and of the collocazione. Even if spanish guarda y custodia is not identified exactly with any of them, it has similarities with both of them. In the determination of the affidamento and the collocazione firstly shall be taken into account the agreements signed by the parties and, failing that, the legal regime provided for in Codice Civile. The judge has a series of standars to stablish appropriate actions, which are similar to those that are used by spanish jurisprudence. Furthermore, there are three issues which are closely related both with the italian concepts of the affidamento and of the collocazione and with the spanish guarda y custodia: visiting arrangements, contribution to the sons and daughters and assignment of the use of the family dwelling.

**KEYWORDS:** Affidamento - collocazione - guarda y custodia - best interests of the child - shared parental responsibility - mediation - visiting - contribution to the sons and daughters

## I. INTRODUCCIÓN

El Derecho italiano regula un conjunto de medidas para los supuestos de ruptura de pareja que dista notablemente del que se recoge en nuestro ordenamiento. En estas páginas se pretende presentar la normativa italiana y establecer una comparativa con el sistema español. Cabe advertir que, en lo que se refiere a este último, me centraré especialmente en el régimen del  [Código Civil](#), sin perjuicio de que vaya incluyendo alguna referencia concreta a los Derechos autonómicos cuando resulte de interés.

Como veremos, las dos figuras que utiliza el Derecho italiano para articular el modo en el que los progenitores van a atender a sus hijos tras la ruptura son el *affidamento* y la *collocazione*. Para su análisis, atenderé a la delimitación jurídica de ambas, así como a su contenido y modalidades que presentan. Posteriormente, pondré todo ello en conexión con nuestra figura de la guarda y custodia.

La figura italiana del *affidamento* ha sido objeto de varias reformas en los últimos años, que han afectado tanto a las modalidades existentes como al régimen supletorio previsto en defecto de acuerdo entre las partes. Además, también han incidido en las reglas relativas al ejercicio de la responsabilidad parental – *responsabilità genitoriale* –, así como en otras medidas que giran en torno al *affidamento*. Con objeto de centrar al lector y que pueda comprender mejor el régimen actual, haré una referencia a todas estas reformas.

Se abordarán también las distintas formas de determinación del régimen de *affidamento* y *collocazione* y, una vez más, se pondrán en relación con la determinación del régimen de la guarda y custodia en España. A tal efecto, prestaré especial atención al valor que tienen los acuerdos alcanzados por las partes y a la expansión de la mediación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos de índole familiar. También analizaré el régimen jurídico supletorio previsto en las diferentes normas y los principales criterios que se vienen manejando tanto por la jurisprudencia italiana como por la española en los supuestos de determinación judicial.

Por último, tanto las figuras italianas del *affidamento* y la *collocazione* como la guarda y custodia española tienen incidencia en el establecimiento de otras medidas que regularán las relaciones entre las partes tras el cese de la convivencia. En concreto, son tres las medidas que giran en torno a esta cuestión: el régimen de visitas, la contribución al mantenimiento de los hijos menores y la atribución del uso de la vivienda familiar. Todas ellas serán objeto de análisis en las siguientes páginas.

## II. AFFIDAMENTO Y COLLOCAZIONE: RELACIÓN CON LA FIGURA DE LA GUARDA Y CUSTODIA ESPAÑOLA

### 1. AFFIDAMENTO

#### 1.1. Concepto

El *affidamento* es una figura del Derecho italiano que tiene como objeto principal regular el modo concreto en el que se va a ejercer la responsabilidad parental – *responsabilità genitoriale* – sobre los hijos una vez que tiene lugar la ruptura de pareja de sus progenitores. Aquí encontramos la primera diferencia con la guarda y custodia española, que tiene por objeto determinar qué progenitor va a convivir junto a los hijos menores, y

que, con carácter general, no afecta al ejercicio de la patria potestad, que sigue correspondiendo a ambos padres – ex. [art. 92.4 Cc.](#) No obstante, es innegable que hay algunas facultades que el progenitor no custodio tiene limitadas: la relativa a tener a los menores en su compañía, que se reduce a los periodos de comunicación establecidos; y la participación en la adopción de determinadas decisiones de escasa importancia pertenecientes al día a día, que por razones de inmediatez, corresponderá adoptar al que en cada momento se encuentre en compañía del menor.

A diferencia de la guarda y custodia, el *affidamento* no siempre comprende la determinación del progenitor que va a convivir con el menor –tal y como ha sido puesto de manifiesto de forma prácticamente unánime por jurisprudencia y doctrina–. Sí la incluye en los supuestos en los que se atribuye a uno de los progenitores – *affidamento esclusivo* –, pero no en aquellos en los que se asigna conjuntamente a ambos – *affidamento condiviso* –, ya que en estos casos la determinación del progenitor que va a convivir junto al menor es objeto de una decisión ulterior. Prueba de ello es que el *Codice Civile* italiano, tras regular el *affidamento*, encarga al juez la tarea de determinar el tiempo y modalidad de presencia del menor con cada uno de sus progenitores – ex. art. 337 *ter.* 2–. Pues bien, para llevar a cabo esta última tarea se cuenta con la figura de la *collocazione*, a la que posteriormente me referiré con mayor detalle.

Como excepción a lo anterior, cabe señalar que la Ley del divorcio de 1970 recogía el denominado *affidamento alternato*, que sí implicaba una distribución igualitaria del tiempo de permanencia con ambos progenitores. No obstante, dicha modalidad de *affidamento* fue suprimida con la reforma del año 2006.

## 1.2. Evolución normativa: Del *affidamento* conyunto y *alternato* al *affidamento* *condiviso*

Resulta conveniente realizar una breve mención a la evolución que ha tenido la normativa italiana relativa al *affidamento*. Para ello, me detendré en tres importantes hitos: la Ley n.º 898, de 1 de diciembre de 1970 –y, más en concreto, la modificación introducida en la misma a través de la Ley n.º 74, de 6 de marzo de 1987–, la Ley n.º 54, de 8 de febrero de 2006 y el Decreto Legislativo n.º 154, de 28 de diciembre de 2013.

### A. Periodo anterior a la reforma de 2006: dualidad normativa

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley n.º 54 de 2006, la regulación italiana del *affidamento* se recogía en dos normas diferentes: por un lado, estaba el *Codice Civile*, que en su artículo 155.1 preveía únicamente el *affidamento esclusivo*; y, por otro la Ley n.º 898, de 1 de diciembre de 1970 –conocida como Ley del divorcio–, que, tras la reforma introducida por la Ley n.º 74, de 6 de marzo de 1987, establecía en su art. 6.2 la posibilidad de establecer también el *affidamento conyunto* y el *alternato*. Se discutía si esta última norma era aplicable también a los supuestos de separación, una posibilidad respecto a la que tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria se pronunciaron en sentido favorable.

Por tanto, durante este periodo coexistieron en el Derecho italiano tres posibles regímenes de *affidamento* de los hijos menores para los supuestos de crisis de pareja: *esclusivo*, *conyunto* y *alternato*.

El *affidamento esclusivo* se caracterizaba –y como en seguida veremos, se sigue caracterizando– porque la responsabilidad parental era ejercida, con carácter general, por uno solo de los progenitores –el *affidatario*–. En este sentido, tanto el *Codice Civile* – ex. art. 155.3– como la Ley del divorcio de 1970 – ex. art. 6.4– atribuían en exclusiva al progenitor *affidatario* el ejercicio de la responsabilidad parental. No obstante, se preveía que, salvo que se dispusiera otra cosa, las decisiones de mayor importancia debían ser

adoptadas por ambos progenitores. Además, se señalaba que el *no affidatario* tenía el derecho y la obligación de vigilar la instrucción y educación de los hijos, pudiendo acudir al juez cuando las decisiones adoptadas por el *affidatario* perjudicaran al interés superior del menor.

La ley no señalaba, sin embargo, en qué consistían el *affidamento congiunto* y el *alternato*, por lo que fue la doctrina la que configuró su contenido:

En cuanto al *affidamento congiunto*, se consideró que suponía el ejercicio compartido de la responsabilidad parental, no sólo en lo relativo a las decisiones de mayor importancia, sino que se extendía también a decisiones de menor importancia –a diferencia de lo que hemos visto para el *affidamento esclusivo*–. Aunque el *affidamento congiunto* tuvo una escasa aplicación práctica, es posible encontrar en la jurisprudencia algunos pronunciamientos que lo establecen.

Respecto al *affidamento alternato*, su nota más característica es que comportaba un reparto equitativo del tiempo de permanencia del menor con cada uno de los progenitores –por tanto, conllevaba una *collocazione alternata* del menor–. En cuanto al ejercicio de la responsabilidad parental, la doctrina no terminaba de ponerse de acuerdo acerca de si en estos supuestos la ejercía en exclusiva el progenitor que tenía al menor en cada momento o debía establecerse un ejercicio conjunto. Tampoco estaba claro si eran los hijos los que debían ir rotando entre las viviendas de sus progenitores o si, por el contrario, éstos permanecían en la misma vivienda y los que rotaban eran los progenitores. Lo cierto es que la jurisprudencia tampoco terminó de aclarar todas estas cuestiones, ya que el *affidamento alternato* apenas llegó a aplicarse.

#### **B. La Ley n.º 54 de 2006: introducción de la *bigenitorialità* y establecimiento del *affidamento condiviso* como régimen preferente**

El 16 de marzo de 2006 entró en vigor la Ley n.º 54, de 8 de febrero de 2006 y la regulación del *affidamento* pasó a estar recogida en los artículos 155 al 155 *sexies* del *Codice Civile*. Cabe señalar que la mencionada norma supuso una profunda reforma de la materia que nos ocupa: se prescindió del *affidamento congiunto* y del *alternato*, previendo únicamente dos modelos de *affidamento*: el *condiviso* – ex. art. 155.2 del *Codice Civile* – y el *esclusivo* – ex. art. 155 *bis* del *Codice Civile* –.

La reforma estuvo inspirada en el principio de *bigenitorialità*, que sustituyó al de *monogenitorialità* y que supone que ambos progenitores deben tener un contacto continuado con sus hijos menores y desempeñar un rol paritario en su educación, formación y cuidado. A la vista de ello, el principio de *bigenitorialità* puede identificarse con nuestros principios de coparentalidad y corresponsabilidad parental.

Anteriormente, el principio de *bigenitorialità* ya podía extraerse del artículo 30 de la *Costituzione* italiana, que prevé el derecho y el deber de ambos progenitores de mantener, instruir y educar a la prole. Además, la Ley del divorcio de 1970 también recogía una breve referencia a la *bigenitorialità* en su artículo 6.1. No obstante, fue la Ley n.º 54 de 2006 la que concedió a este principio una importancia capital. Así, tras la reforma operada por la mencionada norma, la *bigenitorialità* pasó a recogerse en el artículo 155.1 del *Codice Civile* como un derecho del propio menor.

Como posteriormente tendremos la oportunidad de observar con mayor detalle, el aspecto más destacado de la Ley n.º 54 de 2006 es que estableció el *affidamento condiviso* como régimen preferente en defecto de acuerdo entre los progenitores – ex. arts. 155.2 y 155 *bis* del *Codice Civile* –.

### C. El Decreto Legislativo n.º 154 de 2013: consolidación de la *bigenitorialità* y de la preferencia legal por el *affidamento condiviso*

La reforma introducida por el Decreto Legislativo n.º 154, de 28 de diciembre de 2013 –con entrada en vigor el 7 de febrero de 2014– no supuso en realidad un gran cambio en la materia de *affidamento* y, en líneas generales, se limitó a trasladar la regulación de esta figura a los artículos 337 *ter* a 337 *octies* del *Codice Civile*, dejando sin contenido los artículos 155 al 155 *sexies*. Además, a través de su artículo 98 b), derogó expresamente algunos puntos del artículo 6 de la Ley del divorcio de 1970, dando a entender que hasta ese momento había estado vigente en su totalidad y que todavía lo está en parte. Y es que, tras la reforma de 2006, se había discutido en la doctrina si había quedado tácitamente derogada la Ley del divorcio 1970 o todavía seguía vigente, algo que, como he dicho, quedó resuelto con la entrada en vigor del Decreto Legislativo n.º 154 de 2013. Por tanto, todavía existe una cierta duplicidad normativa en algunas de las cuestiones atinentes a la ruptura de la pareja, siendo la más relevante la relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar.

Por lo demás, se mantiene la referencia a la *bigenitorialità* en el art. 337 *ter*. 1 del *Codice Civile*, así como la preferencia legal por el *affidamento condiviso* – ex. arts. 337 *ter*. 2 y 337 *quater*. 1 del *Codice Civile*–. No obstante, la nueva regulación incluyó dos novedades que merece la pena mencionar:

En primer lugar, se sustituyó el término *potestà* por el de *responsabilità genitoriale*, por lo que de aquí en adelante utilizaré este segundo término, con independencia de que me refiera al periodo al periodo anterior a la reforma de 2013.

Por otro lado, se introdujeron algunas reglas respecto al ejercicio de la responsabilidad parental en los supuestos de *affidamento esclusivo*. A ello me referiré con mayor detalle en el siguiente apartado.

### 1.3. Régimen actual

#### A. Ejercicio de la responsabilidad parental

Antes de adentrarnos en el análisis de las modalidades de *affidamento* existentes interesa hacer una breve referencia a la figura de la responsabilidad parental, y, en concreto, a su ejercicio. Y es que, como ya hemos visto, el *affidamento* tiene como objeto principal concretar el modo en el que se va a ejercer la responsabilidad parental una vez que se produce la ruptura de una pareja con hijos.

