



Universidad  
de La Laguna  
Facultad de Derecho



Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2013/2014

Convocatoria: Julio

## **LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR**

### **EN CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA**

#### **FAMILY RESIDENCE CONFERRING IN SHARED CUSTODY CASES**

**Realizado por la alumna D<sup>a</sup>.** Patricia María Ibarrola Redondo

**Tutorizado por la profesora** Dra. María Aránzazu Calzadilla Medina

**Departamento:** Disciplinas Jurídicas Básicas

**Área de conocimiento:** Derecho Civil

ABSTRACT
<p>Taking in consideration the importance that nowadays family residence represents to married or any kind of partnership, the assignment to one or another member and the details to reach the result in case of Court Resolutions are the main aim of this project. In our Spanish Civil Code, article 96 associates the attribution of the family residence to the parent who is liable in the custody of the children under age. This situation becomes a problem when we meet shared custody cases, because both of them are liable in the custody. In this situation, it has been Judges and Courts who have fixed the judgments to assign the present project. To conclude this project, we also study the draft law related to the exercise of parental corresponsibility in cases of nullity, separation and divorce, all which demonstrates the need of a legal reform of our Civil Code in this context.</p>

RESUMEN
<p>Teniendo en cuenta la importancia que para cualquier matrimonio o pareja representa la tenencia de una vivienda que se destine al hogar familiar, el presente trabajo tiene por objeto determinar cuáles son los criterios de atribución de la vivienda en los casos de crisis matrimonial utilizados por la jurisprudencia, con especial referencia a los casos de custodia compartida. El artículo 96 CC, asocia la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor al que se le atribuye la custodia de los menores, y ello trae problemas interpretativos en los casos en los que la custodia se otorga a ambos progenitores. Ante esta situación son los Jueces y Tribunales quienes han venido fijando unos criterios de atribución que se analizan en el presente trabajo. Por último, se lleva a cabo un estudio del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, cuya existencia, en definitiva, pone de manifiesto la necesidad de una reforma del Código Civil en esta materia.</p>

## ÍNDICE

<b>I.</b>	<b>PLANTEAMIENTO</b> .....	6
<b>II.</b>	<b>LA CRISIS FAMILIAR Y LA PROTECCIÓN DE LOS HIJOS MENORES: LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA</b> .....	7
	2.1. Actual regulación de la guarda y custodia compartida .....	8
	2.2. La protección del interés superior del menor .....	11
<b>III.</b>	<b>LA VIVIENDA FAMILIAR: RÉGIMEN JURÍDICO Y MEDIDAS DE ATRIBUCIÓN</b> .....	13
<b>IV.</b>	<b>ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: PRINCIPALES MODALIDADES DE ATRIBUCIÓN</b> .....	16
	4.1. Custodia compartida con domicilio fijo de los hijos .....	17
	4.2. Custodia compartida con domicilio rotatorio de los hijos .....	20
	a) Atribución exclusiva a los hijos y a uno de los progenitores en caso de cotitularidad del inmueble .....	21
	b) Atribución exclusiva a los hijos y al progenitor no titular .....	23
	c) Atribución exclusiva a los hijos y al progenitor titular dominical .....	26
	4.3. Otras modalidades .....	26
<b>V.</b>	<b>PRINCIPALES CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN UTILIZADOS POR LA JURISPRUDENCIA</b> .....	27
	5.1. El interés superior del menor.....	27
	5.2. El interés más necesitado de protección.....	28
	5.3. La titularidad de la vivienda .....	30
<b>VI.</b>	<b>EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL EN CASO DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO</b> .....	30
	6.1. Interés del menor y del cónyuge más necesitado de protección.....	33
	6.2. Destino definitivo de la vivienda familiar.....	35
	6.3. Atribución de la vivienda al cónyuge no titular y su limitación en el tiempo .....	35
	6.4. Distribución de las obligaciones económicas .....	36
	6.5. Medidas provisionales .....	38
<b>VII.</b>	<b>CONCLUSIONES</b> .....	38
<b>VIII.</b>	<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	41
<b>IX.</b>	<b>ANEXOS</b> .....	43

## **ABREVIATURAS**

**AP:** Audiencia Provincial

**Art:** Artículo

**BOC:** Boletín Oficial de Canarias

**BOE:** Boletín Oficial del Estado

**CC:** Código Civil

**CE:** Constitución Española

**LEC:** Ley de Enjuiciamiento Civil

**SAP:** Sentencia de la Audiencia Provincial

**STS:** Sentencia del Tribunal Supremo

**TS:** Tribunal Supremo

## I. PLANTEAMIENTO

De los efectos que derivan en los casos de nulidad, separación y divorcio el legislador admite el juego del principio de la autonomía de la voluntad a través de un instrumento jurídico denominado convenio regulador, que se erige como la fuente principal de la autorregulación jurídica de la materia. Sólo en los casos en los que los cónyuges no hayan alcanzado el acuerdo preceptivo podrá el juez acordar las medidas que vayan a regir la nueva situación que deriva de la ruptura matrimonial. El convenio debe tener un contenido mínimo, que está legalmente predeterminado por el artículo (en adelante art.) 90.1 Código Civil (en adelante CC) y que contiene, dentro de los extremos exigidos, la atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar doméstico<sup>1</sup>.

Uno de los problemas más relevantes a solucionar en la práctica en los casos de crisis matrimonial (nulidad, separación o divorcio) es el de determinar cuál de los progenitores ha de seguir ocupando la vivienda familiar, pues es una necesidad básica de la persona que, además, da lugar a un derecho constitucionalmente reconocido: el derecho a la vivienda, regulado en el art. 47 de la Constitución Española (en adelante, CE), donde se dispone que *“Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”*.

De este modo, siempre que se aborda jurídicamente un tema que está relacionado con la vivienda es frecuente señalar la importancia que para cualquier matrimonio o pareja estable representa la tenencia de una vivienda que se destine al hogar familiar, ya sea propiedad de ambos o de sólo uno de los progenitores. Todo ello debido a que la vivienda familiar atribuye, en la inmensa mayoría de los casos, el activo más valioso del patrimonio familiar.

Así pues, este bien de consumo es también muy importante desde un punto de vista económico y social: en primer lugar, es muy frecuente que la adquisición de dicho bien inmueble haya sido posible mediante la concesión de préstamos hipotecarios de larga duración (en ocasiones de hasta 40 años), a cuya amortización se destina habitualmente más de la mitad de los recursos económicos de los cónyuges o de la

---

<sup>1</sup> AFONSO RODRÍGUEZ, María Elvira, “Comentario al art. 90” en CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, *Código Civil Comentado. Volumen I. Título preliminar – De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I – De las personas. Libro II – De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones (Arts. 1 - 608)*, 1ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 491.

pareja disponibles para el sostenimiento de toda la familia<sup>2</sup>. En cuanto a la segunda perspectiva, la social, la vivienda determina el entorno físico en el que la persona se mueve a diario; es el lugar en el que desarrolla su intimidad y causa de hábitos y amistades, e incluso yendo más allá, según se busquen unos determinados u otros, se hace indicadora de la clase social a la que pertenece o pretende pertenecer las personas que en ella residen. Así, no es extraño que la propia CE proteja, como bien se ha comentado con anterioridad, el derecho de vivienda dentro de *los Principios Rectores de la Política Social y Económica* a los que dedica el Capítulo III<sup>3</sup>.

No obstante, el tema que nos proponemos a estudiar no versa sobre la vivienda en general, sino de la misma cuando trae consigo el atributo *familiar* y, particularmente, de su relevancia en los casos en los que, tras un caso de nulidad, separación o divorcio, se pretende establecer un régimen de custodia compartida. Teniendo en cuenta la ya mencionada alta relevancia que representa el derecho del uso de la vivienda familiar, no es de extrañar la gran variedad de conflictos que derivan a la hora de atribuir este derecho. Ello es consecuencia de la actual regulación del CC, que dificulta la asignación de un modelo de custodia compartida, pues sólo da respuesta a un modelo de guarda monoparental. Así pues, en el presente trabajo, analizaremos desde el punto de vista del régimen estatal las diferentes soluciones y criterios que la jurisprudencia de los últimos años ha consagrado a la hora de atribuir el derecho de uso de la vivienda familiar en los casos en los que el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos progenitores y, también a ambos, pero de forma alternativa, se ha confiado el cuidado de los hijos. También se analizará la trascendencia de la regulación de este tema, que, como bien ha declarado la doctrina y la jurisprudencia en varias ocasiones, necesita una urgente modificación, que se ha plasmado en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio.

## **II. LA CRISIS FAMILIAR Y LA PROTECCIÓN DE LOS HIJOS MENORES: LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA**

---

<sup>2</sup> REBODELLO VARELA, Ángel Luis; SEOANE SPIEGELBERG, José Luis; VALDÉS-SOLIS CECCHINI, Fernando y LÓPEZ BREA MARTÍNEZ, María Concepción, *El Derecho de familia ante la crisis económica*, 1ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2010, pág. 260.

<sup>3</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, P.1, 2 y 3 CC)*, 1ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 18.

De las diferentes consecuencias jurídicas que derivan de las crisis matrimoniales, en relación con los hijos quizás la más importante y trascendente sea la relativa al régimen de guardia y custodia de los mismos. En consecuencia, la determinación del régimen a aplicar es una cuestión muy delicada y difícil, ya sea por acuerdo de los progenitores o por decisión judicial, y por ello, para poder adoptarla hay que tomar en cuenta diferentes factores y circunstancias dirigidas a adoptar la resolución menos perjudicial para los hijos, ya que el interés prevalente del menor o *favor filii* debe ser siempre el orientador de la decisión judicial en cualquier cuestión que se plantee y afecte a los mismos, quienes normalmente se ven fuertemente afectados por la ruptura de la convivencia familiar<sup>4</sup>.

No existe un concepto legal de custodia, pero se identifica con la función de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía. De este modo, doctrinalmente, la guarda y custodia compartida ha sido definida como aquella “*situación, consecuencia del cese de la convivencia entre los progenitores, en la que ambos se hacen cargo de la atención diaria del menor de edad, asumen conjuntamente la responsabilidad parental y comparten las necesidades económicas del menor*”<sup>5</sup>. De este modo, a la hora de aproximar un concepto de guarda y custodia compartida es muy importante tener siempre en cuenta la nota de corresponsabilidad parental.

## **2.1. Actual regulación de la guarda y custodia compartida**

La redacción del antiguo art. 92 CC (hasta la reforma de la Ley 15/2005) no contemplaba la posibilidad de otorgar la guarda y custodia a ambos progenitores, aunque tampoco la prohibía. De este modo, la nueva regulación de la guarda y custodia, producida por 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, reformó

---

<sup>4</sup> AFONSO RODRÍGUEZ, María Elvira, “Comentario al art. 92” en CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, *Código Civil Comentado. Volumen I. Título preliminar – De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I – De las personas. Libro II – De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones (Arts. 1 - 608)*, 1ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 500.

