



Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2019/2020
Convocatoria: Julio

«ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR
EN EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA»

«ATTRIBUTION OF THE RIGHT OF USE THE FAMILY HOME IN THE
REGIME OF SHARED CUSTODY»

Realizado por el alumno D. Francisco Javier García Morales.

Tutorizado por el profesor Dr. Luis Javier Capote Pérez

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Civil

RESUMEN

El propósito de este trabajo ha sido el estudio de la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar tras la crisis familiar de convivencia con hijos menores de edad, así como los criterios de atribución, principalmente en supuestos de guarda y custodia compartida, y también en supuestos de guarda y custodia en exclusiva con o sin acuerdo. Además, las diferentes soluciones previstas por el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, como la vivienda nido, así como también las soluciones previstas en el Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en casos de nulidad, separación y divorcio.

Palabras clave: Vivienda familiar, derecho de uso, custodia compartida, derecho de familia

ABSTRACT

The purpose of this work has been the study of the attribution of the right of use the family home after a crisis of family life with minor children, as well as the attribution requirements, mainly in cases of shared custody, and also in cases of exclusive custody with or without agreement. In addition, the different solutions provided by the legal system and jurisprudence, like nest home, as well as those provided by the draft law related to the exercise of parental corresponsibility in cases of nullity, separation and divorce.

Keywords: Family home, right of use, shared custody, family law



I.- SUMARIO

I.- SUMARIO	1
II.- ABREVIATURAS	2
III.- INTRODUCCIÓN	3
IV.- EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR COMO CONSECUENCIA DE LA CRISIS FAMILIAR DE CONVIVENCIA.....	5
V.- GUARDA Y CUSTODIA COMO ELEMENTO CONDICIONANTE PARA LA ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR	15
VI.- LA ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.....	32
VII.- EL ANTEPROYECTO DE LEY DE SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL	45
VIII.- CONCLUSIONES	50
IX.- BIBLIOGRAFÍA	53



II.- ABREVIATURAS

Art.	Artículo (s)
AC	Aranzadi civil
Cc.	Código civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
JUR	Jurisprudencia Aranzadi
Lec	Ley de enjuiciamiento civil
Loc. cit.	En el lugar citado (Loco citato)
Op. cit.	En la obra citada (Opere citato)
Pág.	Página (s)
RJ	Repertorio de jurisprudencia
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia



III.- INTRODUCCIÓN

Donde hay sociedad, hay derecho. Y donde hay derecho, hay una sociedad cambiante. Una sociedad que empuja a la constante adaptación del derecho para prever y regular su realidad. Con esta premisa aborda el Derecho de Familia la regulación legal del derecho de uso de la vivienda familiar y su atribución sobre los progenitores. Un Derecho de Familia que es mutante, que no es estático, y que ante la ruptura de la convivencia de la pareja con hijos menores de edad y la falta de precisión en la regulación prevista en el art. 96 Cc, se adapta, por vía jurisprudencial, a las demandas de la sociedad del momento.

El ordenamiento jurídico, por esta mencionada vía jurisprudencial, garantiza los vínculos fraternales del menor con los progenitores y el desarrollo personal de este en condiciones similares a las habidas antes de la ruptura de la convivencia. Para ello, los tribunales establecen una serie de criterios y requisitos que, tras interpretar la legislación vigente, serán de aplicación en los procesos sobre atribución del derecho de uso de la vivienda familiar. Estos últimos estarán condicionados por la previa atribución de la guarda y custodia de los menores en cualquiera de los modelos de guarda y custodia previstos por el ordenamiento, entre los que destacan principalmente los modelos de guarda y custodia en exclusiva por un progenitor, con régimen de comunicación, visita y estancia para el progenitor no custodio; como el régimen de guarda y custodia compartida entre ambos progenitores, con similares derechos, obligaciones y tiempos de convivencia alterna entre estos y el menor.

Con relación a este último modelo, de guarda y custodia compartida, adquiere una especial relevancia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, quien en sentencia número 257/2013, de 29 abril (RJ 2013\3269) declara este como el régimen deseable y más favorable para garantizar el interés superior del menor. Es por ello que ante este nuevo escenario se aplica analógicamente la norma y se adaptan los efectos jurídicos ocasionados por la ruptura de la convivencia, antes previstos principalmente para el modelo de guarda y custodia en exclusiva de un



progenitor, al modelo de guarda y custodia compartida, generando nuevos escenarios no previstos por el ordenamiento en lo referido a la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar, como puede ser la propia alternancia del menor entre los domicilios de los progenitores, o también otras figuras resultantes como son el modelo de anidación o vivienda nido.

La vivienda nido es el resultado jurídico de adaptar la regulación del derecho de uso de la vivienda familiar, previsto para los supuestos de guarda y custodia en exclusiva, sobre el modelo de guarda y custodia compartida. Esta atribución del derecho de uso de la vivienda familiar concibe un nuevo paradigma jurídico donde el hijo menor de edad reside en la vivienda familiar, mientras que son los progenitores los que rotan su convivencia con este, evitando así el perjuicio que ocasiona sobre el menor la constante alternancia domiciliaria fruto de la crisis familiar de convivencia entre sus progenitores.

El objeto de este trabajo consiste en el estudio, por vía jurisprudencial, de la regulación legal del derecho de uso de la vivienda familiar, así como su atribución según el modelo de guarda y custodia establecido previamente, con especial incidencia en el régimen de guarda y custodia compartida. Será también parte del estudio los criterios que se establecen, por vía jurisprudencial, para la atribución de este derecho de uso, las diferentes soluciones previstas por los tribunales según la titularidad de la vivienda y el régimen de guarda y custodia establecido previamente, los supuestos excepcionales de vivienda nido así como de convivencia conjunta de facto, así como la influencia de la jurisprudencia y los diferentes derechos forales en el desarrollo del «anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia» para la adaptación de este derecho a las demandas de la sociedad vigente.



IV.- EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR COMO CONSECUENCIA DE LA CRISIS FAMILIAR DE CONVIVENCIA

El derecho de uso de la vivienda familiar es un derecho de uso temporal de la vivienda, el cual nace como consecuencia de la ruptura del proyecto común familiar y la imposibilidad de continuar conviviendo conjuntamente los miembros de la pareja ya disuelta. Este derecho de uso es entendido como una limitación contemplada en el ordenamiento jurídico para el ejercicio del derecho de propiedad, según lo establecido en el art. 348 Cc en relación con el 33 CE¹.

Con respecto a la naturaleza de este derecho, se declara en sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1994 que «*no tiene en sí mismo considerado la naturaleza de derecho real*», entendiéndose que cabe el otorgamiento de este con independencia de la titularidad de la vivienda², la cual puede ser determinada posteriormente en un proceso de liquidación del régimen económico matrimonial, según lo dispuesto en el art. 95 Cc.

No obstante, ese mismo año, en sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1994, también se prevé este como un «*derecho real familiar*³» por lo que se concluye que no es un derecho real propiamente dicho⁴, sino que su principal características radica en entenderlo tanto como un derecho familiar y personal, por otorgarse al menor y al progenitor en cuya guarda y custodia quede este, o subsidiariamente aquel progenitor que ostente el interés más necesitado de

¹ Establece el art. 33 CE que «*se reconoce el derecho a la propiedad privada [...] la función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo a las leyes*». En esta misma línea se pronuncia el art. 348 Cc al entender que «*la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*», siendo esta limitación fruto de una ponderación entre el «favor filii» y el propio derecho de propiedad. Esta limitación en la disposición también puede encontrarse en el art. 1320 Cc, al entender que «*para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial*».

² STS número 390/1994, de 29 de abril (RJ 1994\2978), fundamento de derecho cuarto.

³ Aparece previsto así en el fundamento segundo de la STS número 905/1994, de 18 octubre (RJ 1994\7722), el cual resalta el valor familiar como elemento determinante de este derecho de uso.

⁴ Así es reconocido en la STS número 390/1994, de 29 de abril (RJ 1994\2978), al declarar que «*el derecho de uso de la vivienda común [...] no tiene en sí mismo considerado la naturaleza de derecho real, pues se puede conceder igualmente cuando la vivienda está arrendada y no pertenece a ninguno de los cónyuges*».



protección; así como entenderlo también como un derecho de carácter provisional y patrimonial, por tener este una duración limitada tanto en el tiempo, como condicionado por las circunstancias que permitieron su otorgamiento, sin vaciar de contenido el derecho de propiedad sobre el que recae este, el cual se ha limitado temporalmente⁵.

El fundamento jurídico del derecho de uso de la vivienda familiar es el mantenimiento, en la medida de lo posible, de las condiciones preexistentes a la ruptura de la convivencia de la pareja⁶. En especial, al mantenimiento de las condiciones de desarrollo y entorno que repercute sobre los hijos menores de edad de la pareja, el cual el ordenamiento busca proteger sobre cualquier otro interés, que quedará subordinado a este⁷. Entre estas condiciones necesarias para el desarrollo del menor se encuentran aquellas previstas en el ordenamiento como obligaciones de alimentos, según lo dispuesto en el art. 93 Cc en relación con el 142 Cc⁸. Como se recoge en estos artículos, los alimentos son obligaciones personalísimas previstas por la ley, de carácter patrimonial, pero con una finalidad solidaria y personal entre el alimentista que los recibe y el deudor con el cual tiene un determinado vínculo, de carácter matrimonial o parentesco, reconocido por el ordenamiento. Es dentro de estas obligaciones legales previstas como alimentos

⁵ CERVILLA GARZÓN, María Dolores, «Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día» *Indret: revista para el análisis del derecho*, 2017, pág. 4-15.

⁶ La STS número 565/2009, de 31 julio (RJ 2009\4581) desarrolla esta idea a partir del concepto de «statu quo» entendiéndolo como un «*statu quo material y espiritual del menor e incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro: cambio de residencia y entorno personal, de colegio y compañeros, de amigos y parientes, de (sistema de) educación, o en la salud física o psíquica [...]*».

⁷ SALAZAR BORT, Santiago, «*La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*», Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 67, donde relaciona el mantenimiento de ese «statu quo» con el principio de interés superior del menor o «favor filii»

⁸ El propio art. 93 Cc recoge que «*el juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar [...] necesidades de los hijos en cada momento*». A estos alimentos se refiere el art. 142 Cc al entenderlos como «*todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica [...] comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad [...]*». En la misma línea se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia número 151/2000, de 23 febrero (RJ 2000\1169).



donde se encuentra, con especial consideración de estudio, la determinación de la habitación del menor, y donde tiene encaje legal el derecho de uso de la vivienda familiar y su atribución.

La regulación del derecho de uso de la vivienda familiar y su atribución sobre los progenitores posee un desarrollo legal donde prima, en primer momento, la autonomía de la voluntad de las partes. No obstante, esta autonomía será tutelada por el juez, quien garantiza que dicha solución a la controversia, alcanzada por acuerdo previo de los progenitores o impuesta por el juez, satisface los intereses necesitados de mayor protección. Dentro del ordenamiento, estas disposiciones se encuentran previstas en el art. 90.1.c Cc para aquella atribución que es alcanzada de mutuo acuerdo por medio de la figura del convenio regulador, así como en el art. 96 Cc para aquella atribución de uso de la vivienda familiar prevista en supuestos donde no se haya alcanzado un acuerdo entre los progenitores, o bien este acuerdo no recoge la solución más beneficiosa para el interés necesitado de mayor protección. Ambas soluciones, sean por acuerdo o sin este, son tuteladas por el propio juez en garantía del interés necesitado de mayor protección.

Si bien en ambos supuestos se regula la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar, este trabajo se centra principalmente en el segundo supuesto, de atribución del derecho de uso sin acuerdo alcanzado entre los progenitores de un menor de edad, por entender una mayor complejidad provocada por una falta de precisión legislativa en el desarrollo de este, en comparación con la seguridad jurídica resultante del primer supuesto, donde la atribución del derecho de uso es alcanzada por medio del mencionado convenio regulador tutelado por el propio juez, del cual se hará mención también en epígrafes posteriores.

Sobre este derecho de uso de la vivienda familiar, la jurisprudencia, ante la falta de precisión del legislativo en su regulación del art. 96 Cc, ajusta este a la realidad al establecer una serie de requisitos que permiten reconocer la existencia de este derecho, así como criterios para su posterior atribución sobre los



progenitores. Entre estos requisitos que permiten reconocer este derecho de uso se encuentran:

1.- La crisis familiar en la convivencia

Entendida como la ruptura intervivos de la convivencia de la pareja, esta genera una serie de efectos civiles, teniendo especial consideración aquellos que repercuten sobre el hijo menor de edad.

El ordenamiento jurídico regula tanto la unión matrimonial como la posterior disolución de esta, inter vivos, por medio de la institución del divorcio⁹. Ambas instituciones, tanto de unión como de ruptura, generan una serie de medidas y efectos civiles, entre los cuales se encuentra la atribución de la guarda y custodia del menor, las obligaciones de alimentos, la pensión compensatoria, así como la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar como consecuencia de la ruptura de la convivencia familiar¹⁰. Estos efectos también coexisten en la institución de la separación, que si bien genera los mismos efectos de facto de ruptura de la convivencia familiar, esta no ocasiona la extinción de iure de los efectos del vínculo matrimonial¹¹.

No obstante, ante la realidad social y la existencia de parejas con hijos menores de edad no unidas por vínculo matrimonial, la jurisprudencia ha extendido los efectos civiles generados por la crisis familiar, en aplicación analógica, también a las parejas de hecho, pero solo en los supuestos en que existan hijos menores de edad y en ponderación del interés superior de estos¹². Esta solución ha permitido

⁹ Ambas instituciones se encuentran recogidas en el art. 49 Cc, para el matrimonio; como en el art. 85, para el divorcio, teniendo su desarrollo legal en la ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio.

¹⁰ Todas estas medidas se encuentran en el libro I, capítulo IX del Cc, con la rúbrica «de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio».

¹¹ La regulación de la institución de la separación se encuentra en libro I, capítulo VII del Cc, con la rúbrica «de la separación» y en la misma ley 15/2005, de 8 de julio, sobre separación como la del divorcio.