El *Codice Civile* italiano distingue en el artículo 337 *ter*. 3 entre aquellas decisiones que pueden ser calificadas como «de mayor importancia» – *di maggiore interesse* – de aquellas otras a las que denomina «de ordinaria administración» – *di ordinaria amministrazione* –.

Tras la reforma de 2006, el *Codice Civile* pasó a recoger expresamente las decisiones que deben ser consideradas «de mayor importancia», incluyendo las relativas a la instrucción, educación y salud de los menores – ex. art. 155–. Además, con la posterior reforma de 2013, dicho calificativo se extendió también a las decisiones acerca de la residencia habitual del menor – ex. art. 337 *ter*. 3 del *Codice Civile* –. En todo caso, la doctrina ha estimado que no se trata de una lista cerrada o *numerus clausus*, por lo que puede incluirse cualquier otra decisión que incida considerablemente en vida del menor – *numerus apertus* –.

Con independencia de la modalidad de *affidamento* establecida, las decisiones de mayor importancia serán adoptadas conjuntamente por ambos progenitores – ex. arts. 337 *ter*. 3 y 337 *quater*. 3 del *Codice Civile* –, salvo en el subtipo excepcional –al que me referiré en el

siguiente epígrafe– del *affidamento superesclusivo* , en el que la potestad para adoptar las decisiones de mayor importancia queda en exclusiva a cargo del progenitor *affidatario* .

El hecho de que las decisiones de mayor importancia deban adoptarse conjuntamente supone que los padres tienen un deber de información recíproca y de consulta antes de adoptar cualquier decisión de estas características. En caso de que no se alcance un acuerdo, la decisión corresponde al juez – *ex. art. 337 ter. 3 del Codice Civile* –. Con ello, el *Codice Civile* se aparta en este punto de la regla prevista por el artículo 316 para los supuestos de normalidad familiar. En dicho precepto se prevé que el juez debe sugerir una solución y, de persistir el desacuerdo, atribuir la facultad de decidir al progenitor que considere más idóneo para salvaguardar el interés del menor. Esta última regla es semejante a la que prevé el [Código Civil español](#) en su [artículo 156.2](#), que dispone que, en caso de desacuerdo, cualquiera de los progenitores pueda acudir al Juez, que atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Una solución que, a falta de previsión expresa, cabe entender aplicable tanto a los supuestos de normalidad familiar como a aquellos en los que ha cesado la convivencia como consecuencia de la ruptura de la pareja.

Respecto a las decisiones de ordinaria administración, ante la imprecisión terminológica del *Codice Civile* italiano, la doctrina ha considerado que se refiere a aquellas decisiones diarias que exige el cuidado directo del menor y que, por tanto, requieren de cierta inmediatez.

Además, entre uno y otro tipo de decisiones, encontramos una zona intermedia, constituida por aquellas decisiones que, sin llegar a alcanzar el calificativo de especialmente importantes, tampoco pueden considerarse cotidianas o de ordinaria administración. El *Codice Civile* italiano no se refiere expresamente a este tipo de decisiones, pero sí la doctrina.

La competencia para la adopción de las decisiones de ordinaria administración y de las que se encuentran a medio camino entre éstas y las de mayor importancia, dependerá del régimen de *affidamento* que se establezca. Partiendo de ello, vamos a ver las modalidades de *affidamento* que prevé actualmente el Derecho italiano:

#### 1.4. Modalidades de *affidamento* vigentes: *affidamento esclusivo* y *affidamento condiviso*

##### A. *Affidamento esclusivo*

Tras la reforma introducida por la Ley n.º 54 de 2006, se discutía en la doctrina italiana cómo debía ejercerse la responsabilidad parental en los supuestos de *affidamento esclusivo* . El hecho de que el artículo 155.3 del *Codice Civile* previera que con carácter general la responsabilidad parental era ejercida por ambos progenitores, hizo que el sector doctrinal mayoritario considerara que dicha regla se extendía también a los supuestos de *affidamento esclusivo* –aunque también había quien opinaba lo contrario–. No obstante, ello planteaba la duda de cuál era entonces la diferencia entre el *affidamento condiviso* y el *esclusivo* .

La cuestión ha quedado resuelta con la entrada en vigor del Decreto Legislativo n.º 154 de 2013, tras lo cual, el artículo 337 *quater. 3* del *Codice Civile* ha colmado el vacío normativo existente y establece expresamente que la regla en el *affidamento esclusivo* es que el *affidatario* tiene el ejercicio exclusivo de la responsabilidad parental , recuperando con ello la regla prevista con anterioridad a la reforma de 2006. Ahora bien, permite que el juez gradúe el ejercicio de la misma, como se deduce de la expresión « *salva diversa disposizione del giudice* ».

Pero el hecho de que el *no affidatario* no tenga el ejercicio de la responsabilidad parental no quiere decir que permanezca ajeno a las decisiones relativas a sus hijos menores. Por un lado, se mantiene la regla de que las decisiones de mayor importancia deben ser adoptadas por ambos progenitores y, por otro, se prevé expresamente que el *no affidatario* tiene el derecho y el deber de vigilar la instrucción y educación del menor, pudiendo acudir al juez cuando las decisiones adoptadas por el otro progenitor perjudiquen el interés del menor. Y ello no sólo en situaciones de ruptura, ya que el artículo 316.5 del *Codice Civile* establece con carácter general que el progenitor que no ejerza la responsabilidad parental controlará la instrucción, educación y condiciones de vida de su hijo.

Por ende, la configuración del *affidamento esclusivo* es la siguiente: las decisiones de mayor importancia son adoptadas conjuntamente por ambos progenitores. En cuanto al resto de decisiones –las de ordinaria administración y las que se encuentran a medio camino entre unas y otras–, son adoptadas por el progenitor *affidatario*, salvo que el juez decida graduar el ejercicio de la responsabilidad parental y atribuir al *no affidatario* la facultad de participar en determinadas decisiones.

Finalmente, el artículo 337 *quater* .3 del *Codice Civile* italiano prevé la posibilidad de que, excepcionalmente, el juez pueda excluir al progenitor *no affidatario* también de las decisiones de mayor importancia –como prueba la expresión « *salvo che non sia diversamente stabilito* »–. Ello ha llevado a la doctrina a hablar de un subtipo de *affidamento esclusivo*, al que ha dado el calificativo de *superesclusivo*. Téngase en cuenta que el *no affidatario* mantiene también en este supuesto la titularidad de la responsabilidad parental, aunque su ejercicio se limitará a una función de vigilancia de la instrucción, educación y condiciones de vida del hijo – *ex. art. 316.5 del Codice Civile* –, con la facultad de acudir al juez cuando considere que las decisiones adoptadas por el *affidatario* perjudican el interés del menor – *ex. art. 337 quater .3 del Codice Civile* –. El carácter excepcional de esta modalidad de *affidamento* hace que haya tenido una escasa aplicación práctica, aunque es posible encontrar algún pronunciamiento que la establece.

### **B. Affidamento condiviso**

El *affidamento condiviso* guarda gran similitud con el *affidamento congiunto* que preveía la Ley del divorcio de 1970, hasta el punto de que la doctrina duda de que exista en realidad alguna diferencia entre uno y otro.

Una vez más, las decisiones de mayor importancia son adoptadas conjuntamente por ambos progenitores – *ex. art. 337 ter. 3 del Codice Civile* –. Respecto a aquellas a las que el *Codice Civile* denomina «de ordinaria administración», el artículo 337 *ter. 3* prevé la posibilidad de que el juez establezca que los progenitores ejerzan la responsabilidad parental separadamente.

El principal problema se plantea respecto a dos tipos de decisiones: las decisiones de ordinaria administración en las que el juez no haya establecido el ejercicio separado de la responsabilidad parental y aquellas que, sin tener la consideración de especial relevancia, tampoco pueden considerarse de ordinaria administración. El *Codice Civile* no prevé una regla explícita para estos supuestos, por lo que no está claro si se establece siempre el ejercicio conjunto o si, por el contrario, cabe el ejercicio separado.

En cualquier caso, dada la dificultad que tendría la adopción conjunta de todas estas decisiones, jurisprudencia y doctrina han interpretado que los progenitores deberán acordar las líneas generales a seguir en la educación de sus hijos y, con base en ello, cada uno de los padres podrá actuar por separado, pero sin apartarse nunca del proyecto común acordado. Ello no excluye, en cualquier caso, una constante y preventiva consulta

recíproca entre ambos progenitores, pues solo así puede asegurarse la efectiva coparticipación en la que se sustancia el principio de *bigenitorialità* .

De acuerdo a todo lo anterior, el régimen de *affidamento condiviso* se configura del modo que sigue. Las decisiones de mayor importancia deben ser adoptadas en todo caso de forma conjunta por ambos progenitores. En cuanto al resto de decisiones, podrán ser adoptadas por el progenitor que se encuentre junto al menor en cada momento, pero informando y consultando al otro progenitor y sin apartarse nunca del proyecto educativo común acordado entre ambos. Por último, se establece una salvedad con las decisiones de ordinaria administración, respecto de las cuales el juez puede establecer el ejercicio separado de la responsabilidad parental, lo que supone que pueden ser adoptadas de forma autónoma por el progenitor al que el juez atribuya dicha facultad.

## 2. COLLOCAZIONE

La jurisprudencia y doctrina italianas vienen utilizando el término *collocazione* –aunque en ocasiones se le han dado denominaciones diversas: *domiciliazione privilegiata* , *residenza principale* , etc.– para referirse a la cuestión de qué progenitor va a convivir con el menor tras la ruptura de la pareja.

Desde este punto de vista, la guarda y custodia española podría equipararse en cierto modo a la *collocazione* , en la medida en que permite determinar qué progenitor va a convivir en el día a día con el menor y, en principio, no afecta al ejercicio de la patria potestad, que salvo casos excepcionales se mantiene de forma conjunta en ambos progenitores – ex. [art. 92.4 Cc.](#) No obstante, esto tampoco es del todo cierto, o al menos, supone una visión demasiado simplista de la guarda y custodia. Como he anticipado, es inevitable que el cuidado directo del menor requiera la adopción de decisiones cotidianas de menor importancia que, por razones de inmediatez, deberán ser tomadas por el progenitor que en cada momento se encuentre en compañía del menor. Por ende, cuando se debate sobre la guarda y custodia, se están planteando dos cuestiones: quién va a convivir con el menor y ejercer el cuidado directo sobre el mismo y quién irá adoptando las decisiones diarias de menor importancia que requieran dicho cuidado. Es por ello que podemos decir que, aunque la guarda y custodia española se identifica principalmente con la *collocazione* italiana , también mantiene algunos puntos de conexión con la figura del *affidamento* que ya hemos estudiado.

Como ya he anticipado, en los supuestos de *affidamento esclusivo*, la determinación del progenitor con el que va a convivir el menor no plantea mayores problemas, puesto que el *affidamento* incluirá también la *collocazione* , que, por tanto, corresponderá al *progenitor affidatario*. Resulta lógico, pues si existen razones para excluir a un progenitor del *affidamento* –y, por tanto, del grueso del ejercicio de la responsabilidad parental–, serán suficientes para excluirle también de la *collocazione* .

El problema se plantea en aquellos supuestos en los que se acuerda el *affidamento condiviso* , pues será necesario determinar qué progenitor va a convivir con el menor, o lo que es lo mismo, el régimen de *collocazione* . A ello se refiere el artículo 337 *ter.* 2 del *Codice Civile* , que señala que el juez debe determinar el tiempo y modalidad de presencia del menor con cada uno de sus progenitores. Por ende, en el caso del *affidamento condiviso*, se distinguirá entre el progenitor *affidatario* conviviente con el menor – *collocatario* – y el progenitor *affidatario* que no convive con él – *no collocatario* –.

Antes de la reforma de 2006, la doctrina italiana ya venía considerando que el *affidamento congiunto* presentaba dos modalidades: el *affidamento congiunto con residenza privilegiata* , referido a aquellos supuestos en los que el menor residía de forma permanente con uno

de los progenitores; y el *affidamento congiunto con residenza alternata*, en el que el menor alternaba su permanencia con uno u otro progenitor en los periodos de tiempo convenidos.

Con la reforma impulsada por la Ley n.º 54 de 2006, la única referencia a la *collocazione* pasó a recogerse en el art. 155.2 del *Codice Civile*: « *il giudice(...) determina i tempi e le modalita` della loro presenza presso ciascun genitore* ». Ya hemos visto que, tras la entrada en vigor del Decreto Legislativo n.º 154 de 2013, el nuevo artículo 337 *ter.* 2 del *Codice Civile* recoge el mismo contenido que el antiguo artículo 155.2.

El hecho de que continúe sin estar prevista en el Derecho italiano la posibilidad de que el juez establezca una *collocazione* similar con ambos progenitores, no quiere decir que se excluya. A esta modalidad de *collocazione* se le suele denominar *collocazione alternata*, y, aunque su aplicación práctica ha sido escasa, es posible encontrar algún pronunciamiento que la adopta.

Lo mismo ocurría en el Derecho español antes de la entrada en vigor de la [Ley 15/2005, de 8 de julio](#), de reforma del [Código Civil](#) y de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) en materia de separación y divorcio, que introdujo por primera vez en el [Código Civil](#) la posibilidad de establecer un régimen de guarda y custodia compartida. Con anterioridad a dicha reforma, la jurisprudencia ya aplicaba en ocasiones el régimen de custodia compartida pese a no estar prevista legalmente.