<sup>5</sup> PARDILLO HERNÁNDEZ, Agustín, *Guarda y custodia compartida: análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, con referencia al marco normativo vigente*, Diario La Ley, Nº 8104, Sección Dossier, 13 Jun. 2013, Año XXXIV, Ed. LA LEY < [http://www.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYIji9tynt/SvVK1+B0oQiAYBMk2JBEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee++999577733ujudTif33/8/XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIH9+fB8/IorZ7LOnb3bo2X348GBv5xde5nVTVMvP9nZ27+3c332AD4rz66fV9M31Kv/sPCub/Bfmk6p6G7z3+5v2/w+IvvnwNUQAAAA==WKE#tDT0000199820\\_NOTA3](http://www.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYIji9tynt/SvVK1+B0oQiAYBMk2JBEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee++999577733ujudTif33/8/XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIH9+fB8/IorZ7LOnb3bo2X348GBv5xde5nVTVMvP9nZ27+3c332AD4rz66fV9M31Kv/sPCub/Bfmk6p6G7z3+5v2/w+IvvnwNUQAAAA==WKE#tDT0000199820_NOTA3) >

dicho precepto e introdujo de manera expresa esta modalidad de custodia. Se trata de una reforma fundamental en el ámbito del Derecho de la Familia en el que destaca el incremento de la autonomía de la voluntad de los cónyuges o pareja de hecho en los procesos matrimoniales, lo que tiene un impacto directo sobre la guarda y custodia. El legislador trata de este modo de adaptar el ordenamiento jurídico a la realidad social del momento, que prácticamente otorgaba la guarda y custodia en exclusiva a uno sólo de los progenitores, de forma que la relación con el otro se viera reducida a un régimen de visitas, lo que dificulta la comunicación y relación habitual con el menor. Por ello, al incorporar la custodia compartida en el ordenamiento jurídico se fomenta que ambos progenitores se responsabilicen de igual manera en lo relativo a sus obligaciones parentales una vez producida la crisis matrimonial<sup>6</sup>.

Es importante destacar la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) de 29 de abril de 2013 (número de resolución 257/2013), en la que se asienta doctrina jurisprudencial al interpretar que la redacción del art. 92 CC no determina que la custodia compartida “(...) se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable (...)”, lo que ayuda a favorecer la igualdad entre los progenitores y el fomento de la satisfacción del *favor filii*, teniendo en cuenta siempre cada caso concreto.

En este sentido, en el art. 92 CC se establecen dos regímenes jurídicos diferentes en este aspecto:

- La guarda y custodia consensuada, por acuerdo entre los progenitores en el convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.
- La guarda y custodia excepcional, cuando es solicitada por sólo uno de los progenitores, sin el acuerdo del otro, para el que se exigen una serie de requisitos de carácter inexcusable (informe del Ministerio Fiscal, fundamentación jurídica que declara que es la mejor manera de proteger el interés del menor, dictámenes de especialistas...).

En los procesos de ámbito privado se aboga por el principio de autonomía de la voluntad, pero éste no puede extrapolarse al ámbito que nos concierne, pues el estado se ve obligado a velar por la protección de los menores. Independientemente de ello, sea el

---

<sup>6</sup> ROMERO COLOMA, Aurelia María, *La guarda y custodia compartida: una medida familiar igualitaria*, 1ª ed., Reus, Madrid, 2011, pág. 73.

régimen consensuado o a propuesta de uno de los progenitores, no fija el precepto los criterios o directrices que ha de valorar el Juez para su aprobación más allá de las exigencias procesales ya apuntadas, sino sólo al resultado probatorio y a la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos<sup>7</sup>, aunque sí hay una densa serie de garantías para asegurar que la decisión judicial sobre la custodia sea adoptada siempre a favor del interés del menor<sup>8</sup>, que es lo primero que hay que tomar en consideración, así como la evidente aptitud y capacidad de ambos progenitores para atender al cuidado y atención de sus necesidades materiales y afectivas, la edad de los menores y la preocupación de ambos por el beneficio y educación de los mismos<sup>9</sup>.

El régimen de custodia de los hijos no sólo es importante y trascendente por su propio contenido y función, sino también porque su atribución condiciona habitualmente el sentido y el alcance de otras medidas de carácter económico<sup>10</sup>. De este modo, la atribución de la vivienda no será automática ni preferente, como ocurre en el caso del art. 96 CC que le atribuye automáticamente el derecho de uso de la vivienda al progenitor custodio<sup>11</sup>, que es el problema que analizaremos a continuación, pues esta cuestión que es habitualmente tan controvertida, lo es más aún en los supuestos de guarda y custodia compartida.

---

<sup>7</sup> AFONSO RODRÍGUEZ, María Elvira, “Comentario al art. 92” en CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, *Código Civil Comentado. Volumen I. Título preliminar – De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I – De las personas. Libro II – De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones (Arts. 1 - 608)*, 1ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 502.

<sup>8</sup> IVARS RUIZ, Joaquín, *La guardia y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil*, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 37. En este sentido: 1º. El juez garantizará el derecho del menor a ser oído. 2º. El deber del Juez a decidir sobre el ejercicio de la patria potestad en beneficio de los hijos. 3º. La obligación del Juez de fundamentar su resolución como garantía al adoptar la guardia conjunta. 4º. La obligación del Juez de recabar informe del M. Fiscal. 5º. La posibilidad del Juez de recabar dictamen de especialistas relativo a la idoneidad del régimen de custodia adecuado. 6º. Supuestos en que resulta improcedente la petición de guarda conjunta.

<sup>9</sup> V. STS de 25 de abril de 2014 (nº resolución 200/2014).

<sup>10</sup> AFONSO RODRÍGUEZ, María Elvira, “Comentario al art. 92” en CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, *Código Civil Comentado. Volumen I. Título preliminar – De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I – De las personas. Libro II – De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones (Arts. 1 - 608)*, 1ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 503.

<sup>11</sup> ALASCIO CARRASCO, Laura y MARÍN GARCÍA, Ignacio, “Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC”, Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra. Barcelona en *InDret, revista para el análisis del Derecho*, Julio 2007, pág. 3, <[http://www.indret.com/pdf/454\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/454_es.pdf)>

## 2.2. La protección del interés superior del menor

A la hora de decidir sobre la viabilidad de la custodia compartida, ha de atenderse de manera prioritaria y preferente al interés familiar más necesitado de protección. Es un principio de enorme relevancia en el ámbito del Derecho de familia.

Del mismo modo, a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar también hay que atender al mismo principio. Esta afirmación se desprende del art. 96 CC en relación con el art. 103.2 CC, donde se opta por el establecimiento de un criterio principal: *el interés más necesitado de protección*. Existiendo hijos, dicho interés lo ostentan ellos mismos, pues tienen preferencia, entre otras, en las cuestiones con ellos relacionadas por causa de crisis matrimonial. Tal como deriva del art. 96 CC, la medida relativa a la vivienda familiar es una de ellas, en tanto que han convivido en ella hasta el momento de la sentencia de separación, nulidad o divorcio y, como es sabido, se trata de que la nueva situación resulte lo menos perjudicial posible para los hijos, ya que ellos no han tenido nada que ver con la decisión de la ruptura de sus progenitores.

A la hora de determinar qué entendemos por *favor filii*, hay que partir de que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, de manera que el Juez cuenta con discrecionalidad para determinar cuál es el contenido de dicho principio en cada caso concreto. No obstante, la STS de 17 de septiembre de 1996 (nº de resolución 713/1996) establece que el interés del menor es un “(...) principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social.”.

En este sentido, el principio de protección del interés superior del menor se encuentra regulado por textos internacionales<sup>12</sup>, disposiciones europeas<sup>13</sup>, nacionales<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Como la Declaración de Derechos del Niño, aprobada por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959, en sus principios segundo y séptimo, o la Convención sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20

y autonómicas<sup>15</sup>. La constante referencia al mismo tiene una justificación objetiva, tanto en la particular situación de vulnerabilidad de los menores, como en la imposibilidad que tienen de dirigir plenamente sus vidas con la suficiente madurez y responsabilidad, así como en la necesidad de que las circunstancias que les rodean les sean especialmente favorables en esta etapa vital de su desarrollo como ser humano<sup>16</sup>. El principio del interés superior del niño pone acertadamente el acento en su realidad como sujeto digno de protección y es por ello que este criterio ha de aplicarse en todas aquellas situaciones o conflictos donde se hallen involucrados menores de edad, pero se trata de un concepto jurídico indeterminado, por lo que corresponde al juez aplicarlo a un caso concreto para identificar la única solución válida.

En el ámbito de la guarda y custodia compartida es importante destacar la STS, de 10 de enero de 2012 (nº de resolución 961/2011), en la que se afirma 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 progenitores, pues el sistema está concebido en el artículo 92 como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven (...)*”.

Teniendo esta idea, analizaremos posteriormente el interés de los menores en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida, puesto que se trata del criterio más importante a tener en cuenta para llevar a cabo la atribución reseñada.

---

de noviembre de 1989, que incorpora en su articulado este principio (arts. 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40).

<sup>13</sup> Como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art. 24.3: “*Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses*”.

<sup>14</sup> La 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 (BOE nº 15, de 17/01/1996), que introduce el principio en su art. 2.

<sup>15</sup> V., a modo de ejemplo, la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores (BOC nº 23, de 17/02/97), que en su art. 4 regula la prevalencia del interés de los menores sobre cualquier otro.

<sup>16</sup> RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (Universidad de Barcelona), *El interés superior del niño: concepto y delimitación del término*, <<http://www.unav.edu/matrimonioyfamilia/b/indexbase.php?cmd=search4&id=31790>>

### III. LA VIVIENDA FAMILIAR: RÉGIMEN JURÍDICO Y MEDIDAS DE ATRIBUCIÓN

Antes de examinar el cuerpo de este trabajo debemos apuntar qué se entiende por vivienda familiar ya que, como hemos dicho con anterioridad, el objeto sobre el que recae el uso a atribuirlo no es la vivienda general, sino la vivienda de carácter *familiar*. El CC se refiere a la misma en múltiples ocasiones, pero no la define. No obstante, en la doctrina y en la jurisprudencia se suele entender como tal, en general, el lugar donde habitualmente y con continuidad, se desarrolla la convivencia de la familia. Dicho lugar será normalmente un inmueble, pero nada impide que lo sea un bien mueble susceptible de ser habitado, como puede ser una caravana o un barco<sup>17</sup>.

De manera más específica, se puede definir como la sede de la unidad familiar, fijada de común acuerdo por los progenitores o por el juez en caso de desacuerdo (art. 70 CC), en la que residen con carácter habitual y permanente en cumplimiento de la obligación de vivir juntos (art. 68 CC), y donde venía desarrollándose la vida de la familia pese a que, como consecuencia de la crisis, no viva ya en ella alguno de los cónyuges o pareja estable<sup>18</sup>. Por tanto, hay que tener en cuenta dos elementos:

- habitualidad, entendiéndose que es el lugar de residencia habitual de la familia,
- y autodeterminación, pues se deja en manos de los progenitores el poder de determinarlo de común acuerdo, y a falta de ello, lo hará el Juez, siempre teniendo en cuenta el interés de la familia.

Por otro lado, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (en adelante SAP) de 18 de septiembre de 1998 (nº de recurso 5/1998) la entendió como “(...) *aquella que constituye el ámbito habitual de desarrollo de las relaciones conyugales y de filiación; el lugar donde se desarrolla la convivencia familiar o el lugar donde residen los cónyuges y sus hijos con habitualidad, en suma que se trate de una vivienda afecta a cubrir las necesidades de todos los miembros de la familia y no sólo de uno de ellos.*”. Por su parte, la STS de 16 de diciembre de 1996 (nº de resolución 1085/1996),

---

<sup>17</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, P.1, 2 y 3 CC)*, 1ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 40.

<sup>18</sup> PÉREZ CONESA, Carmen, *Las medidas judiciales definitiva tras las crisis matrimoniales y su modificación*, 1ª ed. Ed. Dykinson, Madrid, 2006, pág. 113.

la define como el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de los mismos<sup>19</sup>.