¹² El ordenamiento no realiza una equiparación entre el matrimonio y las parejas de hecho. No obstante, si de iure existe una equiparación jurídica entre los hijos matrimoniales y los hijos extramatrimoniales, esta también existirá en los efectos que en su garantía se desplieguen. Por lo tanto, estos efectos de la crisis matrimonial solo serán aplicables analógicamente a las parejas de



extender dichos efectos a cualquier consideración de familia permitida por el ordenamiento jurídico, exigiendo a todas ellas idénticos requisitos para su aplicación¹³.

2.- La garantía del interés más necesitado de protección

La garantía del interés más necesitado de protección se identifica, en un primer momento, con la protección del interés superior del menor. Esta garantía se configura, junto con la crisis familiar de convivencia, como un requisito para la aplicación del derecho de uso de la vivienda familiar según lo previsto en el art. 96 Cc. La jurisprudencia engloba en el concepto de «menor» a aquellos hijos de la pareja que se encuentren en minoría de edad, con independencia de su filiación¹⁴, así como también incluye en dicho concepto a los menores que se encuentren incapacitados judicialmente¹⁵. El ordenamiento entiende que ambos son los sujetos que revisten una mayor vulnerabilidad resultante de la ruptura de los progenitores, siendo por esto que establece una especial protección sobre ellos por encima de los intereses de ambos progenitores¹⁶.

hecho en los supuestos en que existan hijos menores de edad. Ello se encuentra en las sentencias del Tribunal Supremo número 5/2015, de 16 enero (RJ 2015\355), y número 701/2004, de 7 julio (RJ 2004\5108), así como en aplicación de los art. 10 CE, de libre desarrollo de la personalidad; como en aplicación del art. 14 CE, de igualdad ante la ley. En el mismo sentido, a lo largo del ordenamiento se encuentran articulados que equiparan ambas relaciones. Así encontramos el art. 831.6 Cc, así como lo dispuesto también en los diferentes derechos forales.

¹³ UREÑA CARAZO, Belén, «Ruptura de la pareja de hecho y uso de la vivienda familiar: análisis de la jurisprudencia más reciente», *Diario La Ley*, nº 8614, Editorial La Ley, 2015, pág. 6, que realiza un análisis de la STS número 221/2011, de 1 abril (RJ 2011\3139), entendiendo que pondera el interés superior del menor sobre la no existencia del matrimonio. En el mismo sentido se pronuncia, en el fundamento de derecho tercero de la STS núm. 340/2012, de 31 mayo (RJ 2012\6550), al declarar que «la aplicación del Art. 96 Cc a las rupturas de convivencias de hecho con hijos exige que se cumplan los mismos requisitos exigidos en la propia disposición».

¹⁴ El art. 39.2 CE equipara la filiación por naturaleza con la filiación por adopción al establecer que «los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación [...]».

¹⁵ En este sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo número 451/2011, de 21 junio (RJ 2011\7325) y número 167/2017, de 8 marzo (RJ 2017\1633), así como reconocido en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, así como en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad.

¹⁶ Ello es así dispuesto en el fundamento de derecho cuarto y quinto de la STS número 221/2011, de 1 abril (RJ 2011\3139).



No existe en el ordenamiento un concepto concreto de interés superior del menor. El Tribunal Supremo lo ha entendido, en sentencia de 27 de octubre de 2014, como un «*criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, sin bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso*¹⁷». Consecuencia de esta falta de un concepto determinado por el legislativo, el interés superior del menor aparece previsto en diferentes textos jurídicos, el cual adoptará una naturaleza jurídica concreta según la casuística, pudiendo entenderse este como un derecho propio del menor, que le permite decidir y manifestar su voluntad sobre aquellas materias que le repercuten; como un principio jurídico imperativo, que existiendo diferentes interpretaciones normativas permite ajustarse a la más beneficiosa para el menor; como una norma procedimental, que delimitará la actuación de los órganos y sujetos responsables, así como un punto de referencia sobre el cual versará la previa determinación de la guarda y custodia de dicho menor y la posterior atribución de medidas sobre este¹⁸. Independientemente de su naturaleza, el interés superior del menor englobará al anteriormente mencionado «*statu quo*» que busca preservar el derecho de uso de la vivienda familiar y que engloba tanto las circunstancias personales concretas de los progenitores, como las afectivas para con los hijos menores, así como las circunstancias materiales y sociales, según lo establecido en la jurisprudencia¹⁹.

¹⁷ Ello es reconocido en el fundamento de derecho octavo de la STS número 582/2014, de 27 octubre (RJ 2014\5183), dejando la concreción y desarrollo al propio juez. No obstante, existen otras sentencias en la misma línea, como son la anteriormente mencionada STS número 221/2011, de 1 abril (RJ 2011\3139), así como su determinación como «*favor filii*» previsto en la STS de 17 septiembre 1996 (RJ 1996\6722).

¹⁸ Ello se encuentra en la STS número 94/2010, de 10 marzo (RJ 2010\2329), así como también en la Declaración de los derechos del niño de 1959, la Convención de los derechos del niño de 1989, así como, internamente, en el art. 39.4 de la CE, como en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

¹⁹ STS número 426/2013 de 17 junio (RJ 2013\4375), en su fundamento de derecho primero, al declarar que «*el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sino similar si parecido al que disfrutaba*



La Declaración de los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1959, establece en su principio VII que *«el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tiene la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe en primer término a los padres»*. No obstante, si bien el ordenamiento jurídico permite disposiciones por parte de los progenitores en relación con interés superior del menor, estos acuerdos quedarán supeditados a la tutela del juez, a quien vincula como garante de ello²⁰, y según recoge el art. 90.2 Cc, estableciendo que *«los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges»*.

Es en este último artículo que, junto con el art. 67 Cc y una interpretación extensiva y no automática del art. 96 Cc, se prevé un efecto irradiado de la garantía del interés más necesitado de protección²¹. En este supuesto, cuando el interés superior del menor ya ha sido satisfecho, subsidiariamente se atenderá al interés superior de la familia o, en los mismos términos, al interés del progenitor más necesitado de protección²². Ello es así por entender a ambos progenitores como figuras determinantes en el desarrollo del menor, y cualquier perjuicio sobre estos repercutirá, a modo de reflejo, sobre los vínculos fraternales con el menor. Entre estos supuestos se encuentra, por ejemplo, la falta de poder adquisitivo del progenitor no custodio que no le impide acceder a una vivienda, la no titularidad de

hasta ese momento». En el mismo sentido se han pronunciado sentencias posteriores, como es la sentencia número 191/2011, de 29 marzo (RJ 2011\3021) entre otras.

²⁰ Previstas estas en todas las disposiciones relacionadas con las facultades de los padres sobre los hijos, como son los art. 159, 90-96 o 103 Cc entre otros, como también en la STS de 17 septiembre 1996 (RJ 1996\6722).

²¹ VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, «Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar: La necesidad de vivienda», *Indret: revista para el análisis del derecho*, 2016, pág. 6, 19, 43.

²² PINTO ANDRADE, Cristóbal, «La atribución judicial de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad», *Revista jurídica de Castilla y León*, 2013, número 30, pág. 9.



la vivienda familiar o viviendas secundarias, el diagnóstico de una enfermedad grave, así como otros establecidos por la jurisprudencia²³.

Al ser un juicio ponderativo entre el interés más necesitado de protección y el derecho de propiedad del titular, cuando la garantía de protección del primero está satisfecha, las circunstancias ponderarán en favor del propietario del bien, al entender que no existe limitación sobre su título de propiedad. Esto será relevante en los procesos de atribución del derecho de uso de la vivienda familiar, con mayor presencia en los modelos de guarda y custodia compartida, donde el interés superior del menor es relativo, teniendo especial consideración el interés del progenitor más necesitado de protección.

3.- La determinación de la vivienda familiar

Junto con la crisis familiar de convivencia y el ya mencionado interés necesitado de mayor protección, la vivienda familiar es otro de los requisitos del derecho de uso de la vivienda familiar, estando está previsto también en el art. 96 Cc.

El ordenamiento jurídico, al igual que ocurre con el interés superior del menor, tampoco establece un concepto determinado de «vivienda familiar», el cual se encuentra con diferente nomenclatura a lo largo de este²⁴, siendo la propia jurisprudencia la que entiende que todos ellos casan en el concepto de «vivienda familiar»²⁵. Entiende la jurisprudencia, a partir de una interpretación extensiva del art. 70 Cc en relación con el art. 96 del Cc²⁶, que la vivienda familiar es un «*bien*

²³ GONZALEZ DEL POZO, Juan Pablo, «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida», *Diario La Ley*, nº 7206, Editorial La Ley, 2009, pág. 3.

²⁴ El Cc hace mención de este como vivienda familiar en los arts. 90, 91, 96, entre otros; como domicilio conyugal en los arts. 70 y 87; como hogar en el art. 82; como vivienda habitual en el art. 1320; así como determinarlo hogar familiar en el art. 1362.

²⁵ La sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 10 mayo 1993 (AC 1993\1050) recoge que «*se puede concluir que ha de tratarse de un lugar, susceptible de servir de cobijo, destinado a alojamiento y que ha de ocuparse por la familia con habitualidad*», así como otras posteriores a esta fecha.

²⁶ Así lo dispone el fundamento de derecho tercero de la STS número 340/2012, de 31 mayo (RJ 2012\6550), así como otras sentencias que hacen referencia a la vivienda familiar como es la STS número 1036/2008, de 30 octubre (RJ 2009\403) entre otras.



*familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario*²⁷». Esta concepción centra su importancia en el destino familiar de este, por encima de su valor patrimonial como derecho de uso. En este mismo, sentido se declara posteriormente, en la misma sentencia, una identificación de la vivienda familiar como un bien material, el cual está definido como un «*medio patrimonial que cumple la continuidad de la vida familiar aunque fragmentada, pero con predominio tutelador de los intereses de los hijos, directamente afectados*»²⁸. Esta definición recoge tanto el concepto de vivienda familiar como también el ajuar contenido dentro de esta²⁹. Dicho concepto hace referencia principalmente al mantenimiento del anteriormente mencionado «statu quo» a partir de la garantía del interés más necesitado de protección. A su vez, se profundiza en la determinación de lo que se entiende por vivienda familiar, permitiendo diferenciarlo de cualquier otro inmueble con uso habitacional, y estableciendo para esto último una serie de características propias de la vivienda familiar, entre las que se encuentran la habitualidad, la permanencia y la familiaridad³⁰.

Entiende el ordenamiento que posee la característica de habitualidad y permanencia aquella vivienda que era utilizada por la familia antes de la crisis de convivencia familiar, y en la cual sigue habitando actualmente uno de los progenitores, teniendo la intención de seguir haciéndolo³¹. Existe jurisprudencia que extingue esta atribución cuando se resida en una vivienda diferente³², o aun residiendo en la vivienda familiar, no se tenga voluntad de seguir haciéndolo.

²⁷ STS número 1199/1994, de 31 diciembre (RJ 1994\10330), fundamento de derecho segundo, y otras sentencias posteriores a esta fecha.

²⁸ Recogido así en el fundamento de derecho segundo de la STS número 905/1994, de 18 octubre (RJ 1994\7722).

²⁹ Ello a partir del art. 90 Cc en relación con el art. 1321 Cc en el cual establecen, como contenido excluido del ajuar, «[...] *las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor*».

³⁰ GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, María Luisa, «Vivienda familiar», *Cuadernos de estudios manchegos*, 2011, número 36, pág. 47.

³¹ SALAZAR BORT, Santiago, *op. cit.*, pag. 43-44.

³² STS número 340/2012, de 31 mayo (RJ 2012\6550), así como la sentencia número 284/2012, de 9 mayo (RJ 2012\5137), entre otras.



Sobre la familiaridad, entiende la jurisprudencia que la vivienda posee la característica de «familiar» si esta conserva el mismo destino que se tenía antes de producirse la crisis que extinguió la convivencia³³. Es por ello que esta vivienda suele coincidir con el domicilio familiar³⁴, aunque existen supuestos donde se prevé la atribución de una vivienda alternativa que supla al domicilio familiar, siempre que esta sea en garantía del interés más necesitado de protección, a pesar de que esta alteración no signifique estrictamente un mantenimiento del «statu quo» previo³⁵.

Es en esta última característica donde se suelen apoyar los supuestos de extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por causa distinta a la temporal. Ejemplo de ello puede ser la reestructuración de la situación familiar del progenitor custodio, la cual ocurre con la entrada de una nueva pareja del de este en la vivienda familiar, y teniendo como efecto la extinción del derecho de uso de esta al entender en ello una alteración de las circunstancias que lo fundamentaron³⁶.

Una vez no existe fundamentación legal que sostenga la existencia del derecho de uso de la vivienda familiar, así como su atribución, cualquier acto de disposición realizado por sus titulares está permitido, sin que de este se entienda una

³³ En este sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo número 1077/2008, de 13 noviembre (RJ 2009\5), así como la sentencia número 1025/2008, de 29 octubre (RJ 2008\6923). Sensus contrario puede entenderse que no es familiar aquella vivienda que no mantiene el destino establecido en el matrimonio.

³⁴ Esta vivienda será la que fue determinada, de común acuerdo o por el juez, como domicilio conyugal, según lo previsto en el art. 70 Cc. En esta línea se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo número 340/2012, de 31 mayo (RJ 2012\6550) así como la sentencia número 641/2018, de 20 noviembre (RJ 2018\5086).

³⁵ PINTO ANDRADE, Cristóbal, *op. cit.*, pág. 7, así como la STS número 642/2011, de 30 septiembre (RJ 2011\7387). En el mismo sentido, la STS número 695/2011, de 10 octubre (RJ 2011\6839) recoge, en su fundamento de derecho quinto, que «*el juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar [...] siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos*». En esta misma línea se pronuncia la STS número 426/2013 de 17 junio (RJ 2013\4375).

³⁶ Ello se establece por un proceso de modificación de medidas por alteración sustancial de las circunstancias, previsto en el art. 91 Cc, así como la utilización de la libertad de un progenitor en perjuicio de otro, y el cual se fundamenta en jurisprudencia del Tribunal Supremo por anclaje legal de enriquecimiento injusto, según lo recogido en la STS número 641/2018, de 20 noviembre (RJ 2018\5086).



vulneración del principio de interés superior del menor³⁷. Con esta solución no se niega una vivienda para los menores, sino tan solo que esta vivienda no sea considerada vivienda familiar en los términos, efectos y limitaciones estudiados en este trabajo, realizando con ello una ponderación sobre el derecho de propiedad previamente limitado.