Actualmente, la doctrina española ha considerado que existen tres modalidades de guarda y custodia: la guarda y custodia exclusiva o unilateral, la guarda y custodia partida o distributiva, y la guarda y custodia compartida o alternativa. Como sabemos, en la custodia exclusiva las funciones propias de dicha figura son atribuidas a uno de los progenitores. En cuanto a la guarda y custodia partida o distributiva, se da en aquellos supuestos en los que existiendo varios hijos comunes, el cuidado de unos es asignado a uno de los progenitores y el del resto al otro, de modo que los menores no conviven entre sí. Dicho esto, hay que señalar que la separación de los hermanos tiene carácter excepcional, y así se ha plasmado en el [artículo 92.5](#) de nuestro Código Civil, en el que se compele al juez a que «procure» no separar a los hermanos.

La custodia compartida, por su parte, se caracteriza porque ambos progenitores se alternan en el desempeño de las funciones inherentes a la guarda y custodia. Por tanto, la expresión custodia compartida no se refiere a una modalidad en la que la guarda y custodia sea conjunta o se comparta, sino a un sistema de guarda alternada o sucesiva, en la que los hijos alternarán periodos de convivencia con uno y otro progenitor. De acuerdo a ello, hubiera sido más correcto utilizar otra expresión para referirse a esta modalidad de guarda y custodia, como por ejemplo «alterna» o «alternada» –tal y como hemos visto que hace la doctrina italiana–. Así ha sido ampliamente defendido también por nuestra jurisprudencia y doctrina.

En cuanto a la distribución temporal, se considera que ni la *collocazione alternata* italiana ni la custodia compartida española exigen un reparto idéntico del tiempo de permanencia con cada progenitor. No obstante, la doctrina española sí que exige que los menores permanezcan con cada uno de sus progenitores al menos entre el cuarenta y el cuarenta y cinco por ciento del tiempo –pues este es el dato clave que nos permite distinguirla de la custodia exclusiva con un amplio régimen de visitas–.

### III. DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE AFFIDAMENTO Y COLLOCAZIONE. SEMEJANZAS Y DIVERGENCIAS CON LA DETERMINACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA

## 1. LOS ACUERDOS ENTRE LAS PARTES Y LA INTRODUCCIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

Antes de la reforma de 2006, tanto el *Codice Civile* italiano – ex. art. 155.5– como la Ley del divorcio de 1970 – ex. art. 6.9– se limitaban a señalar que el juez debía tener en cuenta los acuerdos alcanzados por las partes. Como se deducía del tenor literal de ambos preceptos, el juez no estaba vinculado por dichos acuerdos, ya que sólo constituían un elemento más a valorar junto al resto de factores que concurrían.

Con la reforma introducida por la Ley n.º 54 de 2006, se amplió la autonomía de la voluntad de las partes y el artículo 155.2 pasó a disponer que el juez «toma nota» de los acuerdos de las partes siempre que no resulten contrarios al interés del menor. El mismo contenido pasó al actual artículo 337 *ter.* 2 tras la reforma operada con ocasión del Decreto Legislativo n.º 154 de 2013. Aunque nuevamente el *Codice Civile* resulta algo impreciso y tampoco termina de dejar muy claro si el juez se encuentra vinculado o no por los acuerdos alcanzados por las partes, la doctrina coincide en señalar que sí existe una cierta vinculación, en la medida en la que la potestad del juez se reduce a comprobar que los acuerdos no resulten contrarios al interés superior del menor –y, obviamente, también que las partes cuenten con capacidad suficiente para suscribir el acuerdo–. A tal efecto, se ha considerado que la expresión «tomar nota» se identifica con la idea de «ratificar».

En el Derecho español también se concede un amplio margen a la autonomía de la voluntad de las partes. El convenio regulador es el instrumento a través del cual los cónyuges pueden prever conjuntamente las medidas que regularán sus relaciones entre sí y con sus hijos tras la ruptura de la pareja, tanto en el ámbito personal como patrimonial. Su presentación es obligatoria en todos los procedimientos de mutuo acuerdo –o instados por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro–, debiendo acompañar a la demanda de separación o divorcio. Así lo exige nuestro [Código Civil](#) en sus artículos [81.1](#) –para la separación– y [86](#) –para el divorcio–. El Código también recoge el contenido mínimo del convenio regulador en su [artículo 90.1](#), de cuya lectura puede extraerse que el régimen de guarda y custodia de los hijos menores debe formar parte de dicho contenido– ex. [art. 90.1 a\)](#) Cc.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho italiano –en el que sólo se establece el interés del menor como límite a la autonomía de la voluntad de las partes–, el [Código Civil](#) español prevé dos causas por las que el juez puede denegar la aprobación del convenio regulador: que los acuerdos a los que hayan llegado las partes sean dañinos para los hijos, o bien que resulten gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges – ex. [art. 90.2](#) Cc. Téngase en cuenta que, mientras que en el caso de los cónyuges se exige que el perjuicio que les cause sea grave, en el de los hijos basta con que les provoque cualquier tipo de daño. En cualquier caso, el límite relativo al posible perjuicio a uno de los cónyuges resulta bastante discutible desde el punto de vista de nuestro Derecho de contratos, pues supone que una autoridad estatal tutele los intereses de un contratante con plena capacidad de obrar. Por ello, parece que lo razonable sería eliminarlo, dejando el interés superior del menor como único límite a la autonomía de la voluntad de las partes –tal y como hemos visto que hace el *Codice Civile* italiano–.

Se discute en la doctrina italiana si las partes, en su acuerdo, pueden apartarse voluntariamente del régimen preferente –que como en seguida veremos, es el *affidamento condiviso* – o si, por el contrario, están vinculadas por éste. Hay un sector de la jurisprudencia y doctrina que se muestra partidario de la primera opción, por considerar que es más fácil que las partes cumplan unas medidas que han sido acordadas por ellas que las impuestas judicialmente. Además, se señala que, salvo casos excepcionales, un

*affidamento esclusivo* acordado por las partes responde mejor al interés del menor que un *affidamento condiviso* impuesto. No obstante, hay otra corriente doctrinal y jurisprudencial que considera que las partes no pueden, como regla general, excluir el régimen preferente, admitiendo dicha posibilidad únicamente cuando justifiquen que el *affidamento condiviso* es contrario al interés del menor. El principal argumento es que, dado que el *affidamento esclusivo* conlleva el ejercicio exclusivo de la responsabilidad parental, no puede ser acordado libremente por las partes, pues ello equivaldría a una renuncia por parte del *no affidatario* a sus obligaciones parentales.

Por su parte, la doctrina española considera que los padres pueden fijar de común acuerdo el régimen de guarda y custodia que estimen conveniente. Además, el [Código Civil](#) llega a admitir expresamente que las partes puedan acordar que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por una de ellas. – ex. [art. 92.4 Cc.](#)

En este apartado cabe hacer una breve referencia a la mediación familiar. Dicha figura fue introducida en el artículo 155 *sexies* .2 del *Codice Civile* italiano con ocasión de la reforma operada por la Ley n.º 54 de 2006. Actualmente, se recoge en el artículo 337 *octies* .2 del *Codice Civile* , que reproduce lo previsto en el viejo artículo 155 *sexies* .2. Del tenor literal del precepto, podemos extraer que la participación en el proceso es totalmente voluntaria y que el poder del juez se limita a la posibilidad de aplazar la adopción de las medidas previstas en el artículo 337 ter, sin que pueda imponer a las partes la obligación de asistir a mediación, ni siquiera a una sesión informativa. Por tanto, el juez puede recomendar la mediación pero nunca imponerla. Aunque es cierto que durante todo el *iter* parlamentario de la elaboración de la reforma de 2006 estuvo presente la idea de establecer la mediación como una fase obligatoria del proceso –hasta el punto de exigir que las partes aportaran junto a la demanda de separación o divorcio una certificación emitida por un centro de mediación–, en la última fase dicha regla fue eliminada.

En el Derecho español, el ordenamiento comienza a referirse expresamente a la mediación familiar a partir de la [Ley 15/2005, de 8 de julio](#), de reforma del [Código Civil](#) y de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) en materia de separación y divorcio. No obstante, las únicas novedades introducidas por la [Ley 15/2005](#) son de índole procesal. En concreto se materializan en los [artículos 770.7](#) y [772.2](#) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El primero de los citados preceptos faculta a las partes a suspender el proceso para someterse a mediación, mientras que el segundo prevé expresamente la posibilidad de acompañar el escrito por el que se inicia el procedimiento de separación o divorcio del acuerdo alcanzado en un procedimiento de mediación familiar. Por tanto, no cabe la posibilidad de imponer taxativamente a las partes la participación en un proceso de mediación. Sin embargo, al igual que ocurre en el Derecho italiano, ello no impide que desde las propias instancias judiciales pueda proponerse a las partes que acudan a mediación. De hecho, es una posibilidad que está amparada por la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#), en concreto por sus artículos [414.1](#) –cuando dicha propuesta se realice durante la celebración de la audiencia previa–, [440.1](#) –cuando se realice en la citación para la vista– y [443.3](#) –cuando tenga lugar en el propio acto de la vista–.

## 2. DETERMINACIÓN JUDICIAL

### 2.1. Régimen jurídico supletorio: preferencia por el *affidamento condiviso* y ausencia de reglas para la determinación de la *collocazione*

Antes de la reforma del año 2006, la doctrina mayoritaria consideraba que de la ley italiana se desprendía una cierta preferencia por el *affidamento esclusivo* , ya que

regulaba con minuciosidad esta modalidad de *affidamento* y sin embargo apenas decía nada del *congiunto* y del *alternato* . No obstante, también hay quien interpretaba que ninguna de las tres modalidades de *affidamento* tenía un carácter preferente sobre el resto. En cualquier caso, lo cierto es que en la práctica se establecía el *affidamento esclusivo* en más del 90% de los casos –y en favor de la madre en el 85% de ellos–. El principal argumento era que el *affidamento esclusivo* favorecía la estabilidad del menor.

Con la reforma de 2006, no sólo se introdujo en el Derecho italiano el denominado *affidamento condiviso* , sino que además se le dotó de carácter preferente – ex. arts. 155.2 y 155 bis del *Codice Civile* , tras la redacción que les dio la Ley n.º 54 de 2006–. Así ha sido interpretado de forma prácticamente unánime por jurisprudencia y doctrina.

Actualmente –tras la reforma introducida por el Decreto Legislativo n.º 154 de 2013– la preferencia por el *affidamento condiviso* se desprende de los artículos 337 *ter.* 2 y 337 *quater.* 1 del *Codice Civile* . El primero de ellos, aun sin utilizar la expresión *affidamento condiviso* , prevé que el juez valorará «prioritariamente» la posibilidad de que los hijos menores sean confiados a ambos progenitores. Pese a que no se nombre expresamente, la doctrina ha considerado se está refiriendo al *affidamento condiviso*.

En cuanto al artículo 337 *quater.* 1, limita la posibilidad de establecer el *affidamento esclusivo* a aquellos supuestos en los que el juez motive que el *affidamento* al otro progenitor resulta contrario al interés del menor. De acuerdo a ello, se ha considerado que actualmente el *affidamento esclusivo* tiene un carácter residual, de tal manera que solo ante la presencia de comportamientos o situaciones evidentemente dañosas para los hijos puede excluirse el *affidamento condiviso* .

El *Codice Civile* italiano no recoge los supuestos concretos en los que el *affidamento condiviso* resulta contrario al interés superior del menor y en los que, por ende, resulta aconsejable el *affidamento esclusivo* . Por tanto, se deja a la discrecionalidad del juez. En todo caso, el establecimiento del *affidamento esclusivo* exigirá que éste motive que, a la luz de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, el *affidamento condiviso* es perjudicial para el interés superior del menor. Ello requerirá una justificación en positivo, sobre la idoneidad del progenitor *affidatario* ; y otra en negativo, explicando por qué la regla general del *affidamento condiviso* no se corresponde con el interés superior del menor.

A modo de ejemplo, la jurisprudencia se ha opuesto al *affidamento condiviso* cuando alguno de los progenitores padecía graves patologías psíquicas, se encontraba privado de libertad, padecía algún tipo de adicción o mostraba un carácter violento que pudiera poner en riesgo a sus hijos menores. En todos estos supuestos, existe práctica unanimidad en considerar recomendable el establecimiento del *affidamento esclusivo* . Sin embargo, hay otros en los que doctrina y jurisprudencia no terminan de ponerse de acuerdo: existencia de conflictividad entre las partes, rechazo del menor hacia uno de sus padres, lejanía de los domicilios de los progenitores, etc. Dado que estos supuestos suscitan importantes dudas, me referiré a ellos de forma autónoma al abordar los criterios que debe seguir el juez para determinar el régimen de *affidamento* y *collocazione* .

Por otro lado, si admitimos la hipótesis de que las partes pueden, de mutuo acuerdo, apartarse de la regla general del *affidamento condiviso* , también cabría el *affidamento esclusivo* cuando los progenitores lo pacten voluntariamente y el juez no lo considere contrario al interés superior del menor.

A los efectos de que el juez pueda tener conocimiento de la concurrencia de circunstancias que hagan aconsejable el establecimiento del *affidamento esclusivo* , el segundo párrafo del artículo 337 *quater* prevé la posibilidad de que en cualquier momento, uno de los

progenitores pueda solicitar el establecimiento de dicha modalidad de *affidamento* , siempre que acredite que concurre el requisito previsto en el primer párrafo –que el *affidamento* al otro progenitor resulta contrario a los intereses del menor–.