Además, la vivienda familiar prevé un régimen de protección especial por parte del ordenamiento jurídico civil, que se extrae del art. 1320 CC, a partir del cual, a pesar de que el bien inmueble pertenezca a uno sólo de los progenitores, será necesario el consentimiento de ambos, o en su caso, autorización judicial, para poder disponer de los derechos que recaigan sobre sus bienes, de tal manera que el progenitor titular no queda totalmente desprotegido.

El concepto de vivienda familiar que se acaba de apuntar es aún lo suficientemente amplio como para acoger dentro del mismo diversos supuestos, puesto que el adjetivo *familiar* que la califica tiene un trasfondo sociológico muy grande. El concepto de familia actual ha desbordado los antiguos esquemas jurídicos y da cabida a situaciones que generan vínculos familiares más allá de las que resultan del clásico núcleo esencial (el derivado del matrimonio) que también forman parte del concepto de familia y se encuentran protegidas por el Derecho. En este sentido, será tanto vivienda familiar la del matrimonio que convive con sus hijos, como la que comparte con los suyos (extramatrimoniales) una pareja no casada, pero ello no implica que en todo caso sea idéntico el régimen jurídico de la vivienda familiar. Por ello, el art. 96 CC contempla una vivienda familiar con un contenido más estricto y dotado de mayor precisión que el general, y es por ello que de cara a la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar el Juez, en los supuestos de separación o divorcio acordada judicialmente, atenderá a unos criterios específicos, que serán analizados con posterioridad.

Además, es preciso añadir que según la STS de 9 de mayo de 2012 (nº de resolución 284/2012), el régimen del art. 96 CC se refiere exclusivamente a la vivienda familiar, no a otros bienes inmuebles, como lo son las segundas residencias u otro tipo de locales que no constituyan vivienda familiar.

---

<sup>19</sup> SERRANO CASTRO, Francisco de Asis, *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*, 1ª ed., Grupo El Derecho y Quantor, Madrid, 2011, pág. 7.

El artículo 96 CC regula las medidas de atribución de la vivienda familiar que, como se ha apuntado con anterioridad, en principio corresponde a los progenitores acordar lo relativo al uso de la vivienda familiar en el convenio regulador. No obstante, en defecto de acuerdo se aplicarán las reglas de atribución del uso de la vivienda familiar, cuyas reglas son muy concisas y se limitan a establecer en qué casos los hijos de los progenitores tienen derecho a recibir el uso de la vivienda que constituye el domicilio familiar. No distingue según la titularidad sobre la vivienda, sea propiedad, arrendamiento, cesión por un tercero...

La regla general es que el uso debe atribuirse a quien es titular del derecho sobre la vivienda; pero ello, que sería lo normal, no es lo habitual, sobre todo en los casos en los que existen hijos menores o mayores con necesidades especiales. De aquí las reglas que deben estudiarse escalonadamente:

- A) *Existencia de acuerdo.* El pacto, como se ha repetido en diversas ocasiones, es prioritario y debe figurar en el convenio regulador.
- B) *Falta de acuerdo.* Cuando los cónyuges no hayan llegado a ningún acuerdo, o éste sea perjudicial para quienes ostentan un interés más digno de protección que el del propietario, el Juez utilizará las facultades de los arts. 91 CC y 774.4 LEC. Para ello, el art. 96 CC ofrece unas reglas de preferencia que tienen en cuenta el interés más digno de protección:
  - a) Existiendo hijos el CC prevé dos supuestos: i) que todos los hijos queden en compañía de uno de los progenitores, en cuyo caso el uso de la vivienda familiar se atribuirá *a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden* ; ii) si los hijos se reparten entre los cónyuges, esto es, que parte de los hijos queden en compañía de un cónyuge y otros, en la del otro, el juez resolverá lo procedente, sin que la Ley ofrezca ningún criterio.
  - b) Si no hay hijos, el CC prevé la atribución del uso al cónyuge no titular. Siempre que las circunstancias lo aconsejen. Esta cesión no es definitiva y debe demostrarse en todo caso que el interés del no titular es el más digno de protección<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> ROCAS TRÍAS, Encarna, “Comentario al art. 96” en CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, *Código Civil Comentado. Volumen I. Título preliminar – De las normas jurídicas, su aplicación*

#### IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: PRINCIPALES MODALIDADES DE ATRIBUCIÓN

Como es sabido, en caso de existencia de hijos el legislador determina expresamente cuál es el interés más necesitado de protección, entendiendo que éste reside en los mismos y, en consecuencia en el progenitor en cuya compañía queden. No obstante, nos encontramos ante un caso que puede suscitar dudas, y es aquel en el que el ejercicio de la patria de potestad corresponda a ambos progenitores y también a ambos, aunque de forma alternativa, se haya confiado el cuidado de los hijos.

Es por ello que en los supuestos de guardia y custodia compartida no sólo se debe tener en cuenta el criterio del superior interés y beneficio del menor a la hora de atribuir el derecho de uso de la vivienda, ya que por definición, al encontrarse los hijos bajo la custodia conjunta de los dos progenitores y que, éstos, en principio, ostentan igual derecho para dicha atribución. De este modo, para dilucidar cuál de ambos progenitores tiene un derecho preferente a la atribución exclusiva del uso de la vivienda, habrá de atenderse también a circunstancias y necesidades propias de los progenitores para precisar cuál representa el interés familiar más necesitado de protección. Todo ello porque, en los casos de custodia compartida el criterio del interés o beneficio del menor se utiliza de modo relativo, ya que la guarda sobre ellos queda distribuida entre ambos progenitores, razón por la cual habrá que atender también a los intereses de los progenitores<sup>21</sup>.

Ante este tipo de casos cabrían principalmente dos posibilidades en lo que se refiere a la atribución de la vivienda: o bien que sean los menores los que permanezcan de modo permanente en el domicilio familiar, siendo los progenitores los que vayan rotando de manera alternativa para su uso; o lo contrario, que la atribución del uso se le atribuya a uno de los padres y que sean los hijos los que vayan rotando, pasando de la residencia de su padre a la de su madre, dependiendo de los períodos en que a cada uno de ellos le corresponda el ejercicio de la custodia.

---

*y eficacia. Libro I – De las personas. Libro II – De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones (Arts. 1 - 608), 1ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 524.*

<sup>21</sup> REBODELLO VARELA, Ángel Luis; SEOANE SPIEGELBERG, José Luis; VALDÉS-SOLIS CECCHINI, Fernando y LÓPEZ BREA MARTÍNEZ, María Concepción, *El Derecho de familia ante la crisis económica*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, pág. 270.

Teniendo estas dos opciones vamos a analizar las diferentes soluciones que ha atribuido la jurisprudencia en los últimos años.

#### **4.1. Custodia compartida con domicilio fijo de los hijos**

Probablemente este sea el caso que más llame la atención dentro de las diferentes soluciones que dan los Tribunales a la hora de resolver sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida. Este tipo de custodia consiste en atribuirle el uso a ambos progenitores de manera alternativa por períodos que coincidan con los del ejercicio respectivo de la guarda y custodia, debiendo el otro progenitor abandonar la vivienda mientras tanto, de manera que nos encontraríamos ante un derecho de uso de carácter temporal a favor de los dos progenitores y la vivienda estará ocupada en todo momento por los hijos.

Este puede parecer el modo más fácil de proteger el interés del menor, pues les permite saber en todo momento cuál es su casa, ya que es el lugar espacial que les otorga estabilidad y seguridad, lo que puede llegar a ser difícil de conseguir con continuos cambios de domicilio o de ciudad, en el caso de que los progenitores vivan en zonas distantes: lo que a su vez trae problemas relativos al mantenimiento de amistades, continuidad de las actividades escolares...<sup>22</sup>.

De este modo, nos encontramos con Sentencias, como la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 7 de octubre de 2013 (nº de resolución 351/2013), que atribuyen a los hijos menores el derecho de uso de la vivienda. Esta resolución afirma, siguiendo la jurisprudencia de la STS de 14 de abril de 2011 (nº de resolución 897/2010) que, en relación con el art. 96 CC, el principio que aparece protegido en dicho precepto es el interés del menor y que la atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección que se aplica independientemente del régimen de bienes del matrimonio o de la titularidad del bien inmueble, de tal manera que no puede limitarse el derecho de uso de los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es el de la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de pareja. No obstante, una solución distinta a la establecida es posible si ambos progenitores lo acuerdan, o incluso sin pacto, si se dan circunstancias que lo aconsejen.

---

<sup>22</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, P.1, 2 y 3 CC)*, 1ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 137.

El TS no señala qué circunstancias son aquéllas, pero desde luego no lo será quién ostente la titularidad de la vivienda.

Por otro lado, debemos hacer referencia a la SAP de Palma de Mallorca de 9 de octubre de 2012 (nº de resolución 431/2012), que desestima un recurso de apelación en el que la demandante pretendía que se asignara la vivienda exclusivamente a ella y a sus hijas, y no de manera alternativa, como había dictado el Juez de Primera Instancia. En este sentido, el Tribunal estima que la atribución de la vivienda ha de ser a los hijos, y alternativamente a los padres y ello lo razona estableciendo que la asignación de la vivienda familiar a uno solo de los progenitores únicamente podría fundarse en circunstancia que lo aconseje el interés de menores, que en este caso no existe, pues ambos progenitores carecen de otra vivienda de su propiedad y ambas pueden recibir ayuda de sus familias respectivas, no siendo la situación económica de la madre peor que la del padre en orden a soportar gastos que la necesidad de obtención de otra vivienda, puedan irrogarle.

Si bien es cierto que sí que se da en algunos casos, no es muy común en la práctica que se conceda esta modalidad de atribución del uso de la vivienda, pues a pesar de ser lo más beneficioso para el menor, también tiene inconvenientes muy grandes. En primer lugar, este tipo de custodia compartida obliga a la unidad familiar a tener tres viviendas disponibles: la vivienda que ocuparán los hijos y el progenitor al que le corresponda, según su momento; la vivienda de la madre mientras el padre se encuentre en la vivienda familiar y, por último, la vivienda del padre mientras no esté desempeñando las funciones de custodia<sup>23</sup>. Desde luego no son muchas las familias que puedan permitirse mantener varias casas a la vez, pues es una modalidad generalmente antieconómica<sup>24</sup>. Además de los inconvenientes de carácter económico, las sucesivas mudanzas, trasposos posesorios, distanciamiento del lugar de trabajo... pueden resultar bastante incómodo para los progenitores.

Pero tampoco es sólo cuestión de incomodidad, pues esta modalidad de custodia compartida puede ser fuente de inagotables conflictos y vicisitudes de muy diversa índole, como puede ser el pago conjunto de los consumos de los servicios con que

---

<sup>23</sup> SAP de Barcelona 25 de febrero de 2014 (nº de resolución 133/2014) en la que se atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar a la madre, descartando la modalidad de custodia compartida ya que la considera inidónea al exigir la disponibilidad de hasta tres domicilios distintos y ser difícilmente compatible con la formación de nuevas familias.

<sup>24</sup> SAP de Santa Cruz de Tenerife de 16 de mayo de 2013 (nº de resolución 204/2013).

cuenta la vivienda (teléfono, calefacción...), o el caso de que uno de los progenitores rehaga su vida sentimental y una nueva pareja se mude también al domicilio común. Si ya es imprescindible que para la atribución de la guarda a ambos alternativamente éstos coincidan en criterios de educación y rutinas relativas a los menores y que mantengan relaciones no conflictivas entre sí, para que sea viable la aplicación de este modelo de custodia compartida es estrictamente necesario que los esposos sean capaces de mantener una postura razonable y dialogante ante la crisis matrimonial<sup>25</sup>, así como una relación especialmente buena, pues de lo contrario, el fracaso del modelo será automático, lo que puede llevar consigo consecuencias graves sobre la estabilidad de los menores.