4.- La provisionalidad del derecho de uso de la vivienda familiar

El último de los requisitos previstos en el art. 96 Cc versa sobre la provisionalidad del derecho de uso de la vivienda familiar, el cual está desarrollado por la jurisprudencia. Esta provisionalidad entiende que la atribución de este derecho de uso tiene un carácter condicional sobre los requisitos que la fundamentaron, así como un carácter temporal que limita el uso de este, y no siendo, por tanto, ni una atribución de uso permanente, ni tampoco una atribución de la titularidad del bien u otros derechos ajenos a la delimitación establecida en este estudio. Si bien esta provisionalidad es requisito del derecho de uso de la vivienda familiar, tiene mayor relevancia como criterio de atribución de esta, el cual será desarrollado en un epígrafe posterior, siendo necesario, en un primer momento, realizar un estudio de la institución de la guarda y custodia como elemento condicionante para la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar³⁸.

V.- GUARDA Y CUSTODIA COMO ELEMENTO CONDICIONANTE PARA LA ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Expuesto el concepto, la naturaleza y los criterios establecidos por la jurisprudencia sobre el derecho de uso de la vivienda familiar tras la crisis de

³⁷ La misma STS número 641/2018, de 20 noviembre (RJ 2018\5086) lo reconoce así en su fundamento de derecho segundo al establecer que «*el derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar [...]»*.

³⁸ PINTO ANDRADE, Cristóbal, *op. cit.*, pág. 12, como también en la STS número 310/2004, de 22 abril (RJ 2004\2713).



convivencia, son objeto de estudio los diferentes regímenes de guarda y custodia del menor por su relevancia como elemento condicionante para la atribución de este derecho.

La crisis familiar, sea por separación o por divorcio, origina una serie de efectos que inciden principalmente sobre el menor que ha convivido con ambos progenitores hasta la ruptura de la convivencia. Esta nueva situación de facto impide que, contrario a como venía sucediéndose hasta el momento, el menor pueda continuar conviviendo con ambos progenitores a la vez. El ordenamiento jurídico, ante esta situación y en aplicación del interés superior del menor, garantiza un entorno de desarrollo apropiado, así como el mantenimiento de los vínculos afectivos entre ambos progenitores y el menor en las decisiones que repercutan sobre el cuidado y desarrollo de este³⁹. Entre estas decisiones se encuentra principalmente la determinación del régimen de guarda y custodia, por acuerdo de los progenitores o por decisión judicial, siendo este elemento determinante y condicionante para la aplicación de posteriores medidas como puede ser la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar.

La legislación que regula los regímenes de guarda y custodia vigentes en la actualidad ha sufrido numerosas adaptaciones a lo largo de su historia. Con motivo de estas adaptaciones se ha realizado un estudio sobre las más relevantes por su incidencia en el objeto de este trabajo, estableciendo como punto de referencia en el tiempo la promulgación de la Constitución Española de 1978. A partir de la Carta Magna se promulga la ley 11/1981, de 13 de mayo, sobre régimen económico matrimonial⁴⁰, que junto a la ley 30/1981, de 7 de julio, sobre regulación de nulidad,

³⁹ Este principio de interés superior del menor se encuentra positivado en los art. 92.4 Cc al establecer que «*los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges*»; así como en el art. 92. 8 Cc el cual expone que «*[...] podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor*» entre otros.

⁴⁰ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial.



separación y divorcio⁴¹, inciden en el objeto de estudio al establecer el interés superior del menor como criterio indispensable para la determinación del régimen de guarda y custodia y su atribución en exclusiva a uno de los progenitores. En este primer estadio en la regulación de la institución, y en adaptación a la sociedad del momento, esta atribución se realiza en favor de la madre salvo existencia de acuerdo entre los progenitores⁴². Es con la posterior ley 11/1990, de 15 de octubre⁴³, y en aplicación de los arts. 14 CE, sobre igualdad⁴⁴, y 32 CE, sobre los efectos del matrimonio⁴⁵, que se modifica la redacción del art. 159 Cc promoviendo, en aplicación del interés superior del menor y para los supuestos que no existiere acuerdo entre ambos progenitores, la atribución de la guarda y custodia en exclusiva sobre el progenitor más idóneo atendiendo a las circunstancias del caso⁴⁶.

Con la ley 15/2005, de 8 de julio⁴⁷, se introduce, en su exposición de motivos, el término de «*corresponsabilidad parental*⁴⁸» el cual, junto a la nueva redacción del art. 92 Cc, introduce el cauce legal que permite la atribución de la guarda y

⁴¹ Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Esta ley buscará el mantenimiento de los vínculos fraternales entre los progenitores y el hijo menor tras la ruptura de la convivencia común.

⁴² Se establece en el art. 159 Cc que «*si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedaran al cuidado de la madre, salvo que el juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo*».

⁴³ Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

⁴⁴ La redacción del art. 14 CE recoge que «*los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*».

⁴⁵ El art. 32 CE reconoce y garantiza que «*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La ley regulará las formas de matrimonio [...] las causas de separación y disolución y sus efectos*».

⁴⁶ En el art. 159 se establece que «*si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años*».

⁴⁷ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio.

⁴⁸ El apartado final de la exposición de motivos establece que «*consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo este se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad*».



custodia compartida del menor por ambos progenitores, entre otras figuras resultantes⁴⁹. Es este término de «corresponsabilidad parental» el que permite la distinción entre la guarda y custodia compartida, donde ambos progenitores se implican en el desarrollo, convivencia, crianza y decisiones vitales del menor; de otras figuras analógicas como son la guarda y custodia repartida, donde prima el periodo alterno de convivencia del menor por encima del proyecto común de cuidado de estos; o la guarda y custodia partida, en los supuestos donde existan varios menores que son atribuidos separadamente a cada progenitor. Estos tipos de regímenes de guarda y custodia y sus diferencias serán objeto de estudio en epígrafes posteriores.

Finalmente, por medio de jurisprudencia del Tribunal Supremo, a partir de la sentencia número 257/2013, de 29 abril (RJ 2013\3269) y otras posteriores, se establece el régimen de guarda y custodia compartida como el «*normal e incluso deseable*» en los supuestos de crisis familiares de convivencia con hijos menores de edad⁵⁰.

Tras esta exposición de la evolución histórica legislativa de los regímenes de guarda y custodia es objeto de estudio dentro este epígrafe el concepto y desarrollo de dicha institución, como elemento condicionante para la atribución posterior del derecho de uso de la vivienda familiar. El ordenamiento jurídico no configura una definición concreta del concepto de guarda y custodia, es por ello que este es desarrollado por medio de jurisprudencia a partir de la institución de la patria potestad y la relación intrínseca de ambas instituciones en la esfera familiar⁵¹.

⁴⁹ Este artículo recoge que «*se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento*».

⁵⁰ Recoge el fundamento de derecho cuarto 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*».

⁵¹ Esta relación es manifiesta en la STS de 19 octubre 1983. (RJ 1983\5333), así como en otras sentencias de fechas posteriores a esta.



Sobre la patria potestad, es entendida como un «conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y los bienes de sus hijos no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto al sostenimiento y educación⁵²». La patria potestad, al ser una institución protectora del menor, nace a partir de la determinación de la filiación, con independencia de la naturaleza de esta⁵³. Su contenido lo conforman derechos y deberes que serán ejercidos de común acuerdo entre ambos progenitores, entre los que se encuentran la representación del menor, la administración de sus bienes, la determinación del lugar de residencia del menor y su cuidado, la orientación educativa y elección de centro escolar incluidas las actividades extraescolares, cualquier tratamiento médico que revista de urgencia, entre otros posibles⁵⁴. Todos ellos son ejercidos en garantía del interés superior del menor, previsto así en el art. 154 Cc, al establecer que «como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental» así como en otras sentencias del Tribunal Supremo, las cuales admiten la intervención judicial para la preservación de este interés superior⁵⁵.

Entre esos mencionados deberes intrínsecos de la patria potestad se encuentra, en el mismo art. 154 Cc, la facultad de «velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral». En este sentido, el Tribunal Supremo recoge, en sentencia de 19 de octubre de 1983, que la guarda y

⁵² Así lo dispone el fundamento de derecho tercero de la STS de 30 abril 1991 (RJ 1991\3108), en relación con el art. 154.2 Cc.

⁵³ Ello se encuentra en el fundamento de derecho cuarto de la STS número 1165/1996, de 31 diciembre (RJ 1996\9223), la cual expone que «la patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia y se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza (matrimonial, no matrimonial o adoptiva)». También es consecuencia de la relación paterno filial reconocida y garantizada en el art. 39.3 CE al establecer que «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda». Esta relación paterno filial conlleva mayores amplitudes que la propia patria potestad, según lo dispuesto en el art. 110 Cc, al recoger que «el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos».

⁵⁴ Ello a partir de una interpretación del art. 154.2 Cc en relación con el art. 164.1 Cc.

⁵⁵ STS número 720/2002, de 9 julio (RJ 2002\5905).



custodia es concebida como un «*deber y facultad*» dentro de la patria potestad⁵⁶. Por lo tanto, la institución de la guarda y custodia encuentra encaje legal en el propio art. 154 Cc como efecto derivado de la patria potestad y ligado intrínsecamente a esta durante la convivencia de los progenitores.

Carece de relevancia realizar una distinción de ambos conceptos mientras exista dicha convivencia conjunta entre los progenitores. No obstante, es con la crisis familiar de convivencia cuando ambos conceptos se desligan. La patria potestad, salvo privaciones previstas por el ordenamiento⁵⁷, será ejercida de forma conjunta con independencia de la existencia vínculo matrimonial previo. Esta crisis familiar de convivencia no modifica ni extingue la relación paterno y materno filial, según recoge el art. 92.1 Cc al establecer que «*la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos*». Se entiende que la privación de la patria potestad no versa en estos supuestos como una sanción, sino como una medida protectora del interés superior del menor⁵⁸, similar a la regulación que hace el ordenamiento jurídico sobre el derecho de visitas del progenitor no custodio, el cual será expuesto a lo largo de este epígrafe. Es esta institución de la patria potestad la que faculta a los progenitores, tras la crisis familiar de convivencia, a la elección del sistema de guarda y custodia del menor por medio de acuerdo supeditado al control judicial en garantía del interés superior del menor.

⁵⁶ La STS de de 19 octubre 1983 (RJ 1983\5333) reconoce que «*la patria potestad comprende, entre otros deberes y facultades, en relación con los hijos, los de velar por ellos y tenerlos en su compañía, expresiones estas que se refieren, sin duda alguna, a los derechos de guarda y custodia [...]*».

⁵⁷ Estas privaciones de la patria potestad se encuentran previstas en el art. 92.3 y 92.4 Cc, y sus causas suelen ser por «*incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial*» según lo dispuesto en el art. 170 Cc por incumplir los deberes del 154 Cc. No obstante, no serán objeto de estudio en este trabajo.

⁵⁸ Así lo recoge el fundamento de derecho tercero de la STS número 1165/1996, de 31 diciembre (RJ 1996\9223), al declarar que «*[...] más que una sanción al progenitor incumplidor implica una medida de protección del niño, y por ende debe ser adoptada en beneficio del mismo, en cuanto la conducta de aquél, gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, no se revele precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación de dicho sujeto infantil*». Esta privación se encuentra en el art. 170 Cc., con la recuperación en el mismo art. 170.2 Cc.



Sobre la guarda y custodia, como se ha expuesto anteriormente, se establece como un deber dentro de la patria potestad consistente en el encargo del cuidado directo del menor, el cual recae, en principio y mientras dure la convivencia, sobre ambos progenitores conjuntamente. Ambos conceptos se desvinculan con la crisis familiar de convivencia, determinándose, por acuerdo de estos o por decisión judicial, el cuidado directo del menor al no poder realizarse el cuidado conjunto por ambos progenitores. Esta determinación del cuidado directo del menor puede adoptar, en la actualidad, diferentes modelos de regímenes que son permitidos por el ordenamiento. Estos son clasificados según se atribuya la guarda y custodia a uno o ambos progenitores, siendo los más trascendentales los regímenes de «guarda y custodia en exclusiva de un progenitor» y «guarda y custodia compartida entre ambos progenitores», a pesar de la existencia de otros modelos, como pueden ser la guarda y custodia atribuida sobre un tercero distinto a los progenitores, así como la guarda y custodia partida, en los supuestos donde existan varios menores que son atribuidos separadamente a cada progenitor.

1.- Régimen de guarda y custodia en exclusiva de un progenitor.

Era el régimen de aplicación previsto por el ordenamiento hasta la regulación del modelo de guarda y custodia compartida, el cual se introduce con la ley 15/2005, de 8 de julio⁵⁹. Este modelo atribuye la guarda y custodia del menor a uno de los progenitores en exclusiva, con quien convive habitualmente. El progenitor no custodio dispone de un régimen de visitas reconocido en el art. 94 Cc⁶⁰, el cual es determinado por el juez en garantía del interés superior del menor, así como de otros derechos y deberes⁶¹

⁵⁹ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio.

⁶⁰ Este artículo 94 Cc recoge que «*el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía*».

⁶¹ Entre estos derechos y deberes derivados de la patria potestad, encontramos los del cuidado de los hijos en su convivencia, el control y vigilancia de estos según lo dispuesto en el art. 103 Cc, así como el derecho de alimentos reconocido en el art. 93 Cc, que abarca tanto la vivienda, como la educación, como la asistencia sanitaria, la administración de sus bienes entre otros.



Con respecto a este régimen de visitas, el ordenamiento lo configura como un derecho de titularidad recíproca tanto para el progenitor no custodio como para el menor, siendo ambos simultáneamente sujetos activo y pasivo de la relación jurídica. Este incluye tanto la visita, como la comunicación, como la estancia del propio menor y el progenitor no custodio, según lo establecido en el art. 94 Cc⁶². La fundamentación de ello se encuentra en la protección del desarrollo del menor, así como el mantenimiento de los vínculos fraternales entre este y el progenitor no custodio⁶³. Esta protección es extensible incluso a otros parientes del menor, entre los que se incluyen los abuelos⁶⁴.