A diferencia de lo que hemos visto para el caso del *affidamento* , el *Codice Civile* italiano no prevé el régimen jurídico supletorio aplicable a la *collocazione* , limitándose a señalar en su artículo 337 *ter.* 2 que el juez debe establecer el tiempo y la modalidad de permanencia del menor con cada progenitor. Aunque lo habitual es que la *collocazione* se atribuya a uno sólo de los progenitores, ya hemos visto que resulta posible establecer un régimen de *collocazione alternata*. En todo caso, el juez cuenta con discrecionalidad para establecer el régimen que considere más adecuado a cada caso concreto. Para llevar a cabo esta tarea, se apoyará en los criterios previstos para la determinación del *affidamento* –que la doctrina considera aplicables también a la *collocazione* –, a los que me voy a referir en el siguiente epígrafe.

En cuanto al Derecho español, del [Código Civil](#) se desprende una cierta preferencia por el régimen de custodia exclusiva –a diferencia de lo que ocurre con las leyes autonómicas que han entrado a regular en esta materia–. Y es que, aunque la [Ley 15/2005, de 8 de julio](#), introdujo el régimen de custodia compartida en nuestro ordenamiento jurídico, no lo equiparó al de custodia exclusiva. En este sentido, el [Código Civil](#) exige unos requisitos muy estrictos para que el juez pueda adoptar la guarda y custodia compartida en defecto de acuerdo de los progenitores. Estos requisitos están previstos en el [artículo 92](#) del Código Civil y pueden resumirse en los tres siguientes: que alguna de las partes solicite el establecimiento de dicho régimen –por lo que no cabe su establecimiento de oficio–, que exista informe del ministerio fiscal –antes se exigía que dicho informe fuera favorable, pero con la [Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012](#) (RTC 2012, 185) se ha eliminado el inciso «favorable»– y que quede acreditado que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor

No obstante lo anterior, la excepcionalidad de la custodia compartida está siendo superada progresivamente por la jurisprudencia. Al respecto, resultan especialmente reveladoras algunas de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los últimos años, sobre todo, la [STS de 29 de abril de 2013](#) (RJ 2013, 3269), que señala que «(...) la redacción del [artículo 92](#) no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea».

## 2.2. Criterios legales y jurisprudenciales

### A. El interés superior del menor

Existe unanimidad dentro de la doctrina italiana en considerar que el interés superior del menor es el criterio fundamental al que debe atender el juez en la determinación del régimen de *affidamento* y *collocazione* . Tanto es así, que sólo cuando éste se vea comprometido, puede el juez apartarse de la regla general del *affidamento condiviso* . Además, como hemos visto, es el único límite al que están sujetas las partes a la hora de suscribir sus acuerdos relativos al *affidamento* y la *collocazione*.

Antes de la importante reforma de 2006, el interés superior del menor ya se configuraba como el criterio fundamental al que debía atender el juez en la determinación del régimen de *affidamento* – *ex.* art. 155.1 *Codice Civile* y art. 6.2 Ley n.º 898 de 1970–. Tras la reforma introducida por la Ley n.º 54 de 2006, el *Codice Civile* italiano continuaba estableciendo el

interés superior del menor como el criterio rector en la materia – ex. art. 155.2–. Y lo mismo ocurre con el artículo 337 *ter.* 2 de la redacción actual del *Codice Civile*, dada por el Decreto Legislativo n.º 154 de 2013.

En el Derecho español, el [Código Civil](#) también sitúa el interés superior del menor como el criterio fundamental al que debe atender el juez a la hora de adoptar cualquier decisión en materia de Derecho de familia y, de modo específico, en la determinación del régimen de guarda y custodia de los hijos menores – ex. arts. [90 b](#)), [92.4](#), [92.8](#), [94](#) y [103.1](#) Cc.

Por otro lado, tanto en el Derecho español como en el italiano, el interés del menor se configura como un concepto jurídico indeterminado que deberá ser concretado en cada caso en función de las circunstancias que concurran.

Dentro de la doctrina italiana, son varios los autores que afirman que el interés superior del menor se vincula con su derecho a la *bigenitorialità*. Incluso se ha señalado que el legislador presume – *iuris tantum* – que el régimen de *affidamento condiviso* es el que mejor protege el interés superior del menor, y de ahí que le haya concedido carácter preferente. Así, se rompe con la idea de que el interés del menor se relaciona exclusivamente con su estabilidad –que ya hemos visto que era el principal argumento utilizado por la jurisprudencia anterior a la reforma de 2006 para establecer el *affidamento esclusivo* –, para pasar a considerar que el interés del menor se satisface mejor siendo cuidado, educado e instruido por ambos padres.

#### **B. La relación existente entre las partes**

Tradicionalmente, se venía considerando que la existencia de conflictividad entre las partes constituía un argumento determinante en favor del *affidamento esclusivo*. De hecho, con anterioridad a la reforma de 2006, la jurisprudencia italiana exigía de forma casi unánime la ausencia de conflictividad entre las partes para acordar el *affidamento congiunto*. No obstante, comenzaron a aparecer algunos pronunciamientos –sobre todo en los últimos años de vigencia del régimen anterior– que estimaban que la buena relación entre las partes no era un presupuesto imprescindible para el establecimiento del *affidamento congiunto* –o incluso del *alternato*–. En ocasiones, se llegó a considerar que el establecimiento del *affidamento congiunto* podía favorecer una mejora en las relaciones entre las partes, a lo que se conoció como *affidamento congiunto promozionale*.

La preferencia que ha establecido la Ley n.º 54 de 2006 en favor del *affidamento condiviso* ha supuesto un cambio en la percepción acerca del modo en el que debe abordarse la existencia de conflictividad entre las partes. Tanto es así, que, aunque hay excepciones, hoy la mayor parte de la jurisprudencia y la doctrina coinciden en señalar que la relación entre las partes ya no tiene la relevancia que se le venía dando antaño, y que, por tanto, la existencia de conflictividad no constituye argumento suficiente para apartarse de la regla general del *affidamento condiviso* –salvo que quede acreditado que dicha conflictividad pone en riesgo el interés superior del menor–. Ello parece lógico, ya que exigir que exista una buena relación entre las partes pondría en entredicho la preferencia legal por el *affidamento condiviso*, reduciéndose la posibilidad de aplicarlo a los supuestos de ruptura consensual –y no siempre, ya que no es raro que también en estos casos exista cierta conflictividad–. Además, admitir la conflictividad entre las partes como causa de exclusión del *affidamento condiviso*, podría dar lugar a que uno de los progenitores la provocara maliciosamente con el objetivo de evitar la aplicación de dicho régimen de *affidamento*. A ello hay que añadir que el establecimiento del *affidamento esclusivo* no garantiza que vaya a descender la conflictividad entre las partes. Incluso en ocasiones se ha estimado que es al contrario, y que el establecimiento del *affidamento condiviso* puede constituir un

paliativo en los supuestos de excesiva conflictividad y favorecer una mejora en las relaciones entre las partes.

Con base en todo lo anterior, se ha considerado que basta con que las partes sean capaces de acordar un proyecto educativo común –de hecho ya hemos visto que ésta es la esencia del *affidamento condiviso* –, para garantizar que el menor recibe una educación uniforme. Ello con independencia de que la relación entre ellos sea más o menos conflictiva.

Por tanto, el juez que pretenda oponerse al *affidamento condiviso* con base en las malas relaciones entre las partes deberá motivar suficientemente que éstas perjudican o menoscaban el interés del menor, algo que ocurrirá obviamente cuando sean incapaces de poner en marcha un proyecto educativo común o, con mayor motivo, cuando la conflictividad se traduzca en conductas de violencia de género.

Además, habrá casos en los que, en vez de excluir tajantemente el *affidamento condiviso*, quepa adoptar otras medidas menos gravosas. Por ejemplo, puede ser útil en los supuestos de excesiva conflictividad que el juez establezca el ejercicio separado de la responsabilidad parental respecto a las decisiones de «ordinaria administración» –tal y como prevé el artículo 337 *ter.* 3 del *Codice Civile* –.

Si bien hemos visto que la posible conflictividad entre las partes ha perdido relevancia en la determinación del *affidamento*, no ocurre lo mismo con la *collocazione*. En este sentido, la relación existente entre los progenitores deberá tenerse en cuenta en un doble sentido: por un lado, cuando la relación resulta conflictiva, es necesario fijar exhaustivamente el tiempo y modalidad de permanencia del menor con cada progenitor, tratando de conceder los mínimos espacios posibles a la discrecionalidad de las partes y evitando así posibles discrepancias entre ellas; y por otro lado, puede servir para atribuir la *collocazione* al progenitor que mantiene una actitud más colaborativa y menos proclive al conflicto.

En el Derecho español, la jurisprudencia viene señalando que el tipo de relación que mantienen las partes puede ser especialmente relevante para el posible establecimiento de un régimen de custodia compartida, ya que la existencia de una buena relación favorece el correcto desarrollo del mismo. En este sentido, cuando la conflictividad entre las partes es extrema, existe práctica unanimidad en la jurisprudencia y la doctrina en considerar que queda excluida la posibilidad de adoptar la custodia compartida. Sin embargo, no resulta tan claro cómo se debe proceder cuando nos encontramos ante padres desconectados –sin ningún tipo de relación– o entre los que existe una conflictividad moderada. Al respecto, el Tribunal Supremo ha señalado que: «(...) las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Sólo se convierten en relevantes cuando afectan, perjudicándolo, el interés superior del menor». Por tanto, de acuerdo a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, la existencia de conflictividad entre las partes sólo constituirá una causa de exclusión de la custodia compartida cuando perjudique el interés del menor. Además, al igual que hemos visto que defiende la doctrina italiana, se considera que la posible mala relación entre las partes puede compensarse si los progenitores mantienen un proyecto educativo común.

### **C. La opinión del menor**

Con anterioridad a la reforma de 2006, el *Codice Civile* no recogía ninguna previsión respecto a la audiencia del menor. Sí lo hacía la Ley de divorcio de 1970, para dotarla de carácter excepcional, al señalar que sólo se debía oír al menor cuando fuera estrictamente necesario, teniendo en cuenta su edad – *ex.* art. 6.9–. Con ello, parece que se pretendía no involucrar al menor en el procedimiento de ruptura de sus progenitores.

Pero con la reforma introducida por la Ley n.º 54 de 2006 la situación cambió y el artículo 155 *sexies* .1 del *Codice Civile* pasó a disponer que el juez debe oír al menor cuando haya cumplido doce años o cuando, a pesar de no haber alcanzado dicha edad, cuente con suficiente capacidad de discernimiento. Esta regla ha sido textualmente recogida por el nuevo artículo 337 *octies* .1 del *Codice Civile* , tras la reforma operada a través del Decreto Legislativo n.º 154 de 2013. Lo mismo dispone el artículo 336 *bis* .1 del *Codice Civile* , aunque añade una importante matización: que si la audiencia es contraria al interés del menor o manifiestamente superflua, el juez no la llevará a cabo.

Las previsiones del *Codice Civile* han dado lugar a problemas interpretativos y doctrina y jurisprudencia no terminan de ponerse de acuerdo acerca de la obligatoriedad de oír al menor.

En el caso de que las partes no hayan llegado a un acuerdo y sea el juez el encargado de dirimir la determinación del *affidamento* y la *collocazione* , la jurisprudencia y doctrina mayoritarias se muestran partidarias de exigir que la audiencia se lleve a cabo en todo caso cuando el menor tenga más de doce años o cuente con suficiente capacidad de discernimiento, salvo que el juez motive que dicha audiencia puede perjudicar a su interés.

En cuanto a los supuestos en los que las partes han llegado a un acuerdo, se considera que no existe obligación de oír al menor. El principal argumento es que en estos casos no es el juez quien decide, ya que su intervención se limita a ratificar los acuerdos alcanzados por las partes –o bien a denegarlos si los considera lesivos para el interés superior del menor–. No obstante, nada impide que pueda escuchar al menor si lo estima necesario. Además, siempre que el juez deniegue la audiencia, deberá motivar convenientemente su decisión.

En el Derecho español, en aquellos casos en los que el menor solicite ser oído, la regla general es que la audiencia debe llevarse a cabo, y sólo podrá denegarse, mediante resolución motivada, cuando el juez constate que la comparecencia del menor es contraria a su interés – ex. [art. 9.2 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor](#). En el resto de supuestos, la normativa venía considerando tradicionalmente que el juez debía oír al menor cuando tuviera suficiente juicio y, en todo caso, cuando fuera mayor de doce años. Sin embargo, esta materia se ha visto afectada por dos importantes reformas, llevadas a cabo a través de dos leyes: la [Ley 15/2005, de 8 de julio](#), por la que se modifica el [Código Civil](#) y la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) en materia de separación y divorcio y la [Ley 13/2009, de 3 de noviembre](#), de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial. Tras ello, tanto el [Código Civil](#)– ex. [art. 92.6](#)– como la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#)– ex. art. [770.4](#) y [777.5](#) establecen que sólo se debe escuchar al menor cuando tenga suficiente juicio y el juez lo estime necesario; o lo que es lo mismo, parece que ha desaparecido la obligatoriedad de oír en todo caso a los menores que tengan suficiente juicio, quedando supeditada la audiencia a que el juez la considere necesaria. Ésta es la interpretación que ha llevado a cabo la Fiscalía General del Estado en su Circular 3/2009.