En este sentido creo importante destacar lo dispuesto en la SAP de Palma de Mallorca de 18 de marzo de 2014 (nº de resolución 113/2014) en la que se deniega la atribución del uso del domicilio a los hijos menores, citando un informe precedente del “Centre du Suport Familiar” (Centro de Apoyo a la Familia) que desaconseja el mantenimiento de la vivienda nido, en beneficio de los hijos. En la conclusión de dicho informe se establece que “(...) *evidentemente la custodia compartida es deseable y los niños demandan de ambos progenitores; se sienten queridos y protegidos por los dos; ambos progenitores cuidan de sus hijos adecuadamente y les educan inculcándoles valores y normas muy similares, pero viven estilos de vida muy diferentes, por lo que compartir casa con los niños no ayuda a la estabilidad emocional de éstos sobre quien se va a enfadar a como quiere uno y otro las cosas y cuáles son las normas de la casa y la convivencia.*”. Asimismo, establece que el sistema nido no ha resultado una solución positiva para los menores y que, además, conlleva problemas de comunicación y relación entre los progenitores, sobre todo en lo relativo a temas económicos, de mantenimiento y uso de la vivienda, entre otros<sup>26</sup>.

En consecuencia, la jurisprudencia ve con recelo y desconfianza la atribución del uso alternativo de la vivienda familiar en los casos de guarda y custodia compartida, debido a los inconvenientes mencionados, pero no sólo para los progenitores, pues ellos recaen al final sobre el menor, quien ha de permanecer en el domicilio familiar acaso

---

<sup>25</sup> SAP de Burgos de 4 de marzo de 2004 (nº de resolución 85/2004) en la que no se accede al establecimiento del sistema de guarda y custodia compartida, entre otras cosas, debido a que las relaciones entre los padres no son fáciles.

<sup>26</sup> SAP de Palma de Mallorca de 18 de marzo de 2014 (nº de resolución 113/2014)

como privilegiado observador del constante trasiego por su vivienda de las familias y objetos personales de los progenitores.

De todas formas, no son pocas las resoluciones judiciales que establecen esta medida, ya que, a pesar de las dificultades recién mencionadas, en determinados casos puede resultar lo más beneficioso para el menor, dependiendo de cada situación familiar. De este modo, es necesario realizar una valoración en cada caso para ponderar si los beneficios de los menores superan los inconvenientes que puedan experimentar los adultos y si se puede realizar una solución más equitativa para todos, teniendo en cuenta la concreta solución de cada uno de los miembros de la familia. A modo de ejemplo podemos señalar la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Sevilla de 8 de abril de 2011 (nº de resolución 223/2011), en la que se establece un uso alternativo durante los períodos (trimestres) que les corresponde asumir la función de garantes del cuidado y atención de sus hijos, debiendo el otro abandonar la vivienda durante ese tiempo, o la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón, de 3 de octubre de 2008 (nº de recurso 585/2008), donde se establece que la vivienda familiar se atribuye de forma exclusiva a los hijos, y por extensión y semestres alternos al progenitor que tenga la guarda y custodia compartida. Observamos de este modo que los períodos alternativos pueden ser de muy diversa índole, según lo que establezcan los órganos jurisdiccionales.

#### **4.2. Modalidad de custodia compartida con domicilio rotatorio de los hijos**

La segunda opción implica que los menores vayan cambiando de residencia, pasando por la vivienda en la que vive la madre y por la del padre, en función del ejercicio de la guarda y custodia de cada uno de ellos. Básicamente el único requisito objetivo que se exige para la viabilidad práctica de esta solución es que los domicilios de ambos progenitores se encuentren próximos entre sí, pues de lo contrario las molestias e inconvenientes para los hijos son inevitables, pues ello puede afectar negativamente sobre la estabilidad de los menores<sup>27</sup>.

Resulta oportuno realizar una matización, y es que en estos casos no se le asigna la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a uno de los progenitores, sin mencionar a los hijos, sino a los hijos y a el padre o la madre con quien conviven, pues,

---

<sup>27</sup> REBODELLO VARELA, Ángel Luis; SEOANE SPIEGELBERG, José Luis; VALDÉS-SOLIS CECCHINI, Fernando y LÓPEZ BREA MARTÍNEZ, María Concepción, *El Derecho de familia ante la crisis económica*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, pág. 289.

al margen de la titularidad de la vivienda, precisamente al haber hijos, ha de operar el presupuesto legal del art. 96, párrafo primero, del CC, según el cual el uso de la vivienda se concede a los hijos y al progenitor en cuya compañía queden, a pesar de ser casos de custodia compartida<sup>28</sup>.

Podemos encontrar sentencias que fijan diversos períodos de convivencia del menor con cada uno de los padres, pero es preferible que los mismos sean largos, con el fin de evitar que demasiados traslados afecten a la estabilidad del menor<sup>29</sup>.

Sin lugar a duda éste es el tipo de custodia compartida que más se da en la práctica, aunque dentro de este tipo de modalidad podemos observar diferentes formas si no sólo atendemos a la alternatividad de la residencia de los menores, sino si también tenemos en cuenta la titularidad del bien inmueble. En este sentido vamos a analizar cada uno de los diferentes modos de atribución de la vivienda familiar.

a) Atribución exclusiva a los hijos y a uno de los progenitores en casos de cotitularidad del inmueble

Nos encontramos ante el supuesto de que la vivienda familiar sea de ambos progenitores y que, tras la crisis matrimonial, se le atribuya el uso exclusivo de la vivienda a los hijos y a aquél en cuya compañía queden, independientemente la titularidad del bien.

Según lo establecido en la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 10 de junio de 2013 (nº de resolución 244/2013) resulta lo más razonable que la atribución del uso de la vivienda se efectúe en caso de custodia compartida al progenitor más necesitado de protección, de igual manera que sucede a la hora de determinar la aplicación de derecho de alimentos. Es interesante observar como, en la mayor parte de los casos, el interés más necesitado de protección está íntimamente ligado con la capacidad económica de los esposos, lo que a su vez termina vinculando el interés del progenitore más necesitado de protección con el interés y beneficio de los menores. En este sentido, la SAP de Barcelona de 26 de mayo de 2008 (nº de resolución 358/2008) atribuye el derecho del uso de la vivienda familiar a la esposa, que tiene más dificultades económicas, ya que es la manera de que la custodia de los hijos pueda compartirse de

---

<sup>28</sup> SAP S/C de Tenerife de 10 de junio de 2013 (nº de resolución 244/2013)

<sup>29</sup> ROMERO COLOMA, Aurelia María, *La guarda y custodia compartida: una medida familiar igualitaria*, 1ª ed., Ed. Reus, Madrid, 2011. pág. 157.

forma que a éstos les resulte beneficiosa, pues de lo contrario, el progenitor de peor situación económica se vería obligado a desplazarse a otro lugar de residencia o el nuevo domicilio que pasara a ocupar puede presentar unas características de habitabilidad de muy inferior calidad a la anterior y a las que vive el otro progenitor, debido a que se encuentra en una situación económica más holgada o que tenga más dificultad de acceso a una vivienda. De este modo, se compagina el bienestar de los menores con los derechos de los progenitores.

En consecuencia, este tipo de solución jurisprudencial no se basa únicamente en el hecho de que haya un progenitor con un interés más necesitado de protección, sino que ello se relaciona con el interés del menor, que es el principal criterio de atribución del derecho de uso de la vivienda<sup>30</sup>. En este sentido y en lo que se refiere al interés del menor creo que es interesante tener en cuenta lo dispuesto en una sentencia dictada por la AP de S/C de Tenerife, en la que se dispone lo siguiente: *“La introducción de otra persona en la vivienda, nueva pareja de la madre, que se alega como circunstancias para producir la revocación de la medida, carece de relevancia suficiente, por más que dicha introducción le resulte al demandando esencial, porque siendo el único criterio a considerar para la atribución del uso de la vivienda familiar el interés de los hijos menores de edad, el establecimiento de una nueva relación sentimental por la madre y la convivencia de la nueva pareja en la vivienda no supone afcción esencial del criterio de atribución; propiamente, no se acredita que afecte negativamente al interés de los menores, que es, no puede perderse de vista, el interés a considerar.”*<sup>31</sup>

A pesar de todo ello, hasta hace relativamente poco el derecho de atribución del uso de la vivienda se limitaba en el tiempo, puesto que se consideraba que la subsistencia de vínculos de esta naturaleza pueden ser fuente de conflictos entre ambos propietarios, y, además, puede lesionar el interés del otro si es copropietario de la vivienda<sup>32</sup>. No obstante, como veremos más adelante, una reciente STS (nº de resolución 297/2014 de 2 de junio de 2014) cambia esto, y no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo.

---

<sup>30</sup> SAP de León de 21 de marzo de 2014 (nº de resolución 41/2014) que mantiene el uso de la vivienda familiar a favor de la madre, pues se considera que es la medida más beneficiosa para el menor.

<sup>31</sup> SAP de Santa Cruz de Tenerife de 10 de junio de 2013 (nº de resolución 244/2013).

<sup>32</sup> SAP de Zaragoza de 11 de junio de 2013 (nº de resolución 299/2013), en su Fundamento Jurídico tercero.

b) Atribución exclusiva a los hijos y al progenitor no titular

Según esta modalidad el derecho de uso de la vivienda familiar será atribuido a los menores de edad y al no titular del bien inmueble.

En especial relación con el *interés del menor*, en la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 16 de mayo de 2013 (nº de resolución 204/2013) se desestima el recurso de apelación formulado por el demandante, el titular del bien inmueble que constituye la vivienda familiar, que es asignado a la madre demandada y a la hija menor de los litigantes en la sentencia de divorcio. Como ya se ha repetido con anterioridad, todas las medidas relativas a los hijos deben adoptarse en todo momento en su beneficio, criterio general que recogen los arts. 92 y 154 del Código Civil y que sólo puede modificarse lo dispuesto en la sentencia de nulidad, separación o divorcio en el caso de concurrencia de alteraciones de carácter sustancial. La acreditación de dichas alteraciones ha de llevarla a cabo el demandante, y además no siempre será suficiente, porque es primordial y decisiva la consideración del beneficio de los hijos, como ya se ha dicho, y respecto de esta medida en concreto, el Tribunal afirma que “(...) *difícilmente pueden concurrir causas adecuadas que no sean la dejación misma del uso de la vivienda ya atribuida o la situación de mayor necesidad para cambiar la atribución cuando así se solicite y se acredite plenamente en caso de régimen de custodia compartida (...)*”. Como ya ha sido apuntado con anterioridad, la atribución de la vivienda se hará al margen de la titularidad de la misma, asignándola en exclusiva atención a los hijos, no a los progenitores que tienen atribuida la custodia ni de otras personas, según el criterio legal establecido en el art. 96 del CC. De esta manera, ni las causas invocadas por el recurrente (económicas o el origen privativo de la finca), ni la introducción de otra persona en la vivienda (la nueva pareja de la madre demandada, en este caso) pueden dejar sin efecto la atribución del uso de la vivienda familiar, decretando la extinción del uso a favor de la demandada y la hija común.