Sobre este derecho de visitas, si bien está íntimamente relacionado con la atribución de la patria potestad, su titularidad se configura de forma independiente en el ordenamiento. Ello permite la garantía de este derecho en supuestos de progenitores no custodios que hayan sido privados de la patria potestad, según lo

⁶² Esta estancia pudiendo incluso establecer pernoctas del menor con el progenitor no custodio. El ordenamiento jurídico entiende que la guarda y custodia compartida es un proyecto común, que no puede compararse ni confundirse con una guarda y custodia exclusiva con periodos extensos y posibilidad de pernocta, y centrarse tan solo en el tiempo con los progenitores como carácter distintivo.

⁶³ Así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional en Sentencia número 176/2008, de 22 diciembre (RTC 2008\176) al recoger, en su fundamento de derecho quinto, que «*debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el art. 94 Cc como un derecho del que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo "graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial"*. Se trata, en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos», así como también se recoge en la STS número 258/2011, de 25 abril (RJ 2011\3711).

⁶⁴ Ello se encuentra en previsto en el anteriormente mencionado art. 90 Cc en relación con el art. 160.2 Cc al recoger que «*no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados*». Este derecho de visitas subsiste aunque el progenitor de esta línea de parentesco no tenga relación con el menor.



dispuesto en los arts. 160.1 y 161 Cc⁶⁵, y siempre en aplicación de este interés superior del menor para el mantenimiento de los vínculos fraternales⁶⁶.

La principal consecuencia de este modelo de guarda y custodia en exclusiva de un progenitor consiste en la atenuación de los vínculos fraternales entre el menor y el progenitor no custodio, siendo por ello demandado por la sociedad un modelo de guarda y custodia compartida que permitiera un equitativo cuidado del menor entre ambos progenitores, a su vez que un proyecto común de implicación en los derechos y responsabilidades derivados de la titularidad de la patria potestad del menor.

2.- Régimen de guarda y custodia compartida entre ambos progenitores.

El régimen de guarda y custodia compartida se encuentra regulado por el ordenamiento jurídico a partir de la promulgación de la ley 15/2005, de 8 de julio⁶⁷. Este modelo introduce el concepto de «*corresponsabilidad parental*», el cual permite la atribución de la guarda y custodia del menor sobre ambos progenitores de forma alterna y por tiempo de convivencia similar⁶⁸. En la actualidad, la jurisprudencia lo establece como el modelo de guarda y custodia «*normal e incluso deseable*» para el desarrollo del menor⁶⁹. En esta misma dirección, los abogados de

⁶⁵ Establece este art. 160.1 Cc que «*los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque estos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161. En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos [...]*».

⁶⁶ El ordenamiento jurídico no establece una aplicación coactiva del derecho de visitas, pudiendo el juez proceder a la suspensión, denegación o limitación de este, con carácter temporal. Así lo reconoce la STS número 258/2011, de 25 abril (RJ 2011\3711).

⁶⁷ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio.

⁶⁸ STS número 391/2015 de 15 julio (RJ 2015\2778), así como lo dispuesto en la referencia 46 de este estudio.

⁶⁹ Esto se encuentra previsto en sentencias del Tribunal Supremo como son la sentencia número 257/2013, de 29 abril (RJ 2013\3269), así como la sentencia número 52/2016, de 11 febrero. (RJ 2016\524), y posteriores que acuerden judicialmente el modelo de guardia y custodia compartida.



familia lo consideran también como el régimen idóneo para el mantenimiento del interés superior del menor⁷⁰.

Sobre el modelo de guarda y custodia compartida, este se encuentra previsto en el art. 92.5 Cc⁷¹. El ordenamiento jurídico no establece un concepto concreto para definir este modelo, pudiéndose incluso encontrar en las sentencias diferente nomenclatura referida al mismo régimen de guarda y custodia compartida. No obstante, este modelo no se establece como un mero reparto de la convivencia del menor con cada progenitor alternativamente, sino como un proyecto común de desarrollo de los derechos y deberes reconocidos por la titularidad de la patria potestad, así como un derecho del menor a conservar los vínculos fraternales con ambos progenitores⁷².

Los requisitos para la aplicación de la guarda y custodia compartida son desarrollados por medio de la jurisprudencia al no encontrarse establecidos de forma precisa en el ordenamiento⁷³. Conforme a la diferente importancia de cada uno de estos requisitos para la atribución de la guarda y custodia, se establece en este trabajo una exposición detallada atendiendo al grado de relevancia de estos en la determinación final de la guarda y custodia, así como también en la posterior atribución del derecho de uso de la vivienda familiar. Consecuencia de ello, se establece como primer requisito la petición de esta guarda y custodia compartida

⁷⁰ «I Observatorio del Derecho de Familia», Asociación Española de Abogados de Familia (AEFA), 2019, donde se expone que «el 79% de los abogados de Familia afirma que la adaptación de los menores al sistema de custodia compartida es satisfactorio o muy satisfactorio».

⁷¹ El art. 92. 5 Cc establece que «se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento».

⁷² STS número 391/2015, de 15 julio. (RJ 2015\2778), así como el desarrollo del término de «corresponsabilidad parental» expuesto en las referencias 46 y 67 de este estudio.

⁷³ Se atiende a lo expuesto en el fundamento de derecho quinto de la STS número 623/2009, de 8 octubre. (RJ 2009\4606), que reconoce una falta de criterios determinados en la propia legislación al exponer que «en materia de guarda y custodia compartida, el Código civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de la pareja y que resulta muy difícil concretar en qué consista este interés a falta de una lista de criterios», así como en otras sentencias en el mismo sentido, como es la número 94/2010, de 11 marzo (RJ 2010\2340).



por, al menos, uno de los progenitores⁷⁴. Si ambos progenitores la solicitan, se atenderá a lo dispuesto en el art. 92. 5 Cc, donde se acordará este modelo en la propuesta de convenio regulador, la cual aprobará el juez en garantía del principio de interés superior del menor. No obstante, y tras la sentencia del Tribunal Supremo número 257/2013, de 29 abril (RJ 2013\3269), puede darse el supuesto de atribuir una guarda y custodia compartida «*impuesta*⁷⁵» cuando la solicita uno solo de los progenitores y el juez lo considera, atendiendo a las circunstancias, el modelo que mejor se adapta a las necesidades del menor, en aplicación del art. 92.8 Cc y el principio del interés superior del menor. No es posible la atribución de guarda y custodia compartida si no la solicita ninguno de los progenitores, debido a que, y como requisito mencionado posteriormente, necesitará de un «plan contradictorio⁷⁶» como elemento esencial de garantía de proyecto común y de la preservación del interés superior del menor.

Como segundo requisito se establece una disponibilidad de ambos progenitores para ejercitar una atribución de guarda y custodia compartida. Ello implica una disponibilidad temporal que permita el cuidado directo del menor por parte de ambos progenitores, así como la suficiente capacidad económica para asumir los gastos de dicha convivencia. Suele ser causa para denegar la atribución de la guarda y custodia compartida, buscando evitar que por el tipo de jornada laboral, no sea posible el cuidado directo del menor por uno de los progenitores y teniendo este que convivir generalmente con terceras personas como nuevas parejas o los abuelos del menor⁷⁷. Con respecto a la capacidad económica, de ser superior a la necesaria para garantizar los gastos de convivencia en ambos progenitores, puede ser

⁷⁴ STS número 257/2013, de 29 abril (RJ 2013\3269).

⁷⁵ ALASCIO CARRASCO, Laura; MARÍN GARCÍA, Ignacio, «Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 Cc», *Indret: revista para el análisis del derecho*, 2007, pág. 6. No obstante, se establece principalmente como respuesta en regímenes de aplicación de derechos forales.

⁷⁶ STS número 400/2016, de 15 junio (RJ 2016\2780), que argumenta en su fundamento de derecho tercero que debe concurrir la «*existencia de petición de parte, pues de no existir esta por ninguno de los progenitores, difícilmente puede valorarse un «plan contradictorio», adecuadamente informado, sobre el que decidir con fundamento en el interés de los menores, al no haber existido debate y prueba contradictoria sobre tal régimen de custodia*».

⁷⁷ Sentencia Audiencia Provincial Granada número 129/2007 de 23 marzo (JUR 2007\202905)



presupuesto para solicitar la atribución de la vivienda familiar en la modalidad de vivienda nido. Sensu contrario, la falta de capacidad económica de uno de los progenitores impide la atribución de la vivienda nido, pudiendo implicar la atribución temporal de la vivienda familiar, a su vez que fundamentar una pensión compensatoria por el desequilibrio ocasionado por la crisis de convivencia familiar y en garantía del interés del progenitor más necesitado de protección. Es por ello que incluso así, podría atribuirse la guarda y custodia compartida si el juez lo considera lo más beneficioso para garantizar el interés superior del menor. En el mismo sentido, dentro de esta disponibilidad de ambos progenitores puede encontrarse también la proximidad entre los domicilios de estos, lo cual favorece el mantenimiento de las relaciones y entorno social del menor. Esta proximidad no implica una distancia concreta por la cual denegar la aplicación de la guarda y custodia compartida, sino una distancia máxima que garantice el «statu quo» y desarrollo del menor, así como su descanso nocturno. Esta distancia será determinada según las circunstancias concretas de cada supuesto, siendo relevante para la determinación de esta la edad del menor, las actividades extraescolares que realice este así como otras obligaciones diarias, siendo determinante como criterio para la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida⁷⁸.

El tercer requisito para la aplicación de la guarda y custodia compartida versa sobre la propia voluntad del menor, su edad y su derecho a ser escuchado, según su capacidad de discernimiento, y siendo valorada su opinión en la decisión que atribuya su custodia⁷⁹. Esta posibilidad de ser escuchado es preceptiva si el menor

⁷⁸ Valoración que se realiza en el fundamento de derecho tercero de la STS número 115/2016, de 1 marzo. (RJ 2016\736) al desestimar una guarda y custodia compartida valorando todas las circunstancias del supuesto, y especialmente la distancia, donde reconoce que «*realmente la distancia no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida con estancias semanales, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor máxime cuando está próxima su escolarización obligatoria, razones todas ella que motivan la denegación del sistema de custodia compartida*».

⁷⁹ SERRANO GARCÍA, José Antonio, «La custodia individual como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida», *Revista de derecho civil Aragonés*, 2012, Nº 18, pág. 11 y ss. interpretadas sensu contrario, estableciendo que, si bien en corta edad del menor no es recomendable



tiene más de doce años, según establece el art. 156 Cc y la anterior regulación del art. 92.2 Cc⁸⁰. La voluntad del menor como criterio para la atribución de la guarda y custodia se encuentra prevista en diferente normativa a lo largo del ordenamiento, como puede ser el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor⁸¹; el art. 92.6 Cc, donde se prevé como elemento previo a la decisión de atribución de la guarda y custodia⁸²; así como el art. 770.4 lec, sobre exploración de menores en los procedimientos civiles⁸³. También se encuentra prevista en otros textos internacionales que han sido ratificados por España, como es la Convención sobre los Derechos del Niño⁸⁴. Es este criterio el que garantiza, en los procesos de atribución de guarda y custodia, el principio de interés superior del menor mencionado anteriormente, el cual es referencia para la determinación de los diferentes aspectos que se debaten en relación con el menor. No obstante, si bien es determinante, no es equiparable la propia voluntad del menor con la garantía

la custodia compartida, si lo puede ser en los supuestos de media edad, así como los demás requisitos enumerados.

⁸⁰ El art. 156 Cc establece que «*en caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre*». Esta concreción de edad estaba prevista en la anterior regulación del art. 92.2 Cc, antes de la última modificación realizada y mencionada anteriormente en este estudio.

⁸¹ En este artículo se establece que «*el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez*» así como en el mismo artículo, en su apartado segundo, cuando se establece que «*Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos*».

⁸² Así lo dispone el art. 92.6 Cc, el cual establece que «*[...] oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor [...]*».

⁸³ Este artículo 770.4 lec. recoge que «*en las exploraciones de menores realizadas en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario*».

⁸⁴ Ello es garantizado en el art. 12 de Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, al recoger que «*con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional*».



del interés superior del menor. Este último será determinado por el juez, pudiendo ser, en ocasiones, contraria a la propia voluntad del menor⁸⁵.

También se establece como requisito para la determinación de la guarda y custodia compartida el principio de mutuo respeto entre ambos progenitores. Este requisito implica una «*actitud razonable*⁸⁶» entre ambos progenitores. Ello implica la existencia de un canal de comunicación entre ambos progenitores y cierto grado de colaboración en garantía del interés superior del menor. Este requisito permite la existencia de diferencias entre los progenitores, consecuencia del vínculo emocional previo a la crisis familiar, siempre que esta no afecte negativamente en el desarrollo del menor⁸⁷. No obstante, la no existencia de este canal de comunicación, que permita la organización y acuerdos relativos al desarrollo del menor, sería una vulneración de la «corresponsabilidad parental», entendido como requisito esencial en este modelo de guarda y custodia compartida, derivando ello en la atribución de una guarda y custodia en exclusiva⁸⁸.

El último de los requisitos para la atribución de la guarda y custodia compartida es la elaboración de un «plan contradictorio» que determine, de forma precisa, los elementos relativos al cuidado del menor por parte de los progenitores, tanto para las atribuciones de mutuo acuerdo como para las contenciosas. Esto se encuentra relacionado principalmente con el requisito anteriormente mencionado de la solicitud por, al menos, uno de los progenitores, donde se debatirá cuál es el interés

⁸⁵ Ello se fundamenta en que no se puede limitar la potestad jurisdiccional del propio juez, que será este el mismo fundamento para derogar el informe preceptivo y vinculante al que se refiere el art. 92. 8 y que será expuesto en el siguiente apartado.

⁸⁶ STS número 96/2015, de 16 febrero (RJ 2015\564)

⁸⁷ Recogido así en el fundamento de derecho segundo de la STS número 130/2016, de 3 marzo (RJ 2016\2184), así como en otras sentencias del alto Tribunal como son sentencia número 52/2015, de 16 febrero (RJ 2015\553).

⁸⁸ STS número 52/2015, de 16 febrero (RJ 2015\553), así como donde se aplican regulaciones de derecho foral.



más beneficioso del menor en la atribución de un régimen concreto de guarda y custodia⁸⁹.

Con respecto al requisito del informe preceptivo y favorable emitido por el Ministerio Fiscal, este es derogado por sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 octubre (RTC 2012\185). En esta sentencia se reconoce que el art. 92. 8 Cc, el cual establece dicho requisito, limita y condiciona la potestad jurisdiccional de los tribunales garantizada en la Constitución Española⁹⁰. No obstante, ello no impide que el juez pueda solicitar un dictamen de un especialista, facultativo y no vinculante para conocer la realidad familiar de cara a la decisión de atribuir la guarda y custodia compartida.