Por otro lado, la jurisprudencia italiana viene considerando que, en los supuestos en los que debiendo llevarse a cabo la audiencia, el juez la omita sin motivar suficientemente las razones que le han llevado a ello, la consecuencia será la nulidad del procedimiento y la retrotracción de las actuaciones al momento en el que debía haberse producido la audiencia. Semejante es la situación en el Derecho español, pues la falta de audiencia del menor en aquellos casos en los que deba producirse –bien porque el menor solicite ser oído o bien porque el juez lo estime necesario y el menor no se oponga–, supondrá una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva – ex. [art. 24.1 CE](#). La consecuencia

será, por tanto, la nulidad de las actuaciones y la retrotracción del procedimiento al momento en el que debía tener lugar la audiencia, en consonancia con lo dispuesto en el [artículo 238.3](#) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de junio, del Poder Judicial.

En cuanto al modo en el que debe llevarse a cabo la audiencia, el segundo párrafo del artículo 336 *bis* del *Codice Civile* italiano señala que es realizada por el juez, con la participación de profesionales o expertos. No obstante, la jurisprudencia ha admitido que pueda llevarse a cabo directamente por los propios profesionales y sin intervención del juez, cuando se considere que la audiencia directa por el juez pueda suponer una situación traumática para el menor. Parece que esta es la solución más razonable cuando se trate de menores de muy corta edad.

En el Derecho español se prevé que la opinión del menor puede conocerse de tres formas diferentes: mediante los informes elaborados por el equipo psicosocial adscrito al Juzgado, a través de una persona que lo represente, o bien compareciendo directamente ante el juez, en lo que conocemos como «exploración judicial del menor». Como es evidente, en materia de guarda y custodia debe descartarse la representación paterna, debido a la existencia de intereses contrapuestos entre los progenitores – ex. [art. 9.2](#) Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Respecto a la posible presencia del ministerio público, así como de las partes y sus defensores, de acuerdo al artículo 336 *bis* del *Codice Civile* italiano deberá ser autorizada por el juez. No obstante, en este punto debe tenerse en cuenta también lo dispuesto en el artículo 38 *bis* de las *Disposizioni di attuazione del Codice Civile*. Dicho precepto prevé que, cuando la salvaguardia del menor sea asegurada con medios técnicos idóneos, como una mampara junto a la presencia de un citófono, los defensores de las partes y el ministerio público podrán seguir la audiencia del menor sin requerir para ello la autorización del juez prevista en el artículo 336 *bis* del *Codice Civile*. Por tanto, las reglas que se seguirán son las siguientes: los progenitores sólo podrán asistir si el juez lo autoriza, mientras que sus defensores y el ministerio público podrán hacerlo sin que concurra dicha autorización, siempre que se cuenten con medios técnicos que garanticen la salvaguarda del menor. Llama la atención que la presencia del ministerio público se supedita también a la autorización del juez –o a la existencia de determinados medios técnicos–, cuando lo razonable sería que, como garante del interés superior del menor, estuviera presente en todo caso.

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho italiano, en el caso del Derecho español no cabe duda de que debe estar presente el ministerio fiscal –tal y como ha señalado el propio Tribunal Constitucional–. Otra diferencia es que, aunque es recomendable que en la exploración participe algún miembro del equipo psicosocial –ésta es una posibilidad que prevé expresamente tanto el [artículo 770.4](#) de la Ley de Enjuiciamiento Civil como el [artículo 9.1](#) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, no se considera conveniente que asistan los padres del niño u otros familiares –incluidos los profesionales que les representen–, pues ello aumentaría el nivel de presión al que queda sometido el menor. Esta postura es coherente con lo dispuesto tanto por el [artículo 9.1](#) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor que exige que la exploración del menor se lleve a cabo « *cuidando preservar su intimidad* »– como por el [artículo 770.4](#) de la Ley de Enjuiciamiento Civil que prevé que se realice « *sin interferencias de otras personas* »–.

Por otro lado, el tercer párrafo del artículo 336 *bis* del *Codice Civile* italiano prevé que, antes de proceder a la audiencia, el juez debe informar al menor de la naturaleza del procedimiento y de los efectos de la audiencia. Semejante es la situación en el Derecho

español, en el que también se prevé que se debe informar convenientemente al menor acerca de los aspectos sobre los que debe pronunciarse, así como de las razones por las que resulta necesario conocer su opinión – ex. [art. 9.1](#) Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Respecto al modo en el que debe recogerse el resultado de la exploración, el artículo 336 *bis* del *Codice Civile* italiano señala que se redactará un acta que describa el resultado de la audiencia, o bien se registrará a través de medios audiovisuales. En el caso de la normativa española, no se recoge ninguna previsión, lo que ha propiciado que se hayan venido utilizando diferentes fórmulas –grabación a través de medios audiovisuales, elaboración de un informe por parte del juez en el que incluye sus impresiones sobre lo manifestado por el menor, etc.–, aunque lo más habitual es que se haga constar mediante un acta levantada por el secretario del juzgado –actualmente denominado letrado de la administración de justicia–.

En cuanto al valor que debe darse a la opinión manifestada por el menor, existe unanimidad en la doctrina y la jurisprudencia italianas en considerar que ésta no vincula al juez, por lo que podrá apartarse de ella si estima que sus deseos no se corresponden con su interés superior. No obstante, ello no quiere decir que la opinión del menor no deba ser tenida en cuenta. De hecho, en ocasiones la jurisprudencia ha denegado el *affidamento condiviso* con base en la aversión que ha mostrado el menor hacia uno de sus progenitores. Una vez más, la situación es semejante en el ordenamiento español, en el que también existe unanimidad en la jurisprudencia y doctrina en considerar que la opinión del menor no tiene carácter vinculante para el juez. Tanto es así que, aunque en muchas ocasiones nuestros tribunales siguen la opinión del menor, no es raro encontrar pronunciamientos en los que se apartan de los deseos manifestados por éste.

#### **D. Lugar de residencia de los progenitores**

Son dos las cuestiones que deben tenerse en cuenta en este punto, muy relacionadas entre sí: el lugar en el que reside cada uno de los progenitores en el momento de decretarse la separación o el divorcio y cómo afectan los traslados posteriores de domicilio por parte de cualquiera de ellos al régimen de *affidamento* y *collocazione* que se haya establecido. Como vamos a ver, el *Codice Civile* italiano sólo se refiere al segundo supuesto.

Con anterioridad a la reforma de 2006, la jurisprudencia italiana exigía para el *affidamento congiunto* que los domicilios de los progenitores se encontraran próximos –aunque también encontramos alguna excepción–. Sin embargo, tras dicha reforma y el consiguiente establecimiento del *affidamento condiviso* como régimen preferente, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias han comenzado a mostrarse partidarias de establecer dicho régimen de *affidamento* también cuando los domicilios de los progenitores están alejados –pese a que existe algún supuesto en el que se ha considerado que debe excluirse el *affidamento condiviso*, por estimar que la lejanía de los domicilios impide la corresponsabilidad y coparticipación en el cuidado, educación e instrucción del menor–.

Por el contrario, se considera que la distancia existente entre los domicilios de los progenitores sí juega un papel importante en la determinación del régimen de *collocazione*, lo que no ha impedido que en alguna ocasión se acuerde la *collocazione alternata* pese a existir una importante distancia entre los lugares de residencia de los progenitores.

También en nuestro Derecho se ha considerado que la distancia entre los lugares de residencia de los progenitores es un criterio que debe ser tenido en cuenta por el juez para establecer el régimen de guarda y custodia. En este sentido, tanto jurisprudencia como

doctrina se muestran contrarias, con carácter general, al establecimiento del régimen de custodia compartida cuando no existe cierta proximidad entre los domicilios de los progenitores.

Como he anticipado, el *Codice Civile* italiano se ocupa expresamente de aquellos supuestos en los que uno de los progenitores traslada su lugar de residencia con posterioridad al establecimiento del régimen de *affidamento* y *collocazione*, imponiéndole la obligación de que se lo comunique al otro progenitor – ex . art. 337 *sexies* .2 del *Codice Civile* –. Ésta es una regla que se recogía ya en la Ley del divorcio de 1970, que exigía en su artículo 6.12 que, si cualquiera de los progenitores cambiaba de residencia o domicilio, se lo comunicase al otro en un plazo máximo de treinta días. El incumplimiento de dicha obligación acarrea el resarcimiento de los daños que pudieran causarse al otro progenitor o a los propios hijos.

Tras la reforma introducida por la Ley n.º 54 de 2006, el artículo 155 *quater* .2 del *Codice Civile* iba más allá, y preveía que, en el caso de que uno de los progenitores cambiara de residencia o domicilio, el otro podría pedir que se modificaran los acuerdos o medidas adoptadas, siempre que dicho cambio de domicilio interfiriera en la modalidad de *affidamento* acordada. Pero con la entrada en vigor del Decreto Legislativo n.º 154 de 2013 se vuelve a la redacción anterior a la reforma de 2006, y el actual artículo 337 *sexies* .2 del *Codice Civile* se limita a exigir que cualquier cambio de domicilio por parte de uno de los progenitores sea comunicado al otro en un plazo máximo de treinta días. Una vez más, se prevé que, el incumplimiento de dicha comunicación en plazo, acarreará el resarcimiento de los daños que pudieran causarse al otro progenitor o a los propios hijos.

El hecho de que en la nueva redacción del *Codice Civile* haya desaparecido la posibilidad de que el progenitor que se vea afectado por el cambio de residencia del otro pueda pedir que se modifiquen los acuerdos o medidas adoptadas, no quiere decir que no resulte posible. Ahora bien, en general la doctrina no considera oportuno que, cuando se haya establecido el *affidamento condiviso*, pueda sustituirse por el *affidamento esclusivo* de forma automática sólo con base en el traslado de la residencia de uno de los progenitores. Por el contrario, para ello se viene exigiendo que dicho traslado interfiriera negativamente en el correcto desarrollo del régimen de *affidamento condiviso*.

En el caso de la *collocazione*, el cambio de domicilio del progenitor *collocatario* sí puede tener mayor relevancia. Sobre todo, porque el lugar de residencia del menor se incluye entre las denominadas «decisiones de mayor importancia» – ex. art. 337 *ter*. 3 del *Codice Civile* – y, por tanto, su traslado requiere el consentimiento de ambos progenitores – ex. arts. 337 *ter*. 3 y 337 *quater* .3 del *Codice Civile* –. Cuando los progenitores no logren ponerse de acuerdo, la decisión corresponderá al juez – ex. art. 337 *ter* .3 del *Codice Civile* –, que deberá valorar si el traslado puede afectar al interés superior del menor y a su derecho a tener contactos significativos con ambos progenitores, así como con otras personas de su entorno familiar y afectivo. Y es que, de ser así, puede resultar conveniente una modificación del régimen de *collocazione*, atribuyéndosela al progenitor que permanece en el entorno habitual del menor.

En el Derecho español también se plantea el problema de cómo debe procederse en los supuestos en los que el progenitor custodio se traslada junto a sus hijos, ya que el lugar de residencia del menor se incluye dentro de las decisiones que podemos denominar de «mayor importancia o trascendencia» y, por tanto, debe ser adoptada conjuntamente por ambos progenitores. De no existir acuerdo, será necesario acudir al juez para que atribuya a uno u otro progenitor la facultad de decidir – ex. [art. 156.2](#) Cc. Además, tanto si es el progenitor custodio el que cambia su lugar de residencia junto a sus hijos, como si es el no custodio el que decide trasladarse a otra localidad, podrá instarse un procedimiento de

modificación de medidas con base en la alteración sustancial de las circunstancias que dicho traslado supone – ex. [art. 775](#) Lec., con objeto de reordenar el régimen de visitas inicialmente acordado o incluso de modificar el régimen de guarda y custodia.

#### IV. OTRAS MEDIDAS RELACIONADAS CON EL AFFIDAMENTO Y LA COLOCAZIONE DEL MENOR Y SUS HOMÓLOGAS ESPAÑOLAS

##### 1. RÉGIMEN DE VISITAS Y COMUNICACIONES

Hemos visto que lo habitual en el Derecho italiano es que el juez atribuya la *collocazione* del menor con carácter exclusivo a uno de los dos progenitores. Por tanto, para hacer efectivo el principio de *bigenitorialità*, resulta necesario determinar el modo en el que el progenitor que no convive con el menor va a relacionarse con él, con independencia del régimen de *affidamento* que se establezca. En este sentido, el artículo 337 *quater*. 2 del *Codice Civile* italiano prevé expresamente que, también en los supuestos de *affidamento esclusivo*, el menor tiene derecho a mantener un contacto equilibrado y continuado con el progenitor *no affidatario* –en términos semejantes se pronunciaba el artículo 155 *bis*. 2 del *Codice Civile* con anterioridad a la reforma de 2013–.

Al tiempo que el menor pasa con el progenitor *no collocatario* se le han dado diversas denominaciones en el Derecho italiano: *regime minimo di incontro*, *disciplina dei tempi in cui il padre può e deve tenere con sé il minore*, *tempi di permanenza presso il padre*, etc. Lo mismo ocurre en el Derecho español, en el que se utilizan expresiones tales como régimen de visitas, régimen de comunicación y estancia, tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía, etc.

Ya antes de la reforma de 2006, tanto el *Codice Civile* italiano – ex. art. 155.2– como la Ley del divorcio de 1970 – ex. art. 6.3– preveían que el juez debía establecer un régimen de relaciones entre el menor y el progenitor que no conviviera con él. Con la reforma operada a través de la Ley n.º 54 de 2006 este derecho quedó reforzado gracias a la introducción del principio de *bigenitorialità*. La principal diferencia con la normativa anterior es que, como ya hemos visto en su momento, pasó a considerarse un derecho del propio menor – ex. art. 155.1 del *Codice Civile* –. Actualmente, dicho derecho se recoge en el artículo 337 *ter*. 1 del *Codice Civile*, que ha reproducido literalmente lo dispuesto en el viejo artículo 155.1.