No obstante, no se puede olvidar la situación del progenitor titular, y es por ello que, en relación con las *obligaciones económicas de la vivienda*, en la SAP de Alicante de 9 de julio de 2013 (nº de resolución 294/2013), se determina que la demandante debe hacerse cargo de todos los gastos derivados de su uso (luz, agua, gas, teléfono, acceso a Internet, gastos ordinarios de comunidad de propietarios, tasa de basuras) y el demandante y propietario de todos los gastos inherentes a la propiedad (IBI, seguro del hogar, cuotas extraordinarias o derramas de comunidad de propietarios, etc). En este

sentido debemos tener en cuenta que, a pesar de que esta sentencia determina que la demandante debe hacerse cargo de los gastos de comunidad de propietarios, ello va en contra de la jurisprudencia asentada por el Tribunal Supremo, como veremos más adelante, pues de ello debe encargarse el titular del inmueble. En la sentencia se establece que durante el plazo que la progenitora disfrute del uso de la vivienda, compensará al propietario con la cantidad de 200 euros y ello porque, cuando los recursos económicos de cada progenitor permiten seguir felicitando a los hijos un nivel de atención en el alojamiento correspondiente al rango económico familiar, uno solo de los progenitores no tiene que soportar en exclusiva las consecuencias de la crisis matrimonial<sup>33</sup>.

Es necesario hacer referencia a la *limitación temporal* a la hora de atribuir la vivienda. En este sentido, la SAP de Logroño de 18 de enero de 2013 (nº de resolución 13/2013), en la que la madre, a quien se le ha atribuido el uso de la vivienda familiar por un plazo de dos años, alega que el plazo debe ampliarse hasta la mayoría de edad de su hija, alegando que el padre percibe más ingresos de los que declara, mientras que ella sólo declara lo que consta en nómina y que, además, su capacidad económica se verá reducida cuando tenga que asumir el gasto de la compra o alquiler de una nueva vivienda. Para resolver este caso el Tribunal analiza la situación de ambos progenitores, observando que los dos tienen capacidad económica para cubrir la necesidad de alojamiento de la menor y, teniendo en cuenta además que la vivienda familiar es privativa del progenitor, quien ha tenido que alquilar una vivienda. Por ello, “(...) *se trata de compaginar los derechos dominicales del padre como propietario privativo del piso que constituía la vivienda familiar y el derecho de atribución de uso a la menor, poniendo una limitación temporal al uso, y además, compatibilizando el derecho de la niña, en tanto en cuanto, establecida una custodia compartida, la menor continuará disfrutando de esa vivienda cuando permanezca con su padre, una vez cesada la atribución de uso por dos años establecida a favor de ella y de su madre (...)*”.

A todo ello hay que añadir lo dispuesto en la ya mencionada SAP de Alicante de 9 de julio de 2013 (nº de resolución 294/2013), que también limita la atribución de la vivienda temporalmente por un plazo de un año, pues considera el Tribunal que es tiempo suficiente para que se resuelva lo procedente respecto de la vivienda, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse en virtud de decisión judicial “(...)

---

<sup>33</sup> SAP Logroño de 18 de enero de 2013 (nº de resolución 13/2013)

*cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abuso y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario.”. Además, en este caso también se tiene en cuenta que la madre dispone de otros inmuebles en los que puede fijar su domicilio, sin que sea relevante el hecho de que parte de la carga hipotecaria del inmueble que constituye la vivienda familiar y que es privativo del esposo haya sido abonado con dinero procedente de ella, pues esta cuestión será debatida en la oportuna liquidación de la sociedad de gananciales.*

En este sentido, se estableció que el art. 96 CC no prohíbe limitar en el tiempo la atribución del uso de la vivienda, y ello se puede justificar cuando tiene por objeto adaptar la situación patrimonial de la familia a sus nuevas circunstancias económicas, a fin de compatibilizar los intereses de los hijos con los de los progenitores, que es lo que dispone el art. 146 CC respecto de la obligación alimenticia, de la que forma parte la obligación de proporcionar habitación a los hijos. En consecuencia, este límite temporal sólo será factible si se puede seguir cumpliendo con suficiencia y dignidad el deber de los padres de proporcionar habitación a sus hijos de acuerdo a las posibilidades económicas de la familia tras la crisis matrimonial<sup>34</sup>.

No obstante, es necesario hacer referencia a la reciente STS de 2 de junio de 2014 (nº de resolución 297/2014), mencionada en el apartado anterior. En ella se estima un recurso que resuelve siguiendo lo recién dispuesto, pero en este caso el TS afirma que lo dispuesto en el art. 96 CC es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras, de tal manera que incluso el pacto de los progenitores también deberá ser revisado por el Juez. El precepto protege el interés del menor, por lo que no permite establecer ninguna limitación temporal a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo. El interés protegido, como ya se ha afirmado con anterioridad “(...) *no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de pareja, salvo pacto de los progenitoras.*”, y por ello, el hecho de realizar dicha limitación implicaría siempre la vulneración de los derechos de los menores, protegidos por la CE y por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección del jurisdiccional del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

---

<sup>34</sup> STS de 29 de marzo de 2011 (nº resolución 191/2011), que mantiene el criterio de que el hijo no precise de la vivienda familiar si sus necesidades de habitación pueden ser satisfechas a través de otros medios

c) Atribución exclusiva a los hijos y al progenitor titular dominical

Nos encontramos ante el caso de que se le atribuya a uno sólo de los progenitores la atribución del uso exclusivo de la vivienda de la que es titular.

Es el caso de la SAP de Gijón del día 21 de febrero de 2014 (nº de resolución 57/2014), en la que se deja sin efecto la atribución a la madre del domicilio familiar, que es propiedad privativa del padre, ya que en los casos de custodia compartida no rige la regla del art. 96, párrafo primero del CC, de tal manera que debe ser atribuido dicho inmueble como regla general a su titular, puesto que la capacidad económica de la contraparte no le impide acceder a una vivienda en la que residir con su hija en los casos en los que le corresponda ejercer la guarda y custodia de la menor.

Por tanto, es usual que los Jueces, en aquellos casos en que el progenitor no titular tenga medios económicos suficientes para disponer de otro domicilio de manera individual, atribuyan al progenitor titular el uso y disfrute de la vivienda familiar que es de su propiedad. Ello ocurre, entre otras, en la SAP de Álava de 12 de julio de 2013 (nº de resolución 299/2013) en la que la madre no propietaria de la vivienda cuenta con una pensión de aproximadamente mil euros por su discapacidad, cantidad que dicha resolución considera suficiente.

#### **4.3. Otras modalidades**

Las medidas anteriores son las más usuales, pero existen otros modelos que también son llevados a la práctica de vez en cuando, si bien cuando ello ocurre, normalmente no es porque lo exija el Juez, sino por voluntad de los progenitores.

Una opción que puede resultar un tanto radical pero que puede evitar en cierto modo la conflictividad que acompaña por definición a los procesos familiares relacionados con la vivienda familiar es la posible venta de la vivienda familiar y el consiguiente reparto del precio obtenido. También se ha planteado, la adjudicación a uno de los progenitores la titularidad dominical de la totalidad del inmueble a cambio de abonar al otro la mitad de su valor.

En otras ocasiones se ha optado porque ambos progenitores continúen residiendo en la misma vivienda pero llevando a cabo una división de la misma, de manera que se evitan incomodidades tanto para los menores como para los progenitores. No obstante, es una solución que no se puede dar en la mayor parte de los casos, pues es necesario

que la vivienda sea lo suficientemente grande y además que los progenitores han de tener una relación especialmente buena para poder residir tan cerca el uno del otro, aunque si ello es así, para los menores es una opción muy adecuada porque tienen cerca a sus padres<sup>35</sup>.

## V. PRINCIPALES CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN UTILIZADOS POR LA JURISPRUDENCIA

### 5.1. El interés superior del menor

Sin lugar a duda, el criterio de atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida es el del interés del menor o principio *favor filii*, del que ya se ha hablado con anterioridad y que deriva del art. 96 CC. Pero, ¿qué es o en qué consiste el interés y beneficio de los hijos que trata de proteger el precepto en cuestión? Ante todo, la satisfacción del interés exige la preservación de su derecho a disponer de una vivienda digna que habitar que le sirva de sede física en que vivir, crecer, desarrollarse en todos los órdenes: personal, familiar, educativo, relacional, afectivo, etc.<sup>36</sup>. Y ello, a ser posible, en condiciones similares a la que ocupaban en los tiempos de normalidad matrimonial o familiar y, preferentemente, en el mismo entorno geográfico en que estaba situada la vivienda familiar, pues ello facilita y garantiza que continúe su vida sin grandes cambios y sin esfuerzos de adaptación a entornos nuevos que puedan desestabilizar al menor. Por tanto, es la suma de los distintos factores que tienen que ver, no sólo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, sino con otras circunstancias (también materiales, sociales y culturales) que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño<sup>37</sup>.

No hay que olvidar que el interés del menor prevalece sobre cualquier otro interés. Pese a ello, en determinados casos también se tiene en cuenta el interés de los progenitores, si bien nunca se atenderá al mismo por encima del de los menores, sino

---

<sup>35</sup> V. ejemplo de un caso real en el Anexo nº 2.

<sup>36</sup> GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, “El derecho de uso de vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida” en *Revista Jurídica Española La Ley*, Nº 7206, Sección Tribuna, 29 Jun. 2009, Tomo 3, Año XXX, Ref.D-235, Ed. LA LEY, pág. 2053.

<sup>37</sup> STS 17 de junio de 2013 (nº resolución 426/2013)

solamente cuando se satisfaga en primer lugar el de sus hijos. Independientemente del régimen económico matrimonial, en su caso, o de quién ostente la titularidad de la vivienda familiar, el Juez adoptará necesariamente a la solución que considere más beneficiosa para no dañar el interés en cuestión, pues la atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección que no permite límites, ni en lo que se refiere a titularidad, ni tampoco en cuanto al tiempo. Así, el TS considera que el plazo temporal está vinculado a la causa que lo justificó, que es el interés del menor, y se colige que la atribución debe persistir mientras siga justificándose la circunstancia o interés a proteger. En conclusión, mientras los menores sigan siéndolo, el art. 96 CC no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda.

De este modo, partiendo de lo dispuesto en el párrafo 1º de dicho precepto, la solución que deriva es que atribuida alternativamente la guarda a ambos esposos, lo lógico parece que también se le atribuya alternativamente el uso de la vivienda familiar de manera alternativa. No obstante, si en el caso concreto esta solución no es la más viable para proteger el interés del menor, se determinará la guarda alternativa de ambos progenitores con mudanzas periódicas de los menores. Pero, ¿a cuál de los dos se le deberá atribuir el derecho, si ambos se encuentran en la misma situación?

Puede ser que el hecho de que uno de los progenitores siga residiendo en la vivienda familiar sea una manera de proteger el interés del menor, por ejemplo, en el caso de que uno de ellos se encuentre en una peor situación económica que el otro, de tal manera que si éste se ve obligado a desplazarse a otro lugar de residencia las características de habitabilidad del menor sean inferiores, atentando de este modo contra su interés. O, al contrario, puede que el interés de los hijos en la vivienda familiar no tenga envergadura suficiente como para determinar la atribución del uso, o que éste se vea satisfecho independientemente de a qué progenitor se le atribuya también el derecho, razón por la cual se deberá atender a los intereses de los progenitores y al más necesitado de protección.

## **5.2. El interés más necesitado de protección**

Cuando nos encontramos ante supuestos que se utiliza la vivienda privativa de uno sólo de los progenitores como vivienda familiar lo adecuado sería respetar el derecho dominical del titular, integrando una solución alternativa para no perjudicar los intereses del menor. Ahora bien, si el no titular tiene menor capacidad económica y

además, menor posibilidad de proveerse de una nueva vivienda, se determinará el derecho de uso de la vivienda para el no titular.