Finalmente, si bien no es un requisito para la aplicación de la guarda y custodia compartida, sí es una recomendación recogida en el art. 92.5 Cc, consistente en la no separación de los hermanos⁹¹. Este principio es el que permite diferenciar entre un modelo de guarda y custodia compartida, donde todos los menores se encuentran al cuidado de un progenitor de forma alterna; de un modelo de guarda y custodia partida, donde existan varios menores que son atribuidos separadamente a cada progenitor⁹². Por lo tanto, a partir de esta interpretación, y en el sentido estricto de la terminología, no se concibe en el ordenamiento jurídico una guarda y custodia compartida con separación de hermanos.

⁸⁹ Así es mencionado igualmente en el fundamento de derecho segundo de la STS número 130/2016, de 3 marzo (RJ 2016\2184). Ello cobrará importancia en la elaboración del anteproyecto de ley de sobre el ejercicio de corresponsabilidad parental, así como en los diferentes regímenes forales.

⁹⁰ Establece esta sentencia en su fundamento jurídico décimo que «*en definitiva, como consecuencia de lo argumentado en los fundamentos anteriores, procede estimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria y declarar la inconstitucionalidad del inciso “favorable” contenido en el art. 92.8 del Código civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por ser contrario a los arts. 117.3 y 24 CE*».

⁹¹ Establece este artículo 92.5 Cc que «*[...] el Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos*».

⁹² La custodia partida suele ser un régimen excepcional por la conflictividad que deriva de este. Suele darse en los supuestos donde exista imposibilidad del cuidado de los menores, o por conflictos entre el progenitor y un concreto menor. La aplicación de este modelo dependerá de la casuística y las circunstancias previas y presentes del caso.



Expuestos los requisitos para la atribución del régimen de guarda y custodia compartida, se fundamenta la principal característica de este modelo, la cual es el establecimiento de un periodo de tiempo similar de convivencia alterna entre los progenitores y el menor, garantizando los mismos deberes y facultades ejercidos por cada uno de ellos antes de la crisis familiar de convivencia. Estos periodos de convivencia no tienen por qué ser iguales para ambos progenitores, según lo establecido en jurisprudencia⁹³, cuya duración será determinada por el juez en función del desarrollo madurativo del menor, así como de otras características⁹⁴. Este periodo de tiempo desigual pero similar, puede ser determinante en los supuestos de atribución de la vivienda familiar, que será expuesto en el epígrafe posterior. No obstante, y aún establecido el régimen de guarda y custodia compartida, se reconoce el derecho de visita, comunicación y estancia al progenitor no custodio durante ese periodo de tiempo alterno, y el cual será fijado en función de la duración establecida para esos periodos de convivencia.

La combinación de todos estos criterios origina diferentes resultados en la aplicación del modelo de guarda y custodia compartida, los cuales se pueden clasificar según el tiempo de convivencia con los progenitores o, por otra parte, según la determinación del domicilio del menor.

En el primero de los casos, según el tiempo de convivencia con los progenitores, se puede establecer una guarda y custodia compartida con igual o similar periodo de convivencia, siendo esta la genérica establecida en los supuestos

⁹³ La STS número 94/2010, de 11 marzo (RJ 2010\2340) recoge en su fundamento de derecho segundo que «custodia conjunta no es sinónimo de reparto de la convivencia al 50% entre ambos progenitores» estableciendo que no tienen por qué ser periodos de convivencia iguales.

⁹⁴ «Informe reencuentro: sobre la custodia compartida, reencuentro de padres e hijos separados por una ley obsoleta y parcial», Asociación de padres de familias separados (APFS), Madrid, 2002, así como en la misma STS número 94/2010, de 11 marzo (RJ 2010\2340) la cual hace mención sobre ello al reconocer que «deben tenerse en cuenta una serie de criterios y las ventajas que va a tener en el contacto con los hijos del progenitor no custodio, que es aconsejable en familias con un bajo nivel de conflictividad y que mejora el efecto negativo que el divorcio causa en los hijos», así como el «I Observatorio del Derecho de Familia», Asociación Española de Abogados de Familia (AEFA), 2019, donde se expone que «el 75% de los abogados de Familia consideran que en una custodia compartida, el reparto del tiempo de residencia de los hijos con cada progenitor más adecuado es el semanal con/o sin día de visita entre semana para el progenitor a quien no le corresponda dicha semana el tiempo de custodia».



de guarda y custodia compartida. Se establece una guarda y custodia repartida si el periodo de convivencia es notoriamente diferente, según las circunstancias del caso, principalmente por causas de índole laboral o de desplazamiento. Este último modelo se diluye entre las características de los regímenes de guarda y custodia compartida entre ambos progenitores y el propio régimen de guarda y custodia en exclusiva sobre un progenitor, establecido de forma «*rotatoria*⁹⁵».

Si se atiende a la determinación del domicilio familiar, se puede establecer, por una parte, una guarda y custodia compartida con alternancia de domicilio, siendo este el modelo genérico establecido en el régimen de guarda y custodia compartida y que provoca una alternancia, por parte del menor, entre los domicilios de ambos progenitores. Contrapuesto a este modelo se encuentra el establecimiento de un domicilio fijo para el menor. Este modelo se denomina de anidación o vivienda nido, donde se establece como domicilio la que fue la vivienda familiar de la pareja, siendo los progenitores los que rotan en la convivencia con este. Excepcionalmente existe un tercer y último modelo, donde la crisis familiar extingue la convivencia de iure, pero no de facto, cuando ambos progenitores habitan en la misma vivienda. Este último modelo está permitido por el ordenamiento, pero en la práctica solo es posible para las rupturas de convivencia de mutuo acuerdo con respeto entre ambos progenitores, elaborando estos un proyecto común en garantía del interés superior del menor.

Si bien este modelo permite el mantenimiento de los vínculos fraternales del menor con ambos progenitores la principal consecuencia de este modelo de guarda y custodia compartida es, en la práctica generalizada, la alternancia del menor entre

⁹⁵ Sobre la guarda y custodia repartida, suele ser el régimen deseado cuando uno de los progenitores está en constante desplazamiento (sector de transporte) o por distancia geográfica. En este régimen, se establece la guarda y custodia con exclusividad a uno de los progenitores durante un periodo de tiempo, teniendo el otro progenitor un derecho de visitas. Posteriormente, se otorga al progenitor no custodio durante el periodo de tiempo que tuviera disponibilidad. No es un modelo que esté prohibido, no obstante, requiere de especial motivación, según lo dispuesto en el art. 92.5 Cc, para su aplicación.



los domicilios de los progenitores⁹⁶. Esta consecuencia es inherente al modelo de guarda y custodia compartida, y si bien puede acarrear consecuencias en el desarrollo del menor, estas son atenuadas cuanto menores sean estas alternancias, sensu contrario, cuanto mayor sea el periodo de convivencia con cada progenitor en relación con la edad del menor. No obstante, en epígrafes posteriores se estudiará algunos supuestos que han intentado solventar esta consecuencia, como es el caso de la vivienda nido o modelo de anidación.

Aun así, el juez, en garantía del interés de mayor protección, realizará una ponderación entre dicha alternancia del menor entre ambos domicilios, junto al principio del interés superior del menor y la conservación de los vínculos fraternales, llegando a la conclusión de que, si bien es un perjuicio para el menor este cambio constante de residencia, esta suele ser la solución más deseable y garantista en la generalidad de los supuestos⁹⁷.

VI.- LA ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Tras el estudio del derecho de uso de la vivienda familiar y sus requisitos, así como de los regímenes de guarda y custodia permitidos por el ordenamiento, es objeto de estudio la atribución de este derecho de uso y su normativa vigente.

1.- Provisionalidad en la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar.

⁹⁶ A este fenómeno se le conoce en los medios de comunicación como «niño maleta», el cual implica una alternancia domiciliaria del menor entre los domicilios de los progenitores que han acordado no convivir juntos. Ello es una consecuencia inherente del modelo de guarda y custodia compartida como recoge la STS número 753/2015, de 30 diciembre (RJ 2015\6239), así como otras anteriores como la sentencia número 623/2009, de 8 octubre (RJ 2009\4606). No obstante, como veremos posteriormente, existen algunas respuestas del ordenamiento jurídico que evitan esta alternancia domiciliaria del menor.

⁹⁷ «*I Observatorio del Derecho de Familia*», Asociación Española de Abogados de Familia (AEFA), 2019, donde se expone que «el 79% de los abogados de Familia afirma que la adaptación de los menores al sistema de custodia compartida es satisfactorio o muy satisfactorio».



En epígrafes anteriores se hacía mención a los requisitos para la existencia de este derecho de uso, como son la existencia de la crisis familiar de convivencia, la garantía del interés más necesitado de protección, la determinación de la vivienda familiar y su titularidad, así como la provisionalidad de este derecho. Es sobre este último que, si bien es requisito para la existencia de este derecho de uso, tiene mayor relevancia como criterio para su atribución. Esta provisionalidad trae implícita un carácter tanto circunstancial como temporal, que adquieren mayor o menor relevancia según el régimen de atribución de guarda y custodia que haya sido determinado anteriormente⁹⁸.

Sobre el carácter circunstancial implícito en la provisionalidad del derecho de uso, este establece las condiciones que determinan el mantenimiento del «statu quo» y, por ende, la existencia de este derecho de uso de la vivienda familiar. Principalmente están relacionadas con los requisitos de habitualidad, permanencia y familiaridad mencionados anteriormente como requisitos para la existencia de este derecho. Si bien es necesaria la determinación de estas circunstancias en cualquier régimen de guarda y custodia establecido, estas adquieren mayor relevancia en los supuestos de guarda y custodia compartida, al ser condicionantes del plazo de atribución de este derecho.

Sobre el carácter temporal implícito en la provisionalidad del derecho de uso, este establece la determinación de un plazo de tiempo expreso que evite una atribución con duración indefinida, evitando así un vacío de contenido del propio derecho de propiedad del titular. Para la determinación de este plazo se realiza una ponderación entre este derecho de propiedad y la garantía del interés más necesitado de protección en cada supuesto, estableciendo diferentes soluciones según el modelo de guarda y custodia determinado anteriormente.

En los supuestos de guarda y custodia en exclusiva, la provisionalidad del derecho de uso de la vivienda familiar será, por una parte, de carácter temporal hasta

⁹⁸ PINTO ANDRADE, Cristóbal, *op. cit.*, *loc. cit.*



que el menor alcance la mayoría de edad, entendiendo que la fijación de cualquier plazo de tiempo menor a este constituye una vulneración a la garantía del interés superior del menor, y estableciendo, en este supuesto, una primacía del criterio temporal sobre el criterio circunstancial de la provisionalidad⁹⁹. A partir de la mayoría de edad se extingue el derecho de alimentos por parte del progenitor no custodio, y fruto de ello, aquel que incluye el derecho de uso de la vivienda familiar¹⁰⁰. En este supuesto, la jurisprudencia entiende que el derecho de uso de la vivienda familiar puede prorrogarse dispositivamente si ello es acordado por los progenitores¹⁰¹, o si existe una dependencia económica del menor¹⁰², teniendo ambos supuestos encaje legal en el art. 96.3 Cc, como si de parejas sin hijos menores de edad se tratase. Esta prórroga del derecho de uso también es de aplicación analógica en los supuestos de menores incapacitados judicialmente que alcanzan la mayoría de edad, y a los cuales también se les ha prorrogado la patria potestad¹⁰³. No obstante, en ambos supuestos se establece un plazo de tiempo transitorio sobre el uso del inmueble, pues ya en estos supuestos, la ponderación es en favor de la

⁹⁹ Ello se encuentra dispuesto en el fundamento de derecho segundo de la STS número 236/2011, de 14 abril (RJ 2011\3590).

¹⁰⁰ Ello recogido en el art. 152 Cc al establecer que cesará la obligación de prestar alimentos «*cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia*».

¹⁰¹ Esto se realiza por una interpretación de la STS número 395/2017, de 22 junio (RJ 2017\3040), donde desestima prorrogar la pensión de alimentos para evitar pasividad del alimentista mayor de edad, así como en otras en el mismo sentido, como es la sentencia número 603/2015, de 28 octubre (RJ 2015\4785). Sensu contrario, permite prorrogarla, por tanto, por disposición de los progenitores.

¹⁰² Así lo dispone el fundamento de derecho tercero de la del auto de inadmisión del Tribunal Supremo, de 22 noviembre 2017 (RJ 2017\5262), al declarar que «*[...] no existe vulneración de la jurisprudencia de esta Sala en materia de atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar en los casos de existencia de hijos mayores de edad, ni sobre modificación de la pensión de alimentos en su día acordada, sino que partiendo de la doctrina de esta Sala, que expresamente aplica, y a la vista de la prueba practicada, concluye que el interés más digno de protección sigue siendo el del hijo que es dependiente económicamente*», cuya misma línea sigue la STS número 183/2012, de 30 marzo. (RJ 2012\4584).

¹⁰³ Se encuentra ello en el fundamento de derecho cuarto de la STS número 325/2012 de 30 mayo (RJ 2012\6547) al declarar que «*[...] al haber sido rehabilitada la patria potestad de la madre por haberse modificado judicialmente la capacidad del hijo, corresponde mantener el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostenta su guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación*», así como otros textos jurídicos como la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, e incluso previsto en el propio art. 171.1 Cc.



titularidad de este, al predominar ello sobre la mayoría de edad alcanzada por el menor. Como se ha expuesto anteriormente, el derecho de uso de la vivienda familiar y su atribución tiene un carácter provisional que no puede perjudicar o vaciar de contenido el derecho de propiedad del titular¹⁰⁴. No obstante, dentro de este modelo de guarda y custodia en exclusiva, existen otros supuestos donde la provisionalidad del derecho proviene principalmente del mantenimiento de las circunstancias que lo otorgaron. En estos supuestos la jurisprudencia, en ponderación con el derecho de propiedad, establece un plazo temporal concreto sobre el derecho de uso de la vivienda familiar, diferente al anteriormente fijado en el alcance de la mayoría de edad. Ejemplo de ello puede ser la satisfacción de las necesidades del menor por otros medios, que la vivienda sea de titularidad del progenitor custodio o de no serlo, que el progenitor custodio posea medios para disponer de una, evitando el perjuicio sobre el progenitor no titular¹⁰⁵.