En nuestro país, la base legal del derecho de visitas se encuentra en la [Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero](#), de Protección Jurídica del Menor y en el [Código Civil](#). La primera reconoce en su [artículo 2.2 c\)](#) el derecho del menor a que se preserve el mantenimiento de sus relaciones familiares y, en cuanto al [Código Civil](#), regula el derecho de visitas en sus artículos [160.1](#) –que recoge una enunciación general del derecho–; [161](#) –para los supuestos de acogimiento del menor–; y [90.1.a\)](#), [94.1](#) y [103.1](#) –referidos específicamente a los efectos comunes a los procedimientos derivados de crisis matrimonial–. Además, todos los ordenamientos autonómicos que han promulgado leyes sobre guarda y custodia se refieren también al derecho de visitas.

Tanto el *Codice Civile* italiano – ex. art. 337 *quater*. 2– como nuestro [Código Civil](#) – ex. [art. 94.1](#) prevén que, en aquellos casos en los que se establece la *collocazione esclusiva* o la guarda y custodia exclusiva –respectivamente–, es necesario con carácter general fijar un régimen de visitas en favor del progenitor con el que el menor no conviva. La misma previsión recogen todas las normas autonómicas que han entrado a regular en esta materia.

Sin embargo, ninguna de las mencionadas normas ha previsto expresamente la posibilidad de establecer un régimen de visitas en los casos en los que el tiempo de permanencia del menor con uno y otro progenitor es semejante –supuestos de *collocazione alternata* o de guarda y custodia compartida–. En cualquier caso, parece que ello no impide que pueda fijarse un régimen de visitas en favor del progenitor que no conviva con el menor en cada momento, lo que puede resultar especialmente conveniente cuando los periodos de alternancia sean muy amplios.

Respecto a la configuración concreta del régimen de visitas, a falta de previsión expresa por parte del *Codice Civile* italiano, cabe entender que el juez cuenta con una amplia discrecionalidad para establecer la modalidad y límites del derecho de visitas, teniendo en cuenta principalmente el interés superior del menor. Lo mismo ocurre en el caso tanto del Código Civil como de las diferentes normas autonómicas, pues tampoco prevén regla alguna para la configuración concreta del régimen de visitas.

Por último, cabe señalar que, tras la reforma llevada a cabo a través de la Ley n.º 54 de 2006, se incluyó en el *Codice Civile* italiano el derecho del menor a mantener contactos significativos con los parientes de uno y otro ramo familiar – *ex. art. 155.1*–. Dicho contenido ha sido asumido, una vez más, por el actual artículo 337 *ter. 1* del *Codice Civile*. En el caso del Derecho español, la posibilidad de fijar un régimen de relaciones entre el menor y otros parientes se incluyó en nuestro [Código Civil](#) con la reforma introducida por la [Ley 11/1981, de 13 de mayo](#), de modificación del [Código Civil](#) en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, extendiéndose también a los allegados del menor. Con la entrada en vigor de la [Ley 42/2003, de 21 de noviembre](#), de modificación del [Código Civil](#) y de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, se pasó a mencionar expresamente a los abuelos; y, recientemente, con la [Ley 26/2015, de 28 de julio](#), de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se ha incluido también de forma específica a los hermanos.

## 2. LA CONTRIBUCIÓN AL MANTENIMIENTO DE LOS HIJOS MENORES

El artículo 30 de la *Costituzione* italiana impone a ambos padres la obligación de mantener a sus hijos. Lo mismo cabe deducir del [artículo 39.3](#) de nuestra Carta Magna, que señala que los padres deben presentar asistencia de todo orden a sus hijos menores. Pues bien, para cumplir con dicho mandato, resulta necesario determinar el modo en el que cada progenitor va a contribuir a satisfacer los gastos –tanto ordinarios como extraordinarios– de sus hijos menores tras la ruptura de la pareja. Comenzaré refiriéndome a los gastos ordinarios.

Antes de la reforma acontecida en el año 2006, tanto el *Codice Civile* italiano – *ex. art. 155.2*– como la Ley del divorcio de 1970 – *ex. art. 6.3*– preveían que el juez debía fijar el modo en el que el progenitor *no affidatario* contribuiría al mantenimiento de los menores. Aunque no se especificaba si el mantenimiento de los hijos debía llevarse a cabo de forma directa o a través de una asignación periódica, la doctrina coincidía en que la regla general era que los gastos ordinarios fueran cubiertos a través del establecimiento de una asignación periódica.

Con la entrada en vigor de la Ley n.º 54 de 2006, esta cuestión se recogió en el artículo 155.4 del *Codice Civile* italiano, que pasó a disponer que, salvo acuerdo en contrario de las partes, cada progenitor debe contribuir al mantenimiento de los hijos en forma proporcional a sus ingresos. Dicha redacción ha sido reproducida de forma literal por el actual artículo 337 *ter. 5* del *Codice Civile*, tras la redacción dada por la el Decreto

Legislativo n.º 154 de 2013.

Si atendemos al Derecho español, observamos que tanto nuestro [Código Civil](#) como las leyes autonómicas que han entrado a regular la materia siguen la regla de conceder prioridad a los acuerdos alcanzados entre las partes. No en vano, exigen que se incluya dentro del convenio regulador la forma en la que los progenitores van a contribuir al mantenimiento del menor tras su ruptura. Así mismo, prevén que, en defecto de acuerdo de las partes, el criterio a seguir para determinar la cuantía en la que cada progenitor debe contribuir al mantenimiento de sus hijos sea el de proporcionalidad.

Sin embargo, las reglas para determinar el modo concreto en el que en el que cada progenitor debe contribuir a sufragar los gastos ordinarios de los menores no resultan coincidentes en las legislaciones italiana y española –aunque, como veremos, en la práctica el sistema no es tan distinto–.

En el caso del Derecho italiano, la doctrina mayoritaria ha interpretado que, en los supuestos de *affidamento condiviso*, el *Codice Civile* establece como regla general el mantenimiento directo por parte de cada progenitor, tanto si se acuerda la *collocazione alternata* como si se fija un régimen de *collocazione esclusiva*. El principal argumento esgrimido es que el artículo 337 *ter.* 5 del *Codice Civile* limita la posibilidad de establecer el mantenimiento indirecto –a través del pago de una asignación periódica– a aquellos supuestos en los que el juez lo estime necesario, por lo que parece dotarla de un carácter excepcional. En cuanto a los supuestos en los que se fija un régimen de *affidamento esclusivo*, parece que no hay duda de que el establecimiento de una asignación periódica a cargo del progenitor *no affidatario* se configura como la única opción plausible, pues resulta cuanto menos complicado que éste pueda asumir de forma directa los gastos del menor cuando ni siquiera participa en la adopción de la mayor parte de decisiones relativas al mismo.

Por tanto, de acuerdo a la interpretación que ha hecho la doctrina italiana del artículo 337 *ter.* 5 del *Codice Civile*, la regla general en los supuestos de *affidamento condiviso* –que dada la preferencia legal por dicho régimen serán la mayoría– es que cada uno de los padres debe abonar directamente –y de forma proporcional a sus ingresos– los gastos necesarios para el mantenimiento del menor, con independencia del régimen de *collocazione* que se adopte. De acuerdo a ello, el establecimiento del pago de una asignación periódica a cargo de uno de los progenitores tiene carácter excepcional. Así, se ha considerado que, con carácter general, son cuatro los supuestos en los que el juez debe fijar el pago de una asignación periódica a cargo de uno de los progenitores: cuando así lo hayan convenido las partes, cuando el juez considere que el mantenimiento directo no satisface el interés del menor, cuando exista una excesiva conflictividad entre los progenitores en el reparto de las obligaciones de mantenimiento, o cuando no resulte posible garantizar el principio de proporcionalidad a través del mantenimiento directo. Además, hay autores que añaden un quinto supuesto en el que también convendría establecer un sistema de mantenimiento indirecto: cuando exista una importante lejanía entre los domicilios de los progenitores. La razón es que ello impediría al *no collocatario* contribuir personalmente y en el tiempo preciso al pago de los gastos del menor.

Como he anticipado, las reglas que se siguen en el Derecho español en este punto son diversas a las que hemos visto que prevé el Derecho italiano. Al respecto, para determinar el modo en el que cada progenitor debe contribuir al mantenimiento de los hijos menores habrá que estar en primer lugar a lo acordado por las partes. En defecto de acuerdo, ante el silencio del [artículo 93](#) Cc., jurisprudencia y doctrina han establecido diferentes soluciones en función del régimen de guarda y custodia que se establezca. Así, en los supuestos de guarda y custodia exclusiva, la regla general es que el progenitor custodio

contribuya al mantenimiento de sus hijos menores satisfaciendo los gastos que conlleva tener a los hijos en su casa y en su compañía y el no custodio lo haga a través del pago de una pensión de alimentos. De hecho, se suele considerar que, salvo que el progenitor custodio tenga una capacidad económica muy superior a la del no custodio, el establecimiento del pago de una pensión periódica a cargo de este último se configura como la única opción posible para hacer efectivo el principio de proporcionalidad. En cuanto a los supuestos de custodia compartida, las posibilidades son variadas: aunque lo más frecuente es que se fije un sistema de mantenimiento directo, en ocasiones se opta por abrir una cuenta bancaria común a la que los progenitores van aportando dinero, bien de forma igualitaria –cuando dispongan de unos recursos semejantes y el reparto temporal de permanencia con el menor sea similar– o bien de forma proporcional. Incluso no es raro encontrar supuestos en los que se establece el pago de una pensión de alimentos a cargo del progenitor que tiene una mayor capacidad económica.

Volviendo al Derecho italiano, lo cierto es que en la práctica es bastante frecuente que los tribunales se aparten del tenor literal del artículo 337 *ter.* 5 del *Codice Civile* y establezcan una asignación periódica a cargo de uno de los progenitores, también en los supuestos de *affidamento condiviso*. Ello tiene cierta lógica, pues, aun sin negar la buena intención del legislador, lo cierto es que se torna complicado que el principio de proporcionalidad pueda hacerse efectivo a través del mantenimiento directo, salvo en dos supuestos: cuando se establezca una *collocazione* paritaria entre ambos progenitores y éstos tengan unos recursos económicos semejantes; o cuando el progenitor *collocatario* cuente con unos ingresos muy superiores a los del *no collocatario*.

En todos aquellos casos en los que el juez opte por el establecimiento de una asignación periódica –que como he señalado, en la práctica son la mayoría–, deberá hacerlo de acuerdo a cinco criterios establecidos por el artículo 337 *ter.* 5 del *Codice Civile* –los mismos criterios se recogían, antes de la reforma de 2013, en el artículo 155.4 del *Codice Civile*–. Aquí encontramos otra diferencia con nuestro Código Civil, pues éste no recoge los criterios que debe tener en cuenta el juez para determinar la cuantía de la obligación de alimentos –algo que sin embargo sí han hecho la mayoría de normas autonómicas–.

Los criterios previstos por el artículo 337 *ter.* 5 del *Codice Civile* italiano son los siguientes: 1. Las necesidades actuales de los hijos; 2. El estilo de vida del que ha disfrutado el hijo durante la convivencia de sus progenitores; 3. Los tiempos de permanencia con cada progenitor; 4. Los recursos económicos de ambos progenitores; y 5. La valoración económica de las tareas domésticas y de cuidado asumidas por cada progenitor. Como puede deducirse, los dos primeros criterios tienen por objeto determinar los recursos que requiere el menor para su mantenimiento, mientras que los otros tres indican como deben repartirse las obligaciones entre los progenitores.

Observamos que tanto el tercer criterio como el quinto guardan estrecha relación con la *collocazione* del menor. También la jurisprudencia y doctrina han señalado que deberá tenerse especialmente en cuenta el tiempo de permanencia del menor con cada uno de sus progenitores –es decir, la *collocazione*–. Resulta razonable, pues el progenitor *collocatario* es el que va a alimentar al menor y cubrir sus gastos diarios –de vestido, teléfono, etc.–. Además, hay que tener en cuenta el coste de oportunidad que sufre quien asume de forma preponderante el cuidado de los hijos, pues dedica un tiempo a ello que bien podría destinar por ejemplo a realizar cualquier actividad económica que le reportara un rendimiento dinerario. De hecho, si atendemos al Derecho español, observamos que todas las normas autonómicas que han previsto los criterios para determinar la cuantía de la obligación de alimentos coinciden en incluir entre los mismos el tiempo de permanencia del menor con cada progenitor.

Además, la doctrina italiana ha señalado que debe tenerse en cuenta como un criterio adicional la atribución que se haga del uso de la vivienda familiar. Y es que, aunque el *Codice Civile* no lo mencione expresamente entre los criterios previstos en el artículo 337 *ter.* 5, lo cierto es que al regular el uso de la vivienda familiar señala que su atribución se tendrá en cuenta en la regulación de las relaciones económicas entre los cónyuges – *ex. art. 337 sexies .1*–. Una vez más, se trata de un criterio que también han recogido la mayor parte de normas autonómicas en nuestro país.

Como es obvio, la utilidad de todos los criterios que he mencionado no se limita a los casos en los que se fija una asignación periódica –pese a que esto es lo que parece desprenderse de la ley–. No en vano, la doctrina italiana ha considerado que también pueden extenderse por analogía a los supuestos de mantenimiento directo, sirviendo como instrumento para modular la proporción en la que debe contribuir cada progenitor a los gastos del menor.