Hay que tener en cuenta que este interés no debe satisfacerse necesariamente atribuyéndoles el uso del inmueble que constituyó la vivienda familiar a los hijos, pues se puede atenderlo igualmente proporcionándoles una vivienda igualmente digna y de características similares a aquella. En este sentido, como se dijo con anterioridad, hay que tener en cuenta el carácter antieconómico que deriva del hecho de atribuirle a los hijos la vivienda familiar como domicilio fijo, siendo los padres los que se vayan mudando en función del tiempo que les corresponda la guarda de los hijos. Junto con el sentido económico, también las diversas incomodidades con los respectivos conflictos que derivan de ellas, que además a su vez pueden llegar a derivar sobre el interés del menor, puesto que, lo que en un principio puede parecer lo más beneficioso para los hijos, su práctica y las consecuencias que acarrea pueden hacer esta medida rechazable.

Por ello, la composición de todos los intereses en conflicto en el proceso matrimonial de ambos progenitores exige la búsqueda de soluciones de tal manera que se adapte a las necesidades de todos los miembros de la familia, conciliando los diversos intereses confrontados, siempre y cuando se garantice la protección del interés de los hijos, garantizándoles una vivienda digna en la que alojarse<sup>38</sup>.

Como sabemos, es frecuente relacionar la atribución del uso de la vivienda con la de la guarda y custodia, puesto que es el progenitor a quien se asigne dicha función es quien, en principio, tiene derecho al uso de la vivienda. De este modo, la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor con el que convivan los hijos es aplicación del principio de protección del interés más necesitado, el de los hijos en este caso, y supone una forma de contribuir al sostenimiento que pesa sobre los progenitores en beneficio de sus hijos. En este sentido, este deber no termina con la llegada de la mayoría de edad o emancipación de los hijos, por lo que el uso de la vivienda familiar por el progenitor con quien conviva va ligado, no tanto a la guarda y custodia, sino a las necesidades de los hijos, por tanto, mientras sigan conviviendo con el progenitor y carezcan de ingresos propios. Cuando tales necesidades puedan cubrirse por los propios hijos, parece que el uso de la vivienda familiar corresponderá al progenitor que fuera titular de la misma,

---

<sup>38</sup> REBODELLO VARELA, Ángel Luis; SEOANE SPIEGELBERG, José Luis; VALDÉS-SOLIS CECCHINI, Fernando y LÓPEZ BREA MARTÍNEZ, María Concepción, *El Derecho de familia ante la crisis económica*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, pág. 270.

que podrá coincidir o no con quien hasta ese momento venía ejerciendo el derecho de uso<sup>39</sup>.

### **5.3. La titularidad de la vivienda**

Siempre y cuando quede garantizado el derecho del alojamiento de los hijos en los períodos que se encuentren bajo la custodia del otro progenitor y que éste cuente con los medios económicos suficientes para ello, la solución mas idónea para garantizar los derechos dominicales del titular es la atribución del uso exclusivo de la misma a su propietario. Es, de este modo, el criterio subsidiario, puesto que sólo se atenderá a este criterio cuando el interés del menor esté satisfecho y cuando el del otro progenitor (el no titular) no sea el más necesitado de protección.

Puede darse el supuesto de que el interés del progenitor titular sea el más necesitado de protección que el del otro. En este caso, la aplicación del criterio del interés más necesitado de protección y del de la titularidad nos llevarían al mismo resultado.

## **VI. EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL EN CASO DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO: PRINCIPALES NOVEDADES.**

Teniendo en cuenta lo señalado al principio del presente estudio en lo relativo a la relevancia económica que representa el derecho de uso de la vivienda familiar, no es de extrañar que el alto valor económico que representa la titularidad de tal derecho lleve consigo el impetuoso anhelo de conseguir la atribución del mismo y que, además, ello influya sobre las demás pretensiones de las partes. Asimismo y como ya hemos analizado, es frecuente que en bastantes procesos matrimoniales contenciosos el hecho de reclamar cada una de las partes para sí la guardia y custodia exclusiva de los menores tenga en realidad la pretensión oculta de reclamar el uso de la vivienda familiar. Ello es consecuencia de la actual regulación del CC, donde el párrafo 1º del art. 96 establece la obligatoria atribución del uso exclusivo de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queda; es por ello que este precepto constituye una rémora u

---

<sup>39</sup> PÉREZ CONESA, Carmen, *Las medidas judiciales definitiva tras las crisis matrimoniales y su modificación*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, pág. 117.

obstáculo para la consecución de acuerdos para establecer un régimen de custodia compartida<sup>40</sup>, pues sólo da respuesta a un modelo de guarda monoparental.

Se ha puesto de manifiesto en la doctrina y en la jurisprudencia<sup>41</sup> prácticamente (algunos sí que lo aplican) de manera unánime que el art. 96, párrafo 1º CC no es aplicable al supuesto de guarda compartida, ya que no se encuentran los hijos en la compañía de solamente uno de los progenitores.

En este sentido, no son poco frecuentes los casos que aplican el párrafo 2º del art. 96 (donde se determina que *el juez resolverá lo procedente*). Este precepto regula los casos en los que, habiendo dos o más hijos comunes, uno o varios quedan bajo la custodia de un progenitor y los demás bajo la del otro. En casos de custodia compartida se acude a las previsiones de este precepto por analogía debido a la falta de norma legal que regule de manera expresa estos casos; ahora bien, a pesar de que se aplique dicho artículo, en realidad no se resuelve el asunto ya que es un precepto indeterminado, pues deja abierta cualquier posibilidad al señalar que el juez debe resolver *lo procedente*, pero no hay ningún criterio objetivo a los que el juez deba atenerse a la hora de resolver<sup>42</sup>.

Ha surgido de este modo la urgente necesidad de modificar la actual regulación de la atribución del derecho del uso de la vivienda familiar contenida en el art. 96 del CC con el fin de adaptar la regulación de esta materia a las actuales circunstancias socioeconómicas de la familia, pues se trata de un régimen jurídico desfasado y obsoleto que no satisface todas las necesidades que se dan en la práctica. Esto puede llegar a producir un enriquecimiento injustificado por parte del progenitor que recibe el uso de la vivienda familiar así como atentar contra el interés del menor. En definitiva, los incesantes cambios en el orden familiar que han acontecido los pasados años han determinado que la normativa estatal resulte insatisfactoria, pues no se adapta a los

---

<sup>40</sup> REBODELLO VARELA, Ángel Luis; SEOANE SPIEGELBERG, José Luis; VALDÉS-SOLIS CECCHINI, Fernando y LÓPEZ BREA MARTÍNEZ, María Concepción, *El Derecho de familia ante la crisis económica*, 1ª ed., Ed. DYKINSON, Madrid, 2010, pág. 261.

<sup>41</sup> La STS de 3 de abril de 2014 (nº de resolución 181/2014), afirma que el artículo 96 es demasiado riguroso a la hora de atribuir la vivienda familiar, sobre todo en momentos de crisis económica como los actuales. Ello pone en cuestión algunos de los postulados que permitieron su inicial redacción y que se ha complicado, sobre todo en los casos de guarda y custodia compartida, haciendo inexcusablemente necesaria una nueva y completa regulación.

<sup>42</sup> GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, “El derecho de uso de vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida” en *Revista Jurídica Española La Ley*, Nº 7206, Sección Tribuna, 29 Jun. 2009, Tomo 3, Año XXX, Ref.D-235, Ed. LA LEY, pág. 2054

problemas que realmente acontecen. Dicha circunstancia ha exigido, como ya hemos visto, una labor de adaptación e interpretación del Derecho a la realidad social.

Esta exigencia se ha traducido en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, que ha nacido “(...) *en respuesta a determinadas disfunciones que el régimen vigente está provocando en la práctica y que han tenido notorio alcance social (...)*”<sup>43</sup>. El Ministerio de Justicia elaboró el texto del anteproyecto que fue aprobado por el Consejo de Ministros el día 19 de julio de 2013, para ser posteriormente remitido al Consejo General del Poder Judicial, que con fecha 19 de septiembre de 2013 aprobó el informe correspondiente. Actualmente estamos a la espera de que el Ministerio de Justicia elabore el texto del proyecto para que, una vez aprobado se presente ante el Parlamento para convertirse en Ley<sup>44</sup>.

A pesar de que en la Exposición de motivos no se indique cuáles son dichas disfunciones, la reforma que se pretende elaborar persigue establecer una nueva normativa reguladora de la custodia compartida, eliminando su excepcionalidad, de tal manera que sea el Juez quien determine qué forma de guarda es la más conveniente y siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño (Exposición de Motivos IV). E

Desde la última reforma efectuada por la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, el marco institucional y social del matrimonio y las relaciones paterno-filiales han variado considerablemente, dejando el régimen actual un tanto obsoleto. Tanto las Comunidades Autónomas con Derecho Civil Foral, como otros ordenamientos jurídicos europeos, como la jurisprudencia consolidada han avanzado con mayor agilidad que el legislador nacional en este aspecto.

En la misma línea que la reforma legal del año 2005, uno de los principales aspectos de esta nueva regulación gira en torno al fomento y estímulo de los acuerdos entre los progenitores en todo aquello relacionado con las medidas a adoptar tras la

---

<sup>43</sup> Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, Ministerio de Justicia, Exposición de motivos II, pág. 5 <<http://www.juecesdemocracia.es/LegislacionActual/Anteproyecto%20de%20Ley%20Custodia%20Compartida%20CM%2019-7-13.pdf>>

<sup>44</sup> V. sobre el Anteproyecto, entre otros, *Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio*, <[http://www.lexfamily.es/revista\\_portada.php?codigo=1178](http://www.lexfamily.es/revista_portada.php?codigo=1178)>

crisis familiar<sup>45</sup>. Por otro lado, también se incrementa la discrecionalidad judicial a la hora de decidir sobre el modelo de guarda y custodia a través de la incorporación de un nuevo artículo (art. 92 bis CC). En este sentido es importante destacar que no se trata de que la guarda y custodia sea un régimen general o preferente, sino que el Juez, asegurando en todo momento el respeto completo y efectivo de los derechos del menor, así como su desarrollo integral, determinará el modo de guarda y custodia que mejor se adapte para cada caso concreto, eliminando de este modo las rigideces y preferencias por la custodia monoparental del actual artículo. Para ello, el Juez recabará informe del Ministerio Fiscal, sin que tenga carácter vinculante, y ponderará, además de las alegaciones de las partes, la opinión y deseos del menor.

También se refiere el Anteproyecto a las cargas familiares (que dejan de llamarse matrimoniales) a la pensión de alimentos, y a los gastos devengados por sus necesidades extraordinarias o imprevisibles. En este sentido destaca, sobre todo, que se adoptan medidas para evitar que la obligación de abonar la pensión de alimentos se perpetúe en el tiempo, pues se precisan supuestos que producen su extinción, destacando la independencia económica de los hijos, o cuando estén en disposición y condiciones de obtenerla, aun cuando no la tengan, si ello les es imputable (art. 93 CC). Otra de las novedades más importantes de esta reforma es la liquidación del régimen económico matrimonial desde el inicio, siendo aplicable para cualquier régimen. Actualmente, su tramitación es excesivamente larga, lo que repercute directamente en las relaciones con los menores. Por ello, también se establecen reformas en este aspecto.