En los supuestos de guarda y custodia compartida, la provisionalidad del derecho de uso de la vivienda familiar atenderá principalmente al carácter temporal de esta, el cual pondera sobre el carácter circunstancial, existiendo sentencias donde se atribuye el derecho de uso sobre el progenitor con mayores dificultades, pero fijando un plazo temporal como transición a la nueva situación generada como consecuencia de la crisis familiar¹⁰⁶. A diferencia del modelo anterior, esta limitación temporal no nace como consecuencia de la ponderación entre la garantía del interés más necesitado de protección frente a la titularidad del derecho de propiedad, sino que nace como garantía del derecho de igualdad entre ambos progenitores investidos de los mismos derechos y obligaciones fruto del modelo de guarda y custodia compartida, entendiendo con esta limitación que *«se viene a*

¹⁰⁴ MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa, *«Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales»*, Thomson, Navarra, 2005, pág. 246.

¹⁰⁵ STS número 522/2016, de 21 julio (RJ 2016\3445).

¹⁰⁶ La casuística contempla supuestos similares como los previstos en la STS número 7/2018, de 10 enero (RJ 2018\74); así como la STS número 95/2018, de 20 febrero (RJ 2018\573).



reconocer abiertamente el quebranto y se busca la solución en la reparación parcial del mismo con la limitación temporal¹⁰⁷».

2.- Atribución del derecho de uso de la vivienda familiar por medio de acuerdo entre los progenitores.

El art. 90.1.c, en relación con el art. 92 Cc hace mención a aquella atribución que, por autonomía de la voluntad de las partes, es alcanzada de mutuo acuerdo entre ambos progenitores y, siendo tutelado por el juez, garantizará que dicha provisionalidad del derecho de uso sea conforme al interés más necesitado de protección. Este acuerdo, alcanzado por medio de convenio regulador, es aplicable tanto para los supuestos de guarda y custodia en exclusiva de un progenitor como para los supuestos de guarda y custodia compartida entre ambos progenitores¹⁰⁸. Es la solución más favorable tanto para los progenitores como para los hijos menores, pues si bien no desarrollan un proyecto común de familia fruto de la crisis de convivencia, sí acercan posturas sobre el beneficio del menor. Las figuras resultantes pueden ser fruto de la autonomía de la voluntad de los progenitores, así como la adopción de alguna de las previstas en el siguiente epígrafe. No obstante, se introducen también en este apartado aquellos acuerdos alcanzados antes de contraer matrimonio o al inicio de este, para cualquier contienda que se diera posterior a la celebración del matrimonio, y los cuales son denominados como pactos prematrimoniales o «*pactos de previsión de ruptura*¹⁰⁹».

3.- Atribución del derecho de uso de la vivienda familiar sin acuerdo entre los progenitores y en modelos de guarda y custodia exclusiva.

En este supuesto, así como en los supuestos siguientes, la no existencia de acuerdo entre los progenitores obliga al ordenamiento y al propio juez a establecer

¹⁰⁷ DOMINGO MONFORTE, José, «Custodia compartida y vivienda familiar. La nueva doctrina jurisprudencial», *Diario La Ley*. nº 9012. Editorial Wolters Kluwer. 2017.

¹⁰⁸ CHAPARRO MATAMOROS, Pedro, «*Derecho de uso y vivienda familiar: Su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*», Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 146.

¹⁰⁹ VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, *op. cit.*, pág. 14, así como lo dispuesto en las soluciones acordadas por acuerdo en este estudio.



una de las soluciones posibles para garantizar el interés de mayor protección, según lo dispuesto en el art. 91 Cc¹¹⁰. En este sentido, la atribución sin acuerdo del derecho de uso, en el modelo de guarda y custodia en exclusiva, está previsto en el art. 96.1 Cc¹¹¹. Este artículo atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar «*a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden*», con un carácter temporal fijado en el alcance de la mayoría de edad, así como un carácter circunstancial sobre la vivienda, conservando las características de habitualidad, permanencia y familiaridad; así como del interés de mayor protección, no siendo satisfecho el interés del menor durante este tiempo. Esta solución suele devenir en la práctica como consecuencia de la falta de mutuo respeto o actitud razonable entre ambos progenitores para la elaboración de un proyecto común sobre el menor, impidiendo la aplicación del modelo de guarda y custodia compartida, y por ende, una atribución de guarda y custodia en exclusiva con derecho de uso de la vivienda familiar alcanzado sin acuerdo.

4.- Atribución del derecho de uso de la vivienda familiar sin acuerdo entre los progenitores y en modelos de guarda y custodia no exclusiva.

Como se ha expuesto anteriormente, la normativa sobre los modelos de atribución de guarda y custodia del menor tiene su última modificación en 2005, donde integra tanto el régimen de guarda y custodia compartida como otras figuras resultantes. No obstante, la redacción del art. 96.1 del Cc, que prevé la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar cuando no se alcanza acuerdo entre los progenitores, no fue modificada paralelamente junto a esta última reforma, siendo tan solo aplicable en el modelo de guarda y custodia en exclusiva de un progenitor. El mismo art. 96.2 Cc establece que «*cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente*». En este último supuesto, la atribución de la vivienda familiar está prevista para el

¹¹⁰ Este artículo, en relación con las medidas definitivas establecidas en el art. 774 lec.

¹¹¹ Este artículo reconoce que «*en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden*».



modelo de guarda y custodia partida, con separación de hermanos, pero no explícitamente para el modelo de guarda y custodia compartida. Es por ello que para este modelo, la jurisprudencia realiza una aplicación analógica tanto del apartado 96.2 Cc, por ser la guarda y custodia partida el modelo más similar a la guarda y custodia compartida; a su vez que del propio art. 96.1 Cc, al entender que, en una interpretación extensiva, el menor de edad estará siempre al cuidado de un progenitor, aunque por periodos alternos. Para esta aplicación analógica, la jurisprudencia establece una serie de criterios ad hoc que, de encontrarse implícito en el supuesto concreto, podrá determinar una atribución concreta de la vivienda familiar. Estos criterios son tanto de la existencia del derecho de uso de la vivienda familiar, como es la anteriormente citada «garantía del interés de mayor protección»; de la anteriormente citada «provisionalidad del derecho de uso de la vivienda familiar»; así como de los criterios de atribución de la guarda y custodia compartida, como son la petición de alguno de los cónyuges, la disponibilidad de los progenitores, la actitud razonable entre ambos progenitores, así como los anteriormente citados en epígrafes anteriores.

El Tribunal Supremo declara que *«todo régimen de custodia tiene sus ventajas y sus inconvenientes y que la primacía del sistema de custodia compartida que destaca la parte recurrente no es tal, pues lo que ha de primar es aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores¹¹²»*. Es por ello que, si entiende que todos los modelos de guarda y custodia tienen sus ventajas e inconvenientes ponderados en su aplicación, también ocurre ello en las soluciones concretas sobre la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar. Entre estas soluciones previstas para el modelo de guarda y custodia compartida se encuentran:

A) La alternancia domiciliaria del menor en garantía del interés más necesitado de protección:

¹¹² STS número 961/2011, de 10 enero. (RJ 2012\3642).



En este supuesto de atribución de la vivienda familiar se tiene en cuenta principalmente la garantía del interés más necesitado de protección, la propia voluntad del menor, el mantenimiento del «statu quo», y principalmente, la cercanía de las residencias de los progenitores, así como el periodo de tiempo de convivencia establecido entre ambos progenitores en la determinación de la guarda y custodia. En estos supuestos debe estar garantizado la existencia, o posible existencia futura, de la vivienda de cada progenitor, en la cual residirá el menor en los periodos establecidos de convivencia alterna.

Si este periodo de convivencia es diferente entre ambos progenitores, la vivienda familiar se atribuirá, de iure, al menor y el progenitor no titular con quien más tiempo resida este¹¹³. Si bien ambas viviendas de los progenitores se considerarán de facto «vivienda familiar» en los periodos en los que el menor resida en ellas, la vivienda donde más tiempo resida este se considerará la vivienda privilegiada o principal (a plenos efectos de domiciliación, residencia entre otros). Esta solución se fundamenta principalmente en el mantenimiento del «statu quo» del menor como garantía del interés más necesitado de protección. Es la solución genérica y de mayor aplicación en los supuestos de atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en el modelo de guarda y custodia compartida.

Si este periodo de convivencia es igual para ambos progenitores, la atribución de la vivienda familiar no podría fundamentarse en este criterio, puesto que se estaría vulnerando el principio de igualdad entre ambos progenitores. Es por ello que en este segundo supuesto se atribuirá temporalmente atendiendo al interés más necesitado de protección en el caso de que existan diferencias tangibles entre ambos progenitores¹¹⁴. En este supuesto, dentro de este interés repercuten circunstancias del progenitor más necesitado de protección, como puede ser la no titularidad de la vivienda familiar, la capacidad económica de este, la no titularidad o disponibilidad

¹¹³ Este periodo de tiempo puede ser ligeramente diferente, como se ha hecho mención anteriormente. En los casos de ser notoriamente diferente, no se estaríamos refiriendo al modelo de guarda y custodia repartida, cuya ventaja es que esta, al tener periodos extensos de convivencia con el menor, no consideraría la distancia como requisito principal para la atribución.

¹¹⁴ MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa, *op. cit., loc. cit.*



económica de acceso a una segunda vivienda, o bien, que la distancia de esta segunda vivienda de la que es titular impida desarrollar correctamente los derechos y deberes de la guarda y custodia compartida¹¹⁵.

La principal consecuencia en la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar es la constante alternancia del menor entre los domicilios de los progenitores, pudiendo repercutir ello en el desarrollo de este, como se ha hecho mención anteriormente. Estos efectos negativos sobre el menor son los mismos inherentes del propio modelo de guarda y custodia compartida, que se reflejan en las soluciones de atribución del derecho de uso permitidas por el ordenamiento. No obstante, estos efectos son atenuados cuanto mayor sea el periodo de tiempo de convivencia establecido con cada progenitor, o sensu contrario, cuanto menor sea la alternancia entre ambos domicilios, como se expuso en el modelo de guarda y custodia compartida.

B) La no atribución de la vivienda familiar o liquidación:

En los supuestos en donde el interés superior del menor está satisfecho por existir (o poder existir) habitación para el menor en ambos periodos de guarda y custodia compartida, y las circunstancias entre ambos progenitores son equitativas, la solución sobre la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar podría ser no considerarla, en los casos en que la titularidad de esta pertenezca a uno solo de los progenitores y por lo tanto no habiendo existencia de limitación de uso (ponderando así en favor del derecho de propiedad); o bien, si la titularidad es de ambos progenitores, proceder a la liquidación de esta tanto por su arrendamiento o venta a un tercero y distribución de las ganancias, como por la compensación o venta de la parte proporcional de uno de los progenitores al otro progenitor titular¹¹⁶. En este último supuesto, puede incluso valorarse la venta de esta para la adquisición de otras viviendas que sí garanticen el interés más necesitado de protección, o,

¹¹⁵ GONZALEZ DEL POZO, Juan Pablo, *op.cit.*, *loc.cit.*

¹¹⁶ CHAPARRO MATAMOROS, Pedro, *op. cit.* pág. 372, así como la propia desafección de la vivienda familiar, como se prevé en la STS número 576/2014, de 22 octubre (RJ 2014\5023), en supuestos donde los intereses más necesarios de protección están garantizados.



dependiendo de la relación de los progenitores, de la titularidad de la vivienda y de las dimensiones de esta, atender al supuesto excepcional de convivencia conjunta expuesto en el siguiente epígrafe.

Supuesto diferente consiste en la no atribución de la vivienda familiar como consecuencia de que la titularidad de la vivienda recae sobre terceros. Dentro de este supuesto se puede encontrar la cesión en precario de un familiar sin término para deshabitar, o por otra parte, el establecimiento de un término en aplicación de un comodato¹¹⁷. El principal problema en estos supuestos acontece con la crisis familiar de convivencia y la adjudicación de esta al progenitor sin consanguineidad con el titular, lo que deviene en un futuro proceso de desahucio. En los supuestos de comodato (también aplicable para arrendamientos con un tercero no familiar), el mero hecho de la existencia de un título legitimante permite la ponderación a favor del derecho de uso sobre el derecho de propiedad¹¹⁸. No obstante, en los supuestos de ocupación en precario, el ordenamiento pondera el derecho de propiedad sobre el derecho de uso de la vivienda al entender que *«para que el juez pueda constituir el derecho de uso sobre la vivienda familiar debe existir un derecho de ocupación previo por parte de los cónyuges»*¹¹⁹. En este último supuesto, se resolverá lo procedente que permita garantizar la habitación del menor por medio de otra vivienda aunque esta no tenga la consideración de vivienda familiar¹²⁰.

C) El supuesto excepcional de convivencia conjunta tras la crisis familiar:

Este supuesto, de carácter excepcional, si bien puede ser propuesto por una de las partes, suele acordarse en la práctica tan solo para los supuestos de atribución de derecho de uso solicitada de común acuerdo, previsto en el art. 92 Cc. En este

¹¹⁷ La principal diferencia entre precario y comodato se encuentra en la temporalidad y destino de esta, según lo establecido en los art. 1749 y 1750 Cc entendiéndose que *«el comodante no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluido el uso para que la prestó. Sin embargo, si antes de estos plazos tuviere el comodante urgente necesidad de ella, podrá reclamar la restitución»*.

¹¹⁸ Ello se encuentra en el fundamento de derecho séptimo de la STS número 576/2014, de 22 octubre (RJ 2014\5023), donde el cónyuge no arrendatario se subrogará sobre el título habilitante.

¹¹⁹ CHAPARRO MATAMOROS, Pedro, *op. cit.*, pág. 149.

¹²⁰ STS número 695/2011, de 10 octubre (RJ 2011\6839).



supuesto, todos los criterios utilizados para la atribución del derecho de uso alcanzan una solución que garantiza el interés más necesitado de protección a su vez que un proyecto, de común acuerdo, en beneficio del desarrollo del menor. De facto, existe una convivencia común entre ambos progenitores; de iure, dicha convivencia no despliega efectos como si de un matrimonio o pareja de hecho se tratara. Suele aplicarse en supuestos de ruptura del vínculo matrimonial o de pareja de hecho, pero acordado de común acuerdo, o incluso no siendo así, para supuestos donde la vivienda familiar tiene unas dimensiones que permitan dividirla o segregarla en dos viviendas, y que estas resultantes posean las condiciones de habitabilidad y garantía del interés superior del menor¹²¹. No es un supuesto en sí de atribución de la vivienda familiar, sino una solución excepcional que vacía de contenido esa posible atribución¹²².