En cuanto a los gastos extraordinarios, el *Codice Civile* italiano no recoge ninguna previsión al respecto, por lo que la jurisprudencia ha considerado que resulta aplicable la regla prevista con carácter general en el artículo 337 *ter.* 5. Por ende, se sufragarán según lo que acuerden los progenitores, y, en defecto de acuerdo, ambos deberán contribuir en forma proporcional a sus ingresos. Nuestro [Código Civil](#) tampoco aborda expresamente el modo en el que se debe contribuir a los gastos extraordinarios, por lo que cabe deducir que se sufragarán también de acuerdo al principio de proporcionalidad, por constituir la regla general en materia de alimentos – *ex. arts. [145](#) y [146](#) Cc.* Lo mismo cabe decir en el caso de los ordenamientos autonómicos, pues la mayoría de norma existentes se limitan a remitirse también al principio de proporcionalidad. No obstante, recogen una subcategoría de gastos extraordinarios, a los que se les han dado denominaciones diversas –gastos extraordinarios no necesarios en el caso del Derecho aragonés o gastos voluntarios en el caso de la Ley del País Vasco–, que deberán ser abonados exclusivamente por el progenitor que haya decidido su realización.

Por otro lado, cabe señalar que, pese a que el *Codice Civile* italiano no lo mencione expresamente, la obligación de mantener a la prole –ya sea de forma directa o a través de una asignación periódica– no cesa con la mayoría de edad del hijo, sino que continúa hasta que éste alcance la independencia económica. Lo mismo ocurre al amparo de nuestro [Código Civil](#), con la salvedad de que una vez que los hijos alcanzan la mayoría de edad, ya no se aplicará a la obligación de alimentos el régimen jurídico previsto en sus artículos [90.1 d\)](#), [93](#) y [103.3](#), sino que se regirá por las reglas que se recogen con carácter general para la obligación de alimentos entre parientes – *ex. arts. [142](#) y ss. Cc.* Así lo prevé expresamente el [artículo 93.2](#) del Código Civil. Cabe mencionar en este punto una especialidad propia de los Derechos aragonés y catalán, que prevén la aplicación de las reglas propias de la obligación de alimentos de los padres a sus hijos menores, también a los que, aun siendo mayores de edad o emancipados y capaces, no hayan terminado su formación y carezcan de recursos propios para sufragar sus gastos de crianza y educación – *ex. arts. [69](#) y [77.2 d\)](#) CDFA y arts. [233-1.1 e\)](#), [232-2.4](#) y [233-4.1](#) Cc.Cat.* Por ende, sólo cuando cese dicha situación resultarán de aplicación en Aragón y Cataluña las reglas que recogen los artículos [142](#) y ss. del Código Civil. Como ha puesto de manifiesto Serrano García, ello evita que los hijos mayores o emancipados sin recursos propios tengan que acudir al régimen más exigente de la obligación común de alimentos entre parientes.

### 3. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Antes de la reforma introducida por la Ley n.º 54 de 2006, el artículo 155.4 del *Codice Civile*

señalaba expresamente que el uso de la vivienda familiar debía otorgarse preferentemente al progenitor *affidatario*. En términos semejantes se pronunciaba la Ley del divorcio de 1970 en su artículo 6.6, aunque con un importante matiz: junto al mencionado criterio de preferencia en favor del progenitor *affidatario*, recogía otro, consistente en valorar las condiciones económicas de los cónyuges para tratar de favorecer al más débil. Por ende, cabe extraer que en realidad se preveían dos criterios: la preferencia del progenitor *affidatario* y la necesidad de defender al progenitor más débil económicamente. Sin embargo, la jurisprudencia consideró que el dato clave para atribuir el uso de la vivienda familiar era la *collocazione* del menor.

Como ya he señalado en su momento, cabe entender que a día de hoy el artículo 6.6 de la Ley del divorcio de 1970 todavía mantiene su vigencia, pues no ha sido expresamente derogado con la reforma de 2013 –que, sin embargo, sí ha derogado otros preceptos de dicha norma–. Aunque la jurisprudencia apenas lo aplica, en seguida veremos que hay supuestos en los que puede resultar útil acudir a él.

Con la reforma de 2006, el artículo 155 *quater*. 1 del *Codice Civile* pasó a disponer que la asignación de la vivienda familiar debe llevarse a cabo teniendo en cuenta prioritariamente el interés de los hijos. Dicha regla ha sido recogida también en la redacción actual del *Codice Civile* –*ex. art. 337 sexies .1*–, tras la entrada en vigor del Decreto Legislativo n.º 154 de 2013. Por tanto, en principio se prevé únicamente un criterio: el del interés de los hijos. No obstante, la doctrina ha interpretado que de la expresión «prioritariamente» se deduce que también pueden tenerse en cuenta otros criterios.

En realidad, parece que el dato clave continúa siendo el tiempo que el menor pasa con uno y otro progenitor, o lo que es lo mismo, el régimen de *collocazione* que se establezca. Y es que, el interés del menor en este caso se concreta en un doble objetivo: garantizar que disponga de una vivienda que cubra sus necesidades habitacionales y que, a su vez, le permita conservar su arraigo social, escolar y familiar. Por tanto, lo habitual será que el uso de la vivienda se atribuya al progenitor *collocatario*.

Centrándonos en el Derecho español, para los supuestos en los que se fije un régimen de guarda y custodia exclusiva, el [artículo 96.1](#) del Código Civil establece que, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. En términos semejantes se pronuncian las normas autonómicas que han previsto esta cuestión, aunque todas ellas condicionan la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor custodio a que ello sea lo más conveniente para el interés superior de los menores o de las relaciones familiares. Por tanto, las reglas previstas por los legisladores autonómicos en este punto guardan gran similitud con las que hemos visto que recoge el *Codice Civile* italiano. No en vano, parece bastante razonable que, toda vez que se garantice el interés del menor, pueda no llevarse a cabo atribución alguna del uso de la vivienda familiar o incluso que se asigne al no custodio. En este mismo sentido, también cabe pensar en la posibilidad de que el derecho de habitación del menor pueda garantizarse a través de la atribución de una vivienda distinta de la familiar que satisfaga igualmente su interés.

Pero cabe preguntarse si la posibilidad de no atribuir el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio cabría también al amparo del [artículo 96.1](#) de nuestro Código Civil. Si atendemos a su tenor literal, parece que no resultaría posible adoptar tal solución, pues configura la asignación de la vivienda al progenitor custodio como una regla taxativa y no prevé ninguna excepción. No obstante, conviene recordar que el interés superior del menor es el criterio rector a seguir en la adopción de cualquier decisión que pueda afectarle, por lo que podemos concluir que la atribución del uso de la vivienda familiar al

progenitor custodio estará condicionada también en este caso a que ello sea lo más conveniente a dicho interés. Desde este punto de vista, parece que lo que en realidad hace el legislador español es establecer una presunción *iuris tantum* de que la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor custodio es lo que más beneficia al interés del menor, presunción que podrá ser desmontada cuando se pruebe lo contrario. De hecho, aunque no es frecuente, es posible encontrar algún supuesto en que el Tribunal Supremo se aparta de la regla prevista en el [artículo 96.1](#) del Código Civil.

Volviendo al Derecho italiano, el problema se plantea especialmente en aquellos supuestos –muy escasos en la práctica, pero no por ello desdeñables– en los que se establece una *collocazione* paritaria entre ambos progenitores –la denominada *collocazione alternata*–. En estos casos, normalmente el interés del menor se verá igualmente satisfecho con la atribución del uso de la vivienda a cualquiera de los progenitores, por lo que será necesario tener en cuenta algún criterio adicional. Es aquí donde tiene sentido dar entrada al criterio relativo al cónyuge más débil económicamente que prevé el artículo 6.6 de la Ley del Divorcio de 1970.

El mismo criterio previsto por el Derecho italiano es el que siguen los Derechos autonómicos que han entrado a regular en esta materia. Sin embargo, nuestro [Código Civil](#) no recoge regla alguna respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida, lo que en la práctica se ha resuelto a través de la aplicación analógica de las reglas previstas en los [artículos 96.2](#) –referido a los supuestos de guarda y custodia partida o distributiva–, [96.3](#) –referido a aquellos casos en los que el matrimonio no cuente con hijos en el momento de la ruptura– y [103.1.2](#) –que se ocupa de las medidas previas y provisionales. El primero señala que «(...) *el juez resolverá lo procedente* », mientras que los artículos [96.3](#) y [103.1.2](#) prevén que la asignación del uso de la vivienda se lleve a cabo teniendo en cuenta « *el interés familiar más necesitado de protección* ». Toda vez que el interés familiar más necesitado de protección será normalmente el del cónyuge más débil económicamente, cabe concluir que la solución a la que se llega es también similar a la que recoge el Derecho italiano.

Otro aspecto del Derecho italiano en el que interesa detenerse es el previsto en el artículo 337 *sexies* .1 del *Codice Civile* , que recoge una regla que tiene por objeto atenuar los perjuicios económicos que pueda sufrir el progenitor al que no se le atribuya el uso de la vivienda familiar: que dicha atribución sea valorada a la hora de determinar las relaciones económicas entre los progenitores, teniendo en cuenta el eventual título de propiedad. Con ello, parece que el *Codice Civile* italiano pretende atender especialmente a la difícil situación en la que queda aquel progenitor que, siendo titular exclusivo de la que venía siendo la vivienda familiar, no resulta beneficiado por el derecho de uso.

En el ámbito del Derecho español, una vez más, nuestro [Código Civil](#) guarda silencio respecto a esta posibilidad. Sin embargo, las normas autonómicas han atribuido un contenido económico al derecho de uso de la vivienda familiar y, con base en ello, han establecido mecanismos para compensar al progenitor que se vea privado del uso de la vivienda pese a ser propietario o copropietario de la misma. A tal efecto, la técnica más frecuente a la que se ha recurrido ha sido la de computar la atribución del uso de la vivienda familiar como una contribución en especie, bien para determinar la cuantía que debe aportar cada progenitor para sufragar los gastos de los hijos o bien para calcular la cuantía de la compensación por desequilibrio económico que eventualmente pueda establecerse en favor del cónyuge que resulte beneficiado por el derecho de uso de la vivienda. La [Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio](#) ha ido más allá y en su [artículo 12.7](#) contempla incluso la fijación de una compensación económica directa en favor de

aquel miembro de la pareja que siendo titular o cotitular de la vivienda se vea privado del uso de la misma, para cuyo cálculo deben tenerse en cuenta « *las rentas pagadas por alquiler de viviendas similares y la capacidad económica de los miembros de la pareja* » – una regla semejante a la que se recogía ya en el [artículo 6.1](#) de la anulada Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril–.

Por último, el artículo 337 *sexies* .1 del *Código Civile* italiano prevé las causas por las que cesa el derecho de uso de la vivienda familiar: cuando el titular del derecho de uso no habite la vivienda o deje de habitarla establemente, cuando conviva *more uxorio* con un tercero o cuando contraiga nuevo matrimonio. Las mismas causas se recogían en el viejo artículo 155 *quater*. 1 antes de la entrada en vigor del Decreto Legislativo n.º 154 de 2013.

En cuanto al abandono de la vivienda, no plantea demasiados problemas, ya que si se deja de habitar la casa, ésta pierde su condición de «vivienda familiar», por lo que parece lógico que cese también el derecho de uso sobre la misma. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que para que conlleve la extinción del uso de la vivienda, se exige que el abandono tenga un carácter estable, por lo que no resultarán relevantes los abandonos temporales – viajes, hospitalizaciones, etc.–.

Respecto a las dos últimas causas de extinción del derecho de uso de la vivienda familiar – convivencia *more uxorio* con un tercero o celebración de ulterior matrimonio–, han causado cierta perplejidad en la doctrina italiana, ya que se trata de circunstancias que nada tienen que ver con el interés superior del menor –que como ya he señalado, es el criterio fundamental al que debe atenderse–. Y es que, del tenor literal de la ley parece deducirse que la pérdida del derecho es automática, sin que el juez tenga potestad para resolver en sentido diferente. No obstante, la jurisprudencia ha llevado a cabo una interpretación flexible –y en cierto modo correctora– de la norma y ha señalado que la revocación del derecho de uso no es automática, sino que está supeditada a que con ello no se perjudique el interés superior del menor. En concreto, la *Corte Costituzionale* italiana ha manifestado que, en estos supuestos, el juez deberá volver a valorar la situación para determinar si procede una modificación de la atribución del uso de la vivienda familiar.

Incluso, por la misma razón que he expuesto en el párrafo anterior –por comprometer el interés superior del menor–, se ha puesto en duda la legitimidad que tendría un acuerdo suscrito por las partes en el que previeran que, en el caso de que el progenitor *collocatario* comience a convivir *more uxorio* con un tercero o contraiga nuevo matrimonio, pierda automáticamente el uso de la vivienda familiar.

En el caso del [Código Civil español](#), no se prevé que la convivencia *more uxorio* con un tercero o la celebración de ulterior matrimonio constituya una causa de extinción del derecho de uso de la vivienda familiar. Además, con carácter general, nuestro Tribunal Supremo no se muestra partidario de decretar la extinción del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Aunque en ocasiones sí parece haber llegado a tal solución, lo cierto es que ha sido en supuestos en los que concurrían también otras circunstancias, como por ejemplo que el progenitor que tiene atribuido el uso haya adquirido otra vivienda junto a su nueva pareja. En realidad, en este último caso parece que la razón de la extinción del derecho de uso de la vivienda no es tanto la convivencia con un tercero como el hecho de que se deje de residir habitualmente en la misma, lo que, como ya he mencionado, hace que pierda su condición de vivienda familiar –y, por ende, ya no tendría razón de ser que mantuviera el derecho de uso sobre la misma–.