A pesar de ser éstas las reformas más destacables, no son las únicas, pero el problema del art. 96 CC es que es el que nos concierne. Éste es, en la actualidad, además de obsoleto, un precepto incompleto, puesto que a pesar de la aparente claridad del precepto, éste no ofrece una verdadera respuesta a una cuestión tan controvertida como es la atribución del uso de la vivienda familiar y de su aplicación pueden surgir problemas: de ahí la necesidad e importancia de su reforma, que protagoniza un cambio sustancial.

### **6.1. Interés del menor y del cónyuge más necesitado de protección**

---

<sup>45</sup> En este sentido, por ejemplo, se incorpora en el artículo 90.1.a) CC la obligación de contener en el convenio regulador un “Plan de ejercicio de la patria potestad conjunta” en el que los progenitores acuerdan diferentes formas de ejercer la corresponsabilidad parental. O, por otro lado, el 91.3 CC donde, de manera expresa, se prevé la posibilidad de someter sus discrepancias a mediación familiar.

En este Anteproyecto de Ley se pretende reformar el ordenamiento de tal manera que el Juez en relación con la vivienda de los hijos, apruebe el pacto de los progenitores, o acuerde aquellas medidas que sean en su interés y que garanticen a su derecho a una residencia digna. Quedaría redactado el art. 96.1 CC literalmente del siguiente modo:

*“1. El Juez podrá aprobar, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, las medidas que pacten los progenitores sobre el lugar o lugares de residencia de los hijos menores o con la capacidad judicialmente completada que dependan de ellos, o acordará aquéllas que considere procedentes en congruencia con las medidas acordadas sobre la guarda y custodia de los hijos, debiendo quedar, en todo caso, garantizado adecuadamente su derecho a una vivienda digna. (...).*

*2. Cuando no se hubiera podido dar un destino definitivo a la vivienda familiar, enseres y ajuar existentes en el mismo, la atribución se hará por el Juez en función de lo que sea más conveniente para los intereses de los hijos. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.*

*En todo caso, siempre que no fuera atribuido por periodos alternos a ambos progenitores, y fuera compatible con los intereses de los hijos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el régimen de guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores o si los cónyuges no tuvieran hijos o éstos fueran mayores de edad.*

*Excepcionalmente, aunque existieran hijos menores o con la capacidad judicialmente completada dependientes de los progenitores, el Juez puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda y custodia si es el más necesitado y el progenitor a quien corresponde la guarda y custodia tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.”*

En primer lugar, tal como ha dejado la jurisprudencia claro, se introduce de manera taxativa (cosa que no ocurre con el actual art. 96 CC) que a la hora de asignar la vivienda, ya sea por los progenitores o por el Juez, prevalezca siempre sobre cualquier otra consideración el interés del menor. Además, para los casos en los que no se atribuya el domicilio a los hijos de manera fija, también se tiene en cuenta el interés del cónyuge que más dificultades pueda tener para encontrar una nueva vivienda tras el cese de la convivencia, pero sólo siempre y cuando sus intereses sean compatibles con los de los menores, lo que parece una solución equitativa.

Una de las novedades de la reforma es que busca que el régimen de guarda y custodia compartida sea algo normal, y por ello es razonable que no se recoja de manera expresa la actual disposición del art. 96 CC, donde se establece como regla general que el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. No obstante, según el informe de Consejo General del Poder Judicial del

contenido de los apartados del art. 96 dicha regla se infiere implícitamente, pero ello no obsta para que resulte procedente que lo incluyan de manera expresa dicha prevención para aquellos casos en que no se acuerde la custodia compartida<sup>46</sup>.

## **6.2. Destino definitivo de la vivienda familiar**

También hay que tener en cuenta que la idea que se extrae es que se le de un destino final la vivienda familiar desde el inicio, puesto que el destino natural de la vivienda familiar es no perder tal condición y por ello no tiene porqué acontecer necesariamente, pero en el caso de que sea imposible, se regulan las reglas que deben regir para la atribución de su uso.

## **6.3. Atribución de la vivienda al cónyuge no titular y su limitación en el tiempo**

Siendo este el criterio general, el precepto también diferencia en función de si se está ante un supuesto de régimen de convivencia compartida o de atribución de la convivencia individual, lo que no ocurría hasta ahora, y se prevén diversas soluciones dependiendo de si la vivienda familiar es común a ambos progenitores o si es un bien privativo de uno de ellos:

*“3. En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos y ésta fuera privativa del otro progenitor o común de ambos, lo será hasta que tenga la obligación de prestarles alimentos o se liquide la vivienda. En los demás supuestos, lo será por un tiempo máximo de dos años, mientras se procede a la liquidación del inmueble en los términos indicados. De continuar teniendo dificultades para encontrar vivienda, o en el supuesto de no haber podido realizar su liquidación en este tiempo, con carácter excepcional, podrá solicitarse, con tres meses de antelación, una prórroga por un año, debiendo tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.”*

En cualquier caso, se establece que la atribución de la vivienda familiar tendrá carácter temporal, diferenciando los siguientes supuestos:

- En el caso de que se le hubiera atribuido a uno de los cónyuges por tener la guarda y custodia de los menores: hasta que persista la obligación de prestar alimentos o se liquide la vivienda. Además, en estos casos se precisará del

---

<sup>46</sup> Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio*, Madrid, 19 de septiembre de 2013, pág. 53, < <http://unaf.org/wp-content/uploads/2013/09/informe-anteproyecto-CGPJ.pdf> >

consentimiento de los cónyuges o, en su defecto, de autorización judicial (según se establece el apartado 6°).

- En el caso de que se le hubiera atribuido por razón de necesidad del propio cónyuge: dos años prorrogables durante otro.
- En cualquier caso, hasta que se le dé un destino definitivo.

#### **6.4. Distribución de las obligaciones económicas**

La materia se completa estableciendo criterios para la distribución de las obligaciones por razón de la vivienda:

*“4. La atribución a uno solo de los progenitores del uso de la vivienda se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la pensión compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge.*

*5. Mientras se mantiene la atribución de uso, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y las tasas corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo los extraordinarios y el pago de los impuestos a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título. Excepcionalmente, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades el Juez podrá acordar que sea el cónyuge a quien no se le haya atribuido el uso de la vivienda quien se haga cargo de todos o parte de los gastos ordinarios.*

*En el supuesto de que la vivienda con carga hipotecaria o con obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por los cónyuges de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución.”*

En estos dos apartados se regulan determinados aspectos de índole económica relacionados con la vivienda familiar. Lo previsto en el apartado 4 se dispone en relación con otros preceptos que también se pretenden modificar, pues en el art. 92 bis 3, tercer párrafo, se establece que la atribución del uso de la vivienda familiar es uno de los parámetros a tener en cuenta para el cálculo de la prestación por alimentos por gastos ordinarios. No obstante, según establece el informe del Consejo de Ministros, a pesar de que encuentra refrendo en varias Audiencias Provinciales, es contraria a la establecida por otras, pues de acuerdo a la doctrina asentada por el Tribunal Supremo en las SSTS de 25 de febrero 2003 y de 6 de junio 2006, al amparo de lo dispuesto en la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, es al propietario a quien le corresponde pagar las cuotas de la comunidad, de manera que su pago debería ser

soportado por el progenitor titular del inmueble aunque el uso se le atribuya al otro, o bien a ambos si les pertenece indiviso o es de la sociedad de gananciales.

La opción por la que se decanta el legislador corresponde el ámbito de discrecionalidad que le es propio, pero el Consejo General de Poder Judicial “(...) recomienda que la posibilidad de establecer un régimen distinto del que contempla la regla general no tenga carácter excepcional, sino que simplemente se confiera al arbitrio judicial la posibilidad de atribuir, en todo o en parte, el pago de los gastos ordinarios al cónyuge no ocupante, cuando las circunstancias económicas de los cónyuges así lo aconseje (...)”<sup>47</sup>.

Por último, en los casos en que la vivienda familiar esté gravada con hipoteca o existan obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, el pago deberá satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución, tal como había asentado el Tribunal Supremo en las SSTS de 30 abril de 2013, de 26 de noviembre 2012 y de 29 de abril 2011, pues consideran que la hipoteca es una deuda de la sociedad de gananciales y no una carga del matrimonio.

También se prevé el supuesto de que algún familiar próximo haya cedido un inmueble para que vaya a vivir el matrimonio y cuando poseyeran la vivienda el título diferente a la propiedad<sup>48</sup>, pero estos dos últimos casos no entran en el objeto de estudio, pero es una novedad importante.

---

<sup>47</sup> Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio*, Madrid, 19 de septiembre de 2013, pág 61.

<sup>48</sup> En estos casos la atribución de la vivienda perdurará hasta que el tercero reclame la restitución del inmueble, en cuyo caso se procederá a la adecuación de la prestación alimenticia o pensión complementaria. Esto se adecua a la doctrina jurisprudencial asentada por la STS 14 de marzo de 2013 (nº de resolución 160/2013), según la cual “(...) cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios (...). En definitiva, la atribución del uso de la vivienda por sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia no puede constituir un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños del vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda”.

## **6.5. Medidas provisionales**

Por otro lado, también se modifica el artículo 103 CC, en el que se regulan las medidas provisionales, que pueden adoptarse judicialmente antes de dictarse la resolución definitiva y que, por lo tanto, tratan de adaptarse desde un principio a las que serán definitivas.

Hay diferentes tipos de medidas (las relacionadas con la patria de potestad, con las cargas familiares, etc), sin embargo, el apartado 2º de dicho artículo son las que se refieren a la atribución del uso de la vivienda familiar. En este sentido, se establece que:

*“La atribución del uso de la vivienda, en funcion de lo que sea más conveniente para los intereses de los hijos y, si fuera compatible con éstos, para el interés del progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, y asimismo, previo inventario, determinará los bienes y objetos del ajuar que continuarán en ésta y los que habrán de ser retirados, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de uso de cada uno”.*

Este artículo realmente no es objeto de modificaciones muy relevantes: lo que en realidad se hace en él es adaptarlo a los preceptos anteriormente mencionados y, sobre todo, destacar la importancia de preservar en todo momento el interés del menor.

Para concluir, básicamente lo que podemos extraer de la regulación propuesta por el Anteproyecto, tras haber analizado previamente cuáles son los criterios que utiliza el Juez o Tribunal a la hora de atribuir el derecho de uso de la vivienda familiar, en realidad lo que está haciendo este Anteproyecto es adaptar la legislación a las soluciones que ha ido dando la jurisprudencia y doctrina durante los últimos años en los que han realizado una importante labor de adaptación e interpretación a la hora de aplicar el Derecho a la realidad.

## **VII. CONCLUSIONES**

**1ª.** La vivienda familiar es uno de los activos más valiosos del patrimonio familiar, tanto desde un punto de vista económico como social, por lo que, dentro de los diferentes problemas que derivan de los supuestos de crisis familiar en los que hay hijos menores de edad, el de determinar cuál de los progenitores va a seguir ocupando la vivienda familiar es de los más controvertidos, y más aún en los casos de custodia compartida, pues la actual regulación sólo da respuesta a un modelo de guarda monoparental.

**2ª.** La custodia compartida de los hijos menores de edad se plantea en los casos de en los que el ejercicio de la patria potestad corresponde de forma dual a ambos progenitores, y también a ellos, aunque de forma alternativa, se ha confiado el cuidado de los hijos. No obstante, este régimen no sólo es importante por su propio contenido, sino porque su determinación lleva consigo importantes cambios y medidas de carácter económico, como es el caso de la atribución de la vivienda, que no puede atribuirse de manera automática ni preferente a pesar de que el art. 96 CC establezca la atribución automática del derecho de uso de la vivienda familiar al progenitor custodio.