D) El supuesto excepcional de vivienda nido o modelo de anidación:

Como ocurre con el supuesto anterior, el modelo de anidación es considerado también en la práctica como una solución excepcional. Este supuesto busca solventar la principal consecuencia inherente en el modelo de guarda y custodia compartida, la cual ha sido mencionada anteriormente: La alternancia domiciliaria del menor o el efecto «niño maleta». Para ello, la atribución de la vivienda familiar acaece sobre el menor, siendo ambos progenitores los que alternan la convivencia con este en los mismos periodos establecidos en la guarda y custodia compartida, siendo por tanto subsumible a lo dispuesto en el art. 96. 1 Cc. La provisionalidad de uso de esta, contrario a los supuestos genéricos de guarda y custodia compartida, será hasta que el menor alcance la mayoría de edad, mientras que para cada progenitor será en los periodos que convivan con este. Es por ello que esta solución es recomendable en los supuestos de guarda y custodia compartida con amplios

¹²¹ VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, *op. cit.*, pág. 36, así como también en la STS número 262/2012, de 30 abril (RJ 2012\523), la cual establece la garantía de habitabilidad, y sensu contrario, no permitiendo tales divisiones si no hay dicha garantía.

¹²² PINTO ANDRADE, Cristóbal, *op. cit.*, pág. 10.



periodos de convivencia, o también, para los supuestos de guarda y custodia repartida.

Su fundamentación principal reside en el mantenimiento del «statu quo» del menor, así como en el propio desarrollo de este en garantía del interés más necesitado de protección. No obstante, se observa también la petición de ambos cónyuges y la propia voluntad del menor de vivir en ella¹²³. Es criterio para su aplicación la propia disponibilidad económica de los progenitores, pues este modelo implica de facto el mantenimiento de tres viviendas: La vivienda familiar, donde residirá el menor, y las viviendas de cada uno de los progenitores cuando no estén residiendo con el menor. Cabe el supuesto, en el caso de que exista una buena relación entre los progenitores, que este sistema pueda adoptarse con tan solo el mantenimiento de dos viviendas, donde la alternancia entre los progenitores ocurre entre ambas viviendas¹²⁴. Esta última solución hace más favorable la aplicación de la vivienda nido, solventando el principal problema de esta medida, considerada antieconómica por naturaleza.

En el mismo sentido, es también criterio para su aplicación disponibilidad temporal de los progenitores, pues este modelo implica una constante mudanza en los periodos de convivencia con el menor, que como consecuencia implica un mayor distanciamiento del puesto de trabajo del progenitor. Finalmente, si bien es solicitado por ambos progenitores, será criterio relevante para su aplicación el tipo de relación que exista entre estos, al considerar que, fruto de la convivencia alterna, se puedan ocasionar nuevos problemas no existentes anteriormente¹²⁵.

¹²³ Existen supuestos donde el menor, al concebir que en esa vivienda ha vislumbrado la ruptura de sus progenitores, no desee vivir en ella alternamente con cada progenitor.

¹²⁴ CHAPARRO MATAMOROS, Pedro, *op. cit.* pág. 343.

¹²⁵ Estos pueden ser en la relación con los horarios del menor, con la limpieza de esa vivienda nido (así como la alterna, en el caso de utilizar tan solo dos viviendas), la entrada de nuevas terceras parejas, así como cualquier otro como consecuencia de la convivencia alterna en la misma vivienda.



Este modelo tan solo ha tenido buenos resultados en supuestos excepcionales y transitorios¹²⁶. En la mayoría de supuestos donde se ha adoptado la modalidad de vivienda nido no se ha conseguido garantizar el interés más necesitado de protección, llegando incluso a agravarlos y a considerarse, por los tribunales, como un modelo menos garantista que el tradicional de alternancia domiciliaria del menor, a su vez que oneroso en la generalidad de los supuestos. Ello declara el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de enero de 2020, al exponer que «*la rotación en la vivienda familiar no es un sistema que vele por el interés de los menores, ni es compatible con la capacidad económica de los progenitores*¹²⁷». Es por ello que como en el supuesto anterior, esta una solución excepcional planteada cuando aquellas circunstancias son garantistas del interés más necesitado de protección, y a su vez, se presentan en supuestos de disoluciones del vínculo familiar no contenciosas y con acuerdo entre los progenitores homologado por el juez. Entre ellas, la solución más deseable de vivienda nido es aquella que implicara tan solo el mantenimiento de la vivienda familiar y una secundaria de alternancia entre los progenitores, y que, a su vez, estas estuvieran en cercanía, garantizando así tanto el interés superior del menor, como un menor menoscabo del interés de los progenitores como consecuencia de la alternancia domiciliaria. En los supuestos en que esto no ocurra así, y como consecuencia de la sentencia anteriormente mencionada, se plantea una ponderación en favor de la alternancia domiciliaria del menor, considerando que, si bien esta es una consecuencia no beneficiosa para el menor pero implícita en el sistema de guarda y custodia compartida, esta solución garantiza, con mayor certeza, un desarrollo más beneficioso del menor que la propia modalidad de vivienda nido. Finalmente, de no poder aplicarse la modalidad de

¹²⁶ Ejemplo de ello es la STS número 343/2018, de 7 junio (RJ 2018\2857), así como otras donde es de aplicación el régimen foral. Esta medida suele ser transitoria hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, en los supuestos donde la propiedad de la vivienda es de ambos progenitores.

¹²⁷ STS número 15/2020, de 16 enero (RJ 2020\666), así como en el mismo sentido la desaconsejan el 89% de los abogados de Derecho de Familia, según lo dispuesto en el «*I Observatorio del Derecho de Familia*», Asociación Española de Abogados de Familia (AEFA), 2019, también en el mismo sentido se establece en el «*Encuentro entre magistrados y jueces de familia y abogacía especializada*», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2015, así como en otras sentencias donde es de aplicación el régimen foral.



vivienda nido, se atenderá a alguno de los supuestos expuestos anteriormente: Atribución al menor y al progenitor con quien tuviera un mayor periodo de convivencia, o, por consiguiente, al progenitor con interés más necesitado de protección, siendo en última instancia, el supuesto de liquidación de la vivienda familiar.

VII.- EL ANTEPROYECTO DE LEY DE SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL

Ante el escenario jurídico y social expuesto en este trabajo, el ordenamiento jurídico no ha cesado en el intento de adaptar la norma jurídica a las demandas de la sociedad del momento, así como solventar las lagunas jurídicas dispuestas en este con respecto a las relaciones paterno filiales¹²⁸. Por una parte, atendiendo al desarrollo legislativo de los diferentes derechos forales en la citada materia; por otra parte, a partir de lo complementado en los últimos años por medio de jurisprudencia, positivándolo en la norma¹²⁹. Con esta premisa se aprueba el «Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia¹³⁰». Si bien este adapta diferentes medidas y efectos fruto de la crisis familiar, así como otros de carácter

¹²⁸ La positivación del desarrollo normativo es una de las principales demandas del «*I Observatorio del Derecho de Familia*», Asociación Española de Abogados de Familia (AEFA), 2019. Por otra parte, de no alcanzarse una positivación de la jurisprudencia, se plantea como propuesta subsidiaria la creación de más juzgados especializados en Familia.

¹²⁹ Las competencias del Derecho Foral sobre la materia se establecen por medio de una interpretación sensu contrario del art 149.1.8 CE, donde establece que «*el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8.ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial*». También, con respecto a la jurisprudencia, esta «*complementa*» el ordenamiento jurídico según lo dispuesto en el art. 1.6 Cc.

¹³⁰ Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, aprobado en Consejo de Ministros el 19 de julio de 2013, y por el Consejo General del Poder Judicial el 19 de septiembre de 2013.



conceptual¹³¹, en lo relativo a este estudio, la medida más importante de este anteproyecto versa sobre los regímenes de guarda y custodia, los cuales condicionan la posterior atribución del derecho de uso de la vivienda familiar, como se ha expuesto anteriormente. En lo que a estos respecta, el anteproyecto realiza una supresión de la preferencia de la guarda y custodia monoparental, así como también de la excepcionalidad de la guarda y custodia compartida, no estableciendo preferencia por ninguno de los modelos, sino tan solo permitiendo, en el mismo plano de garantías, el modelo que mejor se adapte al interés superior del menor. A su vez, el anteproyecto positiva los criterios establecidos anteriormente por jurisprudencia para la aplicación de esta guarda y custodia compartida. Sobre estos criterios, el anteproyecto, por medio de modificación del Código civil, propone la redacción de un nuevo artículo 92 bis en el cual recoge dichos criterios establecidos anteriormente por la jurisprudencia¹³².

A su vez, sobre la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar, y en el mismo sentido que ha seguido la jurisprudencia y el derecho foral en los últimos años, el anteproyecto establece, en su propuesta de modificación del artículo 96 Cc, la previsión de la alternancia domiciliaria entre *«el lugar o lugares de residencia de los hijos menores»*, así como también reconoce jurídicamente la posible aplicación de una vivienda nido, al permitir la alternancia de vivienda entre los progenitores. Disipa las dudas sobre el empadronamiento del menor en caso de alternancia domiciliaria, pues el anteproyecto prevé la determinación de un lugar

¹³¹ Entre esas adaptaciones conceptuales, el anteproyecto sustituye en el texto los términos «patria potestad» por «responsabilidad parental», o el término «régimen de visitas» por «régimen de estancia» entre otros. No obstante, en otros supuestos no actualiza el concepto, como es el caso de «cónyuges», que, si bien por jurisprudencia se engloba a las parejas de hechos y los hijos extramatrimoniales, esta era una oportunidad para positivarlo en la norma por parte del legislativo.

¹³² Así lo dispone el anteproyecto en su propuesta de modificación cuarta del Código civil al establecer un nuevo artículo 92 bis que recoge que se *«deberá prestar especial atención, en todo caso, a la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; a la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos; a la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; a la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; a la situación de sus residencias habituales, a la existencia de estructuras de apoyo en los respectivos ámbitos de los padres, al número de hijos y a cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos de especial relevancia para el régimen de convivencia»*.



de empadronamiento del menor, a la vez que disipa las dudas sobre el destino y la temporalidad del derecho de uso, estableciendo este «*hasta que tenga la obligación de prestarles alimentos o se liquide la vivienda*» siempre y cuando haya sido atribuida en aplicación del interés superior del menor. Por otra parte, si esta última se atribuye al progenitor más necesitado de protección, establece una temporalidad de uso de dos años, prorrogables por un año más.

En el mismo sentido, y en relación con el objeto de estudio, el anteproyecto realiza un mayor énfasis en el acuerdo de los progenitores o «*plan de ejercicio de la patria potestad, como corresponsabilidad parental, en relación con los hijos*», el cual debe ser aprobado por el juez en garantía del interés más necesitado de protección, y necesario tanto para las atribuciones de mutuo acuerdo como para las contenciosas entre los progenitores. Si bien por medio de la jurisprudencia se reconocía ello como «plan contradictorio» para prever todas las medidas que regirían la guarda y custodia del menor y proporcionar una mayor seguridad jurídica, la principal diferencia entre lo dispuesto en la jurisprudencia y lo recogido en el anteproyecto radica en la influencia de las soluciones previstas en los regímenes forales, buscando en este supuesto fomentar el alcance de un acuerdo entre los progenitores para la elaboración de un plan común así como de los «*compromisos que asumen respecto a la guarda y custodia, el cuidado y la educación de los hijos, así como en el orden económico*» tanto para los supuestos de atribución de la guarda y custodia por convenio regulador, así como para aquella atribución sin acuerdo. Ello es reconocido como «*plan de parentalidad*» en el Código de leyes civiles de Cataluña¹³³, teniendo este un carácter preceptivo y fomentando la búsqueda de acuerdos entre los progenitores, tanto para la atribución de la guarda y custodia del menor, como para la atribución de la vivienda familiar según las circunstancias iniciales a la atribución, alcanzando similares soluciones a las previstas por jurisprudencia y estudiadas en epígrafes anteriores. En el mismo

¹³³ Así lo dispone el art. 233-9 del Código de leyes civiles de Cataluña al establecer que «*1. El plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos*».



sentido se recoge el «*pacto de convivencia familiar*» para los supuestos previstos en el régimen foral valenciano, previos a la posterior sentencia de inconstitucionalidad¹³⁴, aunque, en lo respectivo a la vivienda familiar, en este caso se recogían prohibiciones de atribución en los supuestos de guarda y custodia exclusiva existiendo segundas viviendas o situaciones «*ex novo*», ello incentivado por existir un mayor alcance dispositivo del progenitor custodio, en relación con el derecho de uso del régimen común. Similares soluciones en la compilación de derecho civil de Navarra, así como la ley de derecho civil vasco, donde también recogen la temporalidad máxima de 2 años sobre el derecho de uso de la vivienda atribuida al progenitor más necesitado de protección.

Finalmente, y también en el mismo sentido, se establece ello en el Código de derecho foral de Aragón al recogerlo como «*pacto de relaciones familiares*¹³⁵», donde la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar se prevé en aplicación del «*mejor interés para las relaciones familiares*» como principio de aplicación, estableciendo tanto el interés del menor como el principio de igualdad entre los progenitores para el acceso a una vivienda en un mismo plano. No obstante, esta normativa foral está en constante evolución, pues si bien su última modificación terminó con la preferencia por la custodia compartida como régimen general¹³⁶, consecuencia de ello se exploran, a día de hoy, otras modificaciones futuras que permitirían la actuación de un «*coordinador parental*¹³⁷», figura intraprocesal

¹³⁴ Así está previsto en el artículo 4 de la ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, al reconocer esta figura estableciendo «*cuando los progenitores no convivan o cuando su convivencia haya cesado, podrán otorgar un pacto de convivencia familiar, en el que acordarán los términos de su relación con sus hijos e hijas*». Es vigente su aplicación para los supuestos anteriores a la sentencia del Tribunal Constitucional número 192/2016, de 17 noviembre (RTC 2016\192).