A nivel autonómico, las normas vasca y catalana son las únicas que se refieren a la repercusión que puede tener la convivencia del beneficiario del derecho de uso con un

tercero, y lo hacen de un modo diverso. Así, la [Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio](#) se asemeja al *Codice Civile* italiano y prevé que la convivencia con un tercero supone en todo caso una causa de extinción del derecho de uso sobre la vivienda – ex. [art. 12.11 d\)](#)–; mientras que el [Código Civil de Cataluña](#) sólo admite que pueda constituir una causa de extinción de dicho derecho de uso en los casos en los que éste se haya atribuido con base en el interés del progenitor más necesitado de protección – ex. [art. 233-24.2 b\)](#) Cc.Cat.; y no, por tanto, en aquellos supuestos en los que la vivienda se haya asignado a un progenitor por razón de tener a los hijos a su cargo. A mi modo de ver, la postura adoptada por el legislador catalán en este punto es bastante más coherente, pues como ya he anticipado al referirme a la norma italiana, resulta difícilmente justificable desde el punto de vista del interés del menor que los hijos se vean privados del uso de la vivienda por el mero hecho de que el progenitor a cuyo cargo estén comience a convivir con un tercero.

## V. ABREVIATURAS

**AP:** Audiencia Provincial.

**App. :** Corte d'Appello (Tribunal de Apelación italiano).

**Cass. :** Corte di Cassazione (Tribunal Supremo italiano).

**Cc.:** Código Civil español.

**Corte Cost. :** Corte Costituzionale (Tribunal Constitucional italiano)

**Lec. :** Ley de Enjuiciamiento Civil española.

**TC:** Tribunal Constitucional español.

**Trib. :** Tribunale (Tribunal ordinario italiano).

**Trib. Min. :** (Tribunal de menores italiano).

**TS :** Tribunal Supremo español.

**TSJ :** Tribunal Superior de Justicia.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

Ansaldo, Anna, «Il divorzio», en: *Affidamento condiviso e diritti dei minori – coord. Dogliotti, Massimo*–, Lex Nova, Torino, 2008, pp. 173-188; Arceri, Alessandra, «Affidamento esclusivo, affidamento condiviso, affidamento a terzi: confini tra le diverse tipologie di affidamento nella recente giurisprudenza di legittimità», *Famiglia e Diritto* , fasc. 7, 2012, pp. 1-7; Arceri, Alessandra, «Il contenuto dell'affidamento esclusivo ed il potere del giudice di conformazione della responsabilità genitoriale», *Famiglia e Diritto* , fasc. 1, 2016, pp. 1-9; Astiggiano, Flavio, «Affidamento condiviso, inidoneità dei genitori e possibilità di affidamento del minore a terzi», *Famiglia, persone e successioni* , fasc. 10, 2012, pp. 1-8; Auletta, Tommaso, «L'attuazione dei principi sull'affidamento dei figli nella crisi familiare a sei anni dall'entrata in vigore della nuova disciplina», *Famiglia, persone e successioni*, fasc. 6, 2012, pp. 1-16; Basini, Giovanni Francesco, «Crisi tra i genitori e affidamento condiviso. Gli aspetti di diritto sostanziale (art. 337 ter c.c.)», *Codice Commentato di famiglia, minori e soggetti deboli* –Basini, Giovanni Francesco, Bonilini, Giovanni y Confortini, Massimo–, Utet Giuridica, 2014, pp. 1137-1173; Batà, Antonella y Spirito, Angelo, «Separazione personale dei coniugi e affidamento dei figli minori», *Famiglia e*

*Diritto* , fasc. 4, 2002, pp. 1-3; Batà, Antonella y Spirito, Angelo, «Separazione dei coniugi e affidamento dei figli», *Famiglia e Diritto* , fasc. 1, 2012, pp. 1-2; Carbone, Vincenzo, «Divorzio e affidamento condiviso», *Corriere Giuridico* , fasc. 9, 2012, pp. 1-3; Carbone, Vincenzo, «Affidamento condiviso e interesse del minore», *Corriere Giuridico* , fasc. 7, 2012, pp. 1-2; Carbone, Vincenzo, «Separazione, affidamento condiviso e obbligatorietà dell'audizione del minore», *Corriere Giuridico* , fasc. 7, 2013, pp. 1-3; Casaburi, Gianfranco, «I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): primi istruzioni per l'uso», *Giurisprudenza di Merito* , 2006, pp. 1-43; Cascone, Ciro, «Affidamento alternato? una pia illusione. Duplica i problemi nella gestione dei figli», *Diritto & Giustizia* , fasc.8, 2005, pp. 1-6; Cicero, Cristiano, «Principio di bigenitorialità, conflitto di coppia e sindrome da alienazione parentale», *Diritto di Famiglia e delle Persone* , fasc. 3, 2013, pp. 1-11; Cubeddu, Maria Giovanna, «Accordi sull'affidamento dei figli, riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti urgenti», *Rivista del notariato* , fasc.1, 2010, pp. 1-10; De Filippis, Bruno, *Affidamento condiviso del figli nella separazione en el divorcio* , Cedam, Padova, 2006; De Torres Perea, José Manuel, «Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* , N.º 4, 2011; Diez-Picazo y Ponce de León, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (tomo I): Derecho de familia* , Tecnos, Madrid, 2012, 11.ª ed.; Di Lallo, Alice, «Minore collocato dalla madre perché maggiormente in grado di garantire il diritto alla bigenitorialità», *Diritto & Giustizia* , fasc.10, 2016, p. 4; Dogliotti, Massimo, «Affidamento condiviso e individuale», en: *Affidamento condiviso e diritti dei minori – coord. Dogliotti, Massimo–*, Lex Nova, Torino, 2008, pp. 47-68; Fava, Giovanna, «Quando l'affido condiviso non funziona: dalla sanzione all'affido esclusivo con esclusione dall'esercizio della potestà», *Giurisprudenza di merito* , fasc.12, 2008, pp. 1-6; Febbrajo, Tommaso, *Crisi della famiglia e diritto alla «bigenitorialità»: L'affidamento dei figli dopo la legge n. 54/2006* , eum, 2008; Ferrando, Gilda, «L'assegnazione della casa familiare», en: *Affidamento condiviso e diritti dei minori – coord. Dogliotti, Massimo–*, Lex Nova, Torino, 2008, pp. 99-150; Figone, Alberto, «L'affidamento al Comune del figlio minore in sede di separazione», *Famiglia e Diritto* , fasc. 4, 2003, pp. 1-3; Fioravanti, Chiara Daniela, «Separazione personale: assegno per il coniuge e affidamento dei figli», *Famiglia e Diritto* , fasc. 1, 2002, pp. 1-10; Fiorini, Marcella, «Autonomia privata e affidamento condiviso», *Rivista del Notariato* , fasc.1, 2007, pp. 1-22; Gelli, Rebecca, «Affidamento della prole», *Famiglia e Diritto* , fasc. 2, 2005, 2, pp. 1-15; Giuliano, Simonetta, «Il mantenimento dei figli minori», en: *Affidamento condiviso e diritti dei minori – coord. Dogliotti, Massimo–*, Lex Nova, Torino, 2008, pp. 69-80; Grassi, Claudia, «Potestà genitoriale e affidamento della prole», *Giustizia Civile*, fasc.10, 2008, pp. 1-28; Guilarte Martín-Calero, Cristina, «La custodia compartida alternativa: Un estudio doctrinal y jurisprudencial», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* , N.º 2, 2008; Irti, Claudia, *Affidamento condiviso e casa familiare* , Jovene Editore Napoli, 2010; Lenti, Leonardo, «L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo», *CEDAM: La nova giurisprudenza civile commentata* , Anno XXXII, N.º 1, 2016, pp. 148-158; Longo, Franco, «Diritti del minore, mediazione familiare e affidamento condiviso», *Famiglia e Diritto* , fasc. 1, 2003, pp. 1-11; López Ordinales, Julio Jesús, «Custodia compartida. Cuestiones procesales», en: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida – dirs. Saravia González, Ana María y García Criado, Juan José –*, Estudios de Derecho Judicial, N.º 147, 2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 249-311; Manera, Giovanni, «Se un'elevata conflittualità tra i genitori (uno dei quali tacciato di omosessualità) escluda l'applicazione in concreto dell'affidamento condiviso», *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fasc. 4, 2007, pp. 1-11; Marín García de Leonardo, María Teresa, «Una visión crítica de la regulación de la guarda y custodia compartida», en: *Pensamientos jurídicos y palabras dedicadas a Rafael Ballarín – coords. Atienza Navarro, María Luisa, Evangelio Llorca, Beatriz; Mas Badía, María Dolores; y Montes Rodríguez, María Pilar–*, Universidad De Valencia, 2009, pp. 583-594; Martinelli, Paolo y Mazza Galanti, Francesco, «L'ascolto del minore», en: *Affidamento condiviso e*

*diritti dei minori* – coord. Dogliotti, Massimo–, Lex Nova, Torino, 2008, pp. 231-260; Martínez Calvo, Javier, «Determinación del régimen de guarda y custodia: criterios jurisprudenciales (A propósito de la [Sentencia del Tribunal Supremo n.º 257/2013, de 29 de abril](#) (RJ 2013, 3269))», *La Ley Derecho de Familia*, mayo, 2015, pp. 1-25; Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos, «La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres», *Actas de los vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2010, pp. 133-176; Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos, «Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio», en: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* – coord. Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos – , Edisofer, 2016, 5.ª ed., pp. 187-222; Merello, Simone, «I rapporti personali tra genitori e figli», *Diritto di famiglia e delle persone*, fasc. 3, 2003, pp. 1-17; Montaruli, Valeria, «L'interesse del minore nell'affidamento, tra responsabilità e libertà», *Giurisprudenza Italiana*, 1996, fasc. 4, pp. 1-12; Monterroso Casado, Esther y Goñi Rodríguez de Almeida, María «Análisis de la regulación legal de la custodia compartida tras la separación y el divorcio: una propuesta de *lege ferenda* », *CEFLegal: Revista Práctica del Derecho*, núm. 131, 2011, pp. 5-58; Morello di Giovanni, Donatella, «Affidamento congiunto nella separazione personale tra i coniugi», *Famiglia e Diritto*, fasc. 5, 1997, pp. 1-2; Moreno Velasco, Víctor, «La exploración de menores en los procesos de nulidad, separación y divorcio», *La Ley*, N.º 7378, 2010, tomo 3, pp. 1434-1439; Napoli, Gaetano Edoardo, «L'interesse del minore a vivere con uno solo dei genitori nel quadro delle tendenze normative verso la bigenitorialità», *Diritto di famiglia e delle persone*, fasc. 1, 2009, pp. 1-11; Rivero Hernández, Francisco, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000; Romero Coloma, Aurelia María, «La guarda y custodia compartida y las malas relaciones entre los progenitores», *Revista de derecho de familia*, N.º 53, 2011, pp. 293-296; Romero Coloma, Aurelia María, «La audiencia y exploración de los hijos menores de edad en los procesos matrimoniales», *La Ley*, N.º 7956, 2012, tomo 4, pp. 1245-1251; Sacchetti, Lamberto, «Dell'affidamento congiunto imposto», *Famiglia e Diritto*, fasc. 3, 2003, 3, pp. 1-6; Savoia, Renato, «Nei procedimenti di affidamento ai genitori il minore deve essere ascoltato», *Diritto & Giustizia*, fasc. 0, 2013, pp. 1-2; Savorani, Giovanna, «L'affidamento super-esclusivo in talune circostanze è l'unico mezzo per tutelare l'interesse del figlio minore», *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, fasc. 12, 2014, pp. 1-10; Serrano García, José Antonio, «La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia», *Actas de los vigesimosegundos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2012, pp. 181-294; Serrano García, José Antonio, «Guarda y custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón», en: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?* – coords. Bayod López, María del Carmen y Serrano García, José Antonio – , Institución Fernando el Católico, 2013, pp. 13-86; Serrano García, José Antonio, «La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos de padres separados, en particular en la custodia compartida», *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, N.º 35, 2014, pp. 47-54; Sesta, Michele, *Diritto di famiglia*, Podova, 2003; Tamayo Haya, Silvia, «El ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia en la reforma del Derecho Civil en materia matrimonial», en: *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI* – coord. Lasarte Álvarez, Carlos –, Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, N.º 27-29, junio 2005, El Derecho, Madrid, 2005, pp. 741-752; Tena Piazuelo, Isaac, «La ruptura de pareja con hijos: la opción por la custodia compartida», en: *Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia*, Universidad de Montevideo, 2008, pp. 45-65; Vaglio, Sergio, «Affidamento dei figli nella separazione e nel divorzio», *Famiglia e Diritto*, 1995, 3, pp. 1-7; Vecchi, Alessandro, «Conferma da piazza cavour: l'affidamento condiviso è la regola, quello esclusivo è l'eccezione», *Diritto e Giustizia online*, fasc. 0, 2010, pp. 1-3; Verdura Izquierdo, Beatriz, «Cuestiones de Derecho de Familia ante la violencia de género», *Revista de derecho de familia*, N.º 47, 2010, pp. 49-76; Zarraluqui Navarro, Luis, «La guarda y custodia compartida: pautas para su correcta aplicación», *Economist & Jurist*, Vol. 14, N.º

104, 2006, pp. 60-66; Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja: Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados*, Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2013.