**3ª.** Tanto para decidir sobre la viabilidad de la custodia compartida como para atribuir el uso de la vivienda familiar es imprescindible atender a la protección del interés superior del menor. Paralelamente, en el caso objeto de estudio también se debe atender a otros criterios, ya que, por definición, al encontrarse los hijos bajo la custodia conjunta de los progenitores, en principio, ellos ostentan igual derecho para dicha atribución.

**4ª.** El criterio decisorio a la hora de determinar la modalidad de atribución del uso de la vivienda es el interés del menor, que prevalecerá siempre sobre cualquier otro. Ello implica que el menor disponga de una vivienda digna, a ser posible en condiciones similares a las que tenía antes de la crisis matrimonial. Se atenderá al mismo con independencia del régimen del matrimonio, la titularidad del inmueble o la situación personal o económica de los progenitores, aunque ello no quita que se tengan en cuenta estos aspectos cuando el interés del menor se considere satisfecho: en primer lugar se atenderá al interés del progenitor más necesitado de protección y, de manera residual, a la titularidad de la vivienda.

**5ª.** Las principales soluciones jurisprudenciales a la hora de determinar la atribución del derecho de uso de la vivienda son: en primer lugar, que los menores permanezcan de modo permanente en el domicilio familiar, siendo los progenitores los que vayan rotando alternativamente, o, en segundo lugar, que la atribución sea a uno de los padres y que sean los hijos los que vayan rotando, en función de los períodos en los que les corresponda el ejercicio de la custodia a los padres.

**6ª.** La modalidad de custodia compartida con domicilio fijo en los hijos tiene como principal ventaja que se protege de manera clara el interés del menor al atribuirle el uso de la vivienda, lo que le permite encontrarse en un lugar espacial que le otorga estabilidad y seguridad. No obstante, este modo de atribución tiene importantes

inconvenientes: en primer lugar es una medida antieconómica, puesto que obliga a la familia a mantener dos casas a la vez y, en segundo lugar, es fuente de inagotables conflictos de muy diversa índole.

**7ª.** Es clara la urgente necesidad de modificar la actual regulación de la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en casos de custodia compartida. Por ello y como respuesta, se ha elaborado en 2013 el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, que, en realidad, adapta la legislación a las soluciones que se han ido dando en la práctica en los Tribunales en los últimos años, como bien hemos analizado en este estudio.

**8ª.** A través de la reforma del Código Civil, el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, deja de asociar la custodia del menor y la atribución del uso de la vivienda familiar mediante la estipulación de medidas económicas tendentes a equilibrar la situación patrimonial de ambos progenitores, siempre sin dejar de atender el interés superior del menor, que no se deja de lado en ningún momento. Ello ayuda a que, en una situación de crisis económica como la actual, el hecho de que se prevean soluciones tendentes a equilibrar las necesidades e intereses patrimoniales de ambos progenitores no obstaculice la consecución de acuerdos entre ellos a la hora de determinar el régimen de custodia compartida.

**9ª.** Por último, hay que concluir que el presente estudio refleja claramente cómo la jurisprudencia juega un papel esencial en nuestro sistema: en este caso, como en muchos otros, el poder legislativo, tendrá en cuenta las resoluciones dictadas por el poder judicial a la hora de reformar la normativa aplicable a estos casos. El análisis del Anteproyecto de ley referido nos conduce claramente a esta afirmación. Por ello, el importante papel de la jurisprudencia debe ser puesto en valor, ya que la sociedad se encuentra en constante cambio y, si bien es cierto que el Derecho debe adaptarse a dichos cambios, muchas veces esta adaptación se produce a posteriori una vez que el Juez, al aplicar el Derecho, se percata del cambio experimentado por la sociedad, se posiciona y lleva a cabo una interpretación de la normativa acorde a la realidad dando a cada caso una respuesta justa y coherente.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, *Código Civil Comentado. Volumen I. Título preliminar – De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I – De las personas. Libro II – De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones (Arts. 1 - 608)*, 1ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2011.
- GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, “El derecho de uso de vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida” en *Revista Jurídica Española La Ley*, N° 7206, Sección Tribuna, 29 Jun. 2009, Tomo 3, Año XXX, Ref. D-235, Ed. LA LEY, pp. 2050 – 2055.
- IVARS RUIZ, Joaquín. *La guardia y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil*, 1ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
- MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa. *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, P.1, 2 y 3 CC)*, 1ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2005.
- PÉREZ CONESA, Carmen, *Las medidas judiciales definitiva tras las crisis matrimoniales y su modificación*, 1ª ed. Ed. Dykinson, Madrid, 2006.
- REBODELLO VARELA, Ángel Luis; SEOANE SPIEGELBERG, José Luis; VALDÉS-SOLIS CECCHINI, Fernando y LÓPEZ BREA MARTÍNEZ, María Concepción, *El Derecho de familia ante la crisis económica*, 1ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2010.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María, *La guarda y custodia compartida: una medida familiar igualitaria*, 1ª ed., Ed. Reus, Madrid, 2011.
- SERRANO CASTRO, Francisco de Asis. *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*, 1ª ed., Grupo El Derecho y Quantor, Madrid, 2011.

### Recursos bibliográficos virtuales:

- ALASCIO CARRASCO, Laura y MARÍN GARCÍA, Ignacio, “Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC” Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra, Barcelona en *InDret, revista para el análisis del Derecho*, Julio 2007, < [http://www.indret.com/pdf/454\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/454_es.pdf) >
- PARDILLO HERNÁNDEZ, Agustín, “Guarda y custodia compartida: análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, con referencia al marco normativo vigente” en *Diario La Ley*, Nº 8104, Sección Dossier, 13 Jun. 2013, Año XXXIV, Ed. LA LEY < [http://www.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYlJi9tynt/SvVK1+B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee++999577733ujudTif33/8/XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIHz9+fB8/IorZ7LONb3bo2X348GBv5xde5nVTVMvP9nZ27+3c332AD4rz66fV9M31Kv/sPCub/Bfmk6p6G7z3+5v2/w+IvnuNUQAAAA==WKE#tDT0000199820\\_NOTA3](http://www.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYlJi9tynt/SvVK1+B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee++999577733ujudTif33/8/XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIHz9+fB8/IorZ7LONb3bo2X348GBv5xde5nVTVMvP9nZ27+3c332AD4rz66fV9M31Kv/sPCub/Bfmk6p6G7z3+5v2/w+IvnuNUQAAAA==WKE#tDT0000199820_NOTA3) >
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (Universidad de Barcelona), “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término” en <<http://www.unav.edu/matrimonioyfamilia/b/indexbase.php?cmd=search4&id=31790>>
- Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, Ministerio de Justicia, 2013 <<http://www.juecesdemocracia.es/LegislacionActual/Anteproyecto%20de%20Ley%20Custodia%20Compartida%20CM%2019-7-13.pdf>>
- Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio*, Madrid, 19 de septiembre de 2013 en < <http://unaf.org/wp-content/uploads/2013/09/informe-anteproyecto-CGPJ.pdf> >
- “Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio” en <[http://www.lexfamily.es/revista\\_portada.php?codigo=1178](http://www.lexfamily.es/revista_portada.php?codigo=1178)>

## **IX. ANEXOS.**

### **Anexo nº 1. Jurisprudencia citada**

- Tribunal Supremo

<b>Tribunal, Sala y Fecha</b>	<b>nº resolución</b>	<b>Magistrado Ponente Illo.</b>
TS, Sala de lo Civil, Sección 1. 17/09/1996	713/1996	Eduardo Fernández-Cid de Temes
TS, Sala de lo Civil, Sección 1. 16/12/1996	1085/1996	José Almagro Nosete
TS, Sala de lo Civil, Sección 1. 29/03/2011	191/2011	Encarnación Roca Trías
TS, Sala de lo Civil, Sección 1. 14/04/2011	897/2010	Encarnación Roca Trías
TS, Sala de lo Civil, Sección 1. 10/01/2012	961/2011	Juan Antonio Xiol Ríos
TS, Sala de lo Civil, Sección 1. 9/05/2012	284/2012	Encarnación Roca Trías
TS Sala de lo Civil, Sección 1. 14/03/2013	160/2013	Román García Varela
TS, Sala de lo Civil, Sección 1. 29/04/2013	257/2013	José Antonio Seijas Quintana
TS Sala de lo Civil, Sección 1. 17/06/2013	426/2013	José Antonio Seijas Quintana
TS, Sala de lo Civil, Sección 1.3/04/2014	181/2014	José Antonio Seijas Quintana
TS, Sala de lo Civil, Sección 1. 25/04/2014	200/2014	José Antonio Seijas Quintana

TS, Sala de lo Civil, Sección 1.  
297/2014  
1. 2/06/2014

José Antonio Seijas Quintana

- Audiencias Provinciales

<b>Tribunal, Sala y Fecha</b>	<b>nº resolución</b>	<b>Magistrado Ponente Illo.</b>
SAP Barcelona, Sección 18, 18/09/1998	nº recurso 5/1998	Ana María Hortensia García Esquiús
SAP, Burgos, Sección 2 4/07/2004	85/2004	Agustín Picón Palacio
SAP Barcelona, Sección 18, 27/05/2008	358/2008	Margarita Blasa Noblejas Negrillo
SAP Palma de Mallorca, Sección 4, 9/10/2012	431/2012	Miguel Álvaro Artola Fernández
SAP Logroño, Sección 1, 18/01/2013	13/2013	María del Carmen Araujo García
SAP S/C de Tenerife, Sección 1, 16/05/2013	204/2013	Modesto Valentín Adolfo Fernández del Viso Blanco
SAP S/C de Tenerife, Sección 1, 10/06/2013	244/2013	Modesto Valentín Adolfo Fernández del Viso Blanco
SAP Alicante, Sección 4, 9/07/2013	299/2013	Paloma Sancho Mayo
SAP Vitoria-Gasteiz, Sección 1, 12/07/2013	299/2013	María Mercedes Guerrero Romeo
SAP S/C de Tenerife, Sección 1, 7/10/2013	351/2013	Modesto Valentín Adolfo Fernández del Viso Blanco
SAP de Zaragoza, Sección 2, 29/11/2013	299/2013	Julián Carlos Arque Bescos

SAP Gijón, Sección 7, 21/02/2014	57/2014	Rafael Martín del Peso García
SAP, Barcelona, Sección 12, 25/02/2014	133/2014	Myriam Sambola Cabrer
SAP, Palma de Mallorca, Sección 4, 18/03/2014	113/2014	Miguel Ángel Aguiló Monjo
SAP León, Sección 1, 21/03/2014	41/2014	Ana del Ser López

- Juzgados de Primera Instancia

<b>Tribunal, Sala y Fecha</b>	<b>nº de resolución</b>	<b>Magistrado Ponente Illo.</b>
SJPI Gijón, Sección 8, 3/10/2008	nº de recurso 585/2008	Ángel Luis Campo Izquierdo
SJPI Sevilla, Sección 7, 8/04/2011	223/2011	Francisco de Asís Serrano Castro

## 9.2. Caso real de otras modalidades de atribución del uso de la vivienda familiar en casos de custodia compartida.

Se adjunta un ejemplo real del plano de una casa (vivienda familiar) que, tras el divorcio del matrimonio en 2008, se dividió adjudicándose una parte de la misma a la madre, otra parte al padre (que tiene ya una nueva pareja), y otra a los hijos.