¹³⁵ Art. 77 del Código del derecho foral de Aragón «*los padres podrán otorgar un pacto de relaciones familiares como consecuencia de la ruptura de su convivencia, en el que fijarán los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos*».

¹³⁶ Ley 6/2019, de 21 de marzo, que modifica el Decreto Legislativo 1/2011 o «Código del Derecho Foral de Aragón».

¹³⁷ Aparece prevista en la sentencia del Tribunal superior de justicia de Cataluña número 11/2015, de 26 febrero (RJ 2015\1236) al reconocer esta figura intraprocesal «*facultado para entrevistarse con todos los miembros de la familia, con los médicos, responsables del centro escolar y profesores, en su caso, y deberá establecer con el mayor grado de consenso posible el calendario, las pautas y las condiciones para la normalización de la relación paterno filial*».



similar al perito judicial, instalada ya en CCAA tanto de Cataluña como de Madrid, y cuya función principal es la elaboración de un informe que permitiría conocer la realidad de la familia tras la crisis familiar de convivencia en supuestos donde los medios aportados por las partes no ofrecen los suficientes elementos para que el juez pueda tomar una decisión¹³⁸.

El último aspecto a destacar del anteproyecto, en relación con el objeto de trabajo, es el fomento de este sobre la institución de la mediación como método alternativo para resolver las discrepancias que derivan de la propia crisis familiar. Si bien la positivación de los criterios para la atribución de la guardia y custodia reduciría la mayor parte de las controversias del proceso, entendiendo que «*la conflictividad en los divorcios de parejas con hijos viene motivado por la disputa en el régimen de custodia de los hijos y por las medidas económicas consiguientes*¹³⁹» como es la vivienda familiar, el propio anteproyecto establece una redacción orientada al acuerdo de los progenitores como solución más garantista sobre el interés más necesitado de protección, fuera esta alcanzada libremente por los progenitores por medio de convenio regulador así como por un plan de corresponsabilidad parental, o asistida de la figuras del coordinador parental o por consiguiente, el mediador¹⁴⁰.

¹³⁸ *Coordinador parental* [En línea]. [Consulta: 30-6-2020] Disponible en: <https://coordinadorparental.org/diferencias-entre-mediador-y-coordinador-parental/>.

¹³⁹ «*I Observatorio del Derecho de Familia*», Asociación Española de Abogados de Familia (AEFA), 2019.

¹⁴⁰ CASADO CASADO, Belén, «Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial», *Diario La Ley*, nº 9177, Editorial La Ley, 2018, pág. 19.



VIII.- CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo ha sido el estudio sobre la regulación del derecho de uso de la vivienda familiar, así como su atribución en los supuestos de guarda y custodia compartida. A partir de lo establecido en el ordenamiento jurídico, así como en las medidas condicionantes de esta, alcanzamos las siguientes conclusiones:

1ª. El ordenamiento jurídico prevé la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en el art. 96 del Cc, el cual ha sido principalmente desarrollado por medio de jurisprudencia tanto para definir el concepto como para extender sus efectos a otros supuestos, así como para su posterior atribución. Esta extensión jurídica de los efectos alcanza tanto a las crisis familiares de convivencia matrimonial, como aquellas originadas en parejas de hecho, a su vez que generando los mismos efectos para los hijos frutos de estas, sean matrimoniales o extramatrimoniales.

2ª. Este derecho de uso de la vivienda familiar tiene un carácter provisional tanto en el mantenimiento de las circunstancias iniciales que lo otorgaron, como en la determinación de un carácter temporal que impida vaciar de contenido el propio derecho de propiedad al que afecta. Esta duración estará, en la práctica y los supuestos de crisis familiar de convivencia con hijos mejores, determinada principalmente por la edad del menor y sus circunstancias, así como por el régimen de guarda y custodia determinado sobre el menor.

3ª. Fruto del desarrollo de este derecho, y como garantía implícita en el Derecho de Familia sobre asuntos que versen en menores, se establece el «*interés más necesitado de protección*», el cual abarca las garantías de desarrollo del menor, así como subsidiariamente, las del progenitor más necesitado de protección como consecuencia de la crisis familiar de convivencia, al entender el vínculo fraternal entre este y el menor como necesario de protección. Este principio será garantizado por el juez incluso en los supuestos alcanzados de mutuo acuerdo.



4ª. El principal problema de este derecho versa sobre su atribución en los supuestos de crisis familiar de convivencia con hijos menores, el cual está condicionado por la determinación previa del modelo de guarda y custodia del menor. A su vez, el ordenamiento jurídico no ha desarrollado legislativamente de forma precisa el modelo de guarda y custodia compartida, debiendo adaptar la jurisprudencia los criterios de atribución del derecho de uso de la vivienda familiar sobre este modelo.

5ª. Sobre el modelo de guarda y custodia compartida, la jurisprudencia lo ha establecido como el régimen «*normal e incluso deseable*» en los supuestos de crisis familiar de convivencia. No obstante, en la práctica, este modelo lleva implícito la alternancia domiciliaria entre los menores o «*fenómeno del niño maleta*» como principal consecuencia negativa en el desarrollo del menor, e implícito en la ruptura de la convivencia entre los progenitores. Aun así, y en ponderación en favor del interés superior del menor, el ordenamiento opta, de no hallarse otra solución, por dicha alternancia domiciliaria en preferencia del régimen de guarda y custodia en exclusiva de un progenitor, al entender que es más beneficioso el mantenimiento de los lazos con ambos progenitores.

6ª. Fruto de esta adaptación de criterios de atribución del derecho de uso de la vivienda familiar, se establece por medio de jurisprudencia tantas soluciones como situaciones posibles se presenten en la sociedad y en garantía del interés más necesitado de protección, estableciendo respuestas para viviendas en propiedad de uno de los progenitores, en propiedad de ambos, en arrendamiento, en precario, así como las variaciones surgidas en estas según el condicionante régimen de guarda y custodia establecido anteriormente a la atribución de la vivienda.

7ª. Una de las figuras resultantes como consecuencia de la adaptación de los criterios de atribución de la vivienda familiar sobre el modelo de guarda y custodia compartida es la «*vivienda nido*», el cual, junto con la convivencia de facto de los progenitores, es el único modelo que garantiza el mantenimiento del «*statu quo*» del menor, tanto en lo referido a los vínculos fraternales con sus progenitores, como



en la no alternancia domiciliaria, al residir en la vivienda familiar. Si bien la jurisprudencia entiende, en la mayor parte de los casos, que esta medida es generadora de nuevos problemas tanto personales como económicos. No obstante, se han dado casos donde, por medio de acuerdo entre los progenitores, esta puede ser incluso una medida beneficiosa para todos los miembros afectados.

8ª. Si bien es encomiable la labor de la jurisprudencia en «*complementar*» el ordenamiento jurídico y adaptarlo a las demandas de la sociedad actual, es responsabilidad del legislativo el correcto desarrollo jurídico de dicha materia, necesaria de una adaptación legislativa que positivase la labor jurisprudencial de los últimos años, en garantía de una mayor seguridad jurídica.

9ª. El último intento por parte del legislativo sobre la regulación de dicha materia ha sido con el «*Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia*» el cual positivaba el desarrollo jurídico alcanzado por parte de la jurisprudencia, a su vez que el avance legislativo sobre la materia realizado por los diferentes regímenes de derecho foral, a su vez que fomenta aquellas soluciones alcanzadas por acuerdo entre los progenitores, tanto a instancia de parte, como por medio de figuras intraprocesales, como el coordinador parental, o extraprocesales como el mediador familiar.



IX.- BIBLIOGRAFÍA

Recursos electrónicos:

- ALASCIO CARRASCO, Laura; MARÍN GARCÍA, Ignacio, «Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 Cc», *Indret: revista para el análisis del derecho*, 2007.
- CASADO CASADO, Belén, «Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial», *Diario La Ley*, nº 9177, Editorial La Ley, 2018.
- CHAPARRO MATAMOROS, Pedro, «Derecho de uso y vivienda familiar: Su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares», Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- CERVILLA GARZÓN, María Dolores, «Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día», *Indret: revista para el análisis del derecho*, 2017.
- DOMINGO MONFORTE, José, «Custodia compartida y vivienda familiar. La nueva doctrina jurisprudencial», *Diario La Ley*, nº 9012, Editorial Wolters Kluwer, 2017.
- GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, María Luisa, «Vivienda Familiar», *Cuadernos de estudios manchegos*, 2011, número 36.
- MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa, «Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», Thomson, Navarra, 2005.
- PINTO ANDRADE, Cristóbal, «La atribución judicial de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad», *Revista jurídica de Castilla Y León*, 2013, número 30.
- SALAZAR BORT, Santiago, «La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido», Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.



- SERRANO GARCÍA, José Antonio, «La custodia individual como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida», *Revista De Derecho civil Aragonés*, 2012, Nº 18.
- UREÑA CARAZO, Belén, «Ruptura de la pareja de hecho y uso de la vivienda familiar: análisis de la jurisprudencia más reciente» *Diario La Ley*, nº 8614, Editorial La Ley, 2015.
- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, «Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar: La necesidad de vivienda», *Indret: revista para el análisis del derecho*, 2016.
- «Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño», Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2008.
- «I Observatorio del Derecho de Familia», Asociación Española de Abogados de Familia (AEFA), 2019.
- «Encuentro entre magistrados y jueces de familia y abogacía especializada», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2015.
- «Informe reencuentro: sobre la custodia compartida, reencuentro de padres e hijos separados por una ley obsoleta y parcial», Asociación de padres de familias separados (APFS), Madrid, 2002.

Legislación utilizada

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código civil. Última actualización de 4 de agosto de 2018.
- Declaración de los Derechos del Niño 20 de noviembre de 1959.
- Constitución española 1978. BOE núm. 311, de 29/12/1978.
- Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.
- Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.



- Convención sobre los derechos del niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.
- Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.
- Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código civil de Cataluña.
- Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio.
- Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.
- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, aprobado en Consejo de Ministros el 19 de julio de 2013, y por el Consejo General del Poder Judicial el 19 de septiembre de 2013.

Jurisprudencia:

- **Base de datos Aranzadi digital.**
- STC número 176/2008, de 22 diciembre (RTC 2008\176).
- STC número 185/2012, de 17 octubre (RTC 2012\185).
- STC número 192/2016, de 17 noviembre (RTC 2016\192).



- STS de 19 octubre 1983. (RJ 1983\5333).
- STS de 30 abril 1991 (RJ 1991\3108).
- STS número 390/1994, de 29 de abril (RJ 1994\2978).
- STS número 905/1994, de 18 octubre (RJ 1994\7722).
- STS número 1199/1994, de 31 diciembre (RJ 1994\10330).
- STS de 17 septiembre 1996 (RJ 1996\6722).
- STS número 1165/1996, de 31 diciembre (RJ 1996\9223).
- STS número 151/2000, de 23 febrero (RJ 2000\1169).
- STS número 720/2002, de 9 julio (RJ 2002\5905).
- STS número 310/2004, de 22 abril (RJ 2004\2713).
- STS número 701/2004, de 7 julio (RJ 2004\5108).
- STS número 1036/2008, de 30 octubre (RJ 2009\403).
- STS número 1025/2008, de 29 octubre (RJ 2008\6923).
- STS número 1077/2008, de 13 noviembre (RJ 2009\5).
- STS número 565/2009, de 31 julio (RJ 2009\4581).
- STS número 623/2009, de 8 octubre. (RJ 2009\4606).
- STS número 94/2010, de 10 marzo (RJ 2010\2329).
- STS número 94/2010, de 11 marzo (RJ 2010\2340).
- STS número 961/2011, de 10 enero. (RJ 2012\3642).
- STS número 191/2011, de 29 marzo (RJ 2011\3021).
- STS número 221/2011, de 1 abril (RJ 2011\3139).
- STS número 236/2011, de 14 abril (RJ 2011\3590).
- STS número 258/2011, de 25 abril (RJ 2011\3711).
- STS número 451/2011, de 21 junio (RJ 2011\7325).
- STS número 642/2011, de 30 septiembre (RJ 2011\7387).
- STS número 695/2011, de 10 octubre (RJ 2011\6839).
- STS número 183/2012, de 30 marzo. (RJ 2012\4584).
- STS número 262/2012, de 30 abril. (RJ 2012\523).
- STS número 284/2012, de 9 mayo (RJ 2012\5137).
- STS número 325/2012 de 30 mayo (RJ 2012\6547).



- STS núm. 340/2012, de 31 mayo (RJ 2012\6550).
- STS número 257/2013, de 29 abril (RJ 2013\3269).
- STS número 426/2013 de 17 junio (RJ 2013\4375).
- STS número 576/2014, de 22 octubre (RJ 2014\5023).
- STS número 582/2014, de 27 octubre (RJ 2014\5183).
- STS número 5/2015, de 16 enero (RJ 2015\355).
- STS número 96/2015, de 16 febrero (RJ 2015\564).
- STS número 52/2015, de 16 febrero (RJ 2015\553).
- STS número 391/2015 de 15 julio (RJ 2015\2778).
- STS número 603/2015, de 28 octubre (RJ 2015\4785).
- STS número 753/2015, de 30 diciembre (RJ 2015\6239).
- STS número 52/2016, de 11 febrero. (RJ 2016\524).
- STS número 115/2016, de 1 marzo. (RJ 2016\736).
- STS número 130/2016, de 3 marzo (RJ 2016\2184).
- STS número 400/2016, de 15 junio (RJ 2016\2780).
- STS número 522/2016, de 21 julio (RJ 2016\3445).
- STS número 167/2017, de 8 marzo (RJ 2017\1633).
- STS número 395/2017, de 22 junio (RJ 2017\3040).
- STS de 22 noviembre 2017 (RJ 2017\5262). *Auto de inadmisión.*
- STS número 7/2018, de 10 enero (RJ 2018\74).
- STS número 95/2018, de 20 febrero (RJ 2018\573).
- STS número 343/2018, de 7 junio (RJ 2018\2857).
- STS número 641/2018, de 20 noviembre (RJ 2018\5086).
- STS número 15/2020, de 16 enero (RJ 2020\666).
- STSJ de Cataluña número 11/2015, de 26 febrero (RJ 2015\1236).
- SAP de Córdoba de 10 mayo 1993 (AC 1993\1050).
- SAP de Granada número 129/2007, de 23 marzo (JUR 2007\202905).