

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2023/2024

Convocatoria: Julio

Análisis jurisprudencial de la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis familiares con menores.

Especial atención al supuesto de custodia compartida

Jurisprudential analysis of the attribution of the use of the family home in family crises with minors. Special attention to the case of joint custody



Realizado por la alumna: Doña Ana González Quevedo

Tutorizado por la Profesora: Doña María Elvira Afonso Rodríguez

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Civil

RESUMEN

El presente trabajo examina la atribución del uso de la vivienda familiar en crisis familiares, con especial enfoque en la custodia compartida y la protección del interés superior del menor. Se analiza la conceptualización de la familia y la vivienda familiar desde una perspectiva legal y doctrinal, y se estudia el régimen legal vigente, incluyendo la evolución del derecho de uso y la tutela del menor. Se aborda el tema del trabajo mediante un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las audiencias provinciales, identificando soluciones como la asignación temporal de la vivienda y el uso rotativo mediante el sistema de casa nido. También se consideran los acuerdos consensuados y los casos de pérdida de condición de vivienda familiar. El objetivo es proporcionar una comprensión integral de los criterios y tendencias jurisprudenciales en este ámbito, asegurando una resolución justa para los progenitores que garantice a su vez, la protección de los menores.

Palabras clave: custodia compartida, interés superior del menor, atribución del uso de la vivienda familiar, derecho de uso y disfrute.

ABSTRACT

The present work examines the attribution of the use of the family home in family crises, with a special focus on joint custody and the protection of the best interests of the child. It analyzes the conceptualization of the family and the family home from a legal and doctrinal perspective and studies the current legal regime, including the evolution of the right of use and the protection of minors. The topic is addressed through an analysis of the jurisprudence of the Supreme Court and provincial courts, identifying solutions such as the temporary assignment of the home and the rotating use through the "nest" house system. Consensual agreements and cases of loss of the status of the family home are also considered. The objective is to provide a comprehensive understanding of the criteria and jurisprudential trends in this area, ensuring a fair resolution for the parents, which, in turn, guarantees the protection of the children.

Key Words: shared custody, best interests of the child, allocation of the use of family home, right of use and enjoyment.

ÍNDICE

I. Introducción.....	4
II. La familia y la vivienda familiar	5
2.1. Concepto de familia	5
2.2. Delimitación conceptual de la vivienda familiar.....	9
2.2.1. Concepto legal	9
2.2.2. Doctrina jurisprudencial	11
2.2.2.1. Habitabilidad y habitualidad.....	12
III. Régimen legal de atribución de la vivienda familiar en las crisis familiares con hijos menores de edad.....	15
3.1. Evolución del régimen del derecho de uso de la vivienda familiar	15
3.2. Tutela del interés superior del menor	18
3.3. Análisis del artículo 96.1 CC	23
3.3.1. Reglas de atribución y plazos	26
IV. Doctrina jurisprudencial del régimen de atribución del uso de la vivienda familiar en casos de custodia compartida.....	28
4.1. La atribución del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida.....	28
4.2. Análisis de criterios jurisprudenciales para la atribución del uso de la vivienda familiar	32
4.2.1. Interés más necesitado de protección de uno de los progenitores	32
4.2.1.1. La vivienda familiar como bien privativo de uno de los progenitores	33
4.2.1.2. La vivienda familiar ganancial o copropiedad de ambos progenitores	37
4.2.2. El uso rotativo de la vivienda familiar (casa nido).....	41
V. Soluciones de común acuerdo.....	45
5.1. La división material de la vivienda	46
5.2. Venta de la vivienda familiar	47
VI. La pérdida de condición de vivienda familiar	48
6.1. La entrada de un tercero en la vivienda familiar.....	48
6.2. El supuesto de abandono	49
VII. Conclusiones.....	51
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	54
RESOLUCIONES CONSULTADAS	57

I. Introducción

Las crisis familiares, ya sean por divorcio, separación o ruptura de vínculos afectivos, representan un desafío social que genera controversia, especialmente cuando se trata de la atribución del uso de la vivienda familiar. Este elemento, fundamental en la vida de las personas, adquiere relevancia por la inversión económica que implica y por su papel en la satisfacción de una necesidad básica como son el refugio y la habitación. Tras una crisis de esta modalidad surge la necesidad de analizar los criterios que la jurisprudencia aplica para la atribución del uso de la vivienda familiar, especialmente cuando existen hijos menores y su protección se torna indispensable.

El objetivo de este trabajo es analizar la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo y de la jurisprudencia menor dictada por las audiencias provinciales acerca de la atribución del uso de la vivienda familiar en el contexto de crisis familiares. Se podrá apreciar que la crisis familiar se manifiesta independientemente del tipo de unión que tengan los progenitores, ya sea matrimonial u otras formas de convivencia reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico.

Atendiendo a los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE) de 2022, publicados el 13 de julio de 2023, se registraron un total de 81.302 divorcios, lo que representa un incremento significativo del 6,4% respecto al año anterior. Asimismo, este organismo registró un porcentaje de separaciones del 12,6% y un 31,6% de nulidades. Cabe destacar que se otorgó la custodia compartida en un 45,5% de los casos de divorcio con hijos, suponiendo 2,3 puntos más que el año anterior. En los divorcios entre cónyuges de diferente sexo con hijos menores de edad, la custodia fue otorgada de forma exclusiva a la madre en un 50,6% de los casos, mientras que al padre se le concedió en un 3,5%. Frente al ya mencionado 45,5% de los casos de custodia compartida, se encuentra el 0,4% de adjudicaciones a otras instituciones o familiares¹.

El presente trabajo se estructura en cinco apartados principales. El primero versa sobre la delimitación conceptual de la familia y la vivienda familiar, donde se realizará un acercamiento al concepto actual de familia y un análisis exhaustivo del concepto de vivienda familiar, tanto desde una perspectiva legal como doctrinal. El

¹ Disponible en https://www.ine.es/prensa/ensd_2022.pdf (fecha de consulta: 15 de abril de 2024).

segundo apartado se estudiará el régimen legal de la atribución de la vivienda familiar, ahondando en el marco legal vigente de la materia, especialmente cuando existen hijos menores en común. Dentro del mismo se hará referencia a la evolución de este régimen y a la protección del menor, junto con un análisis exhaustivo del artículo 96.1 del Código Civil. En el tercer apartado, centrado en el análisis jurisprudencial, se examinarán de forma más pormenorizada las diferentes resoluciones sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en diversos contextos, identificando las soluciones y criterios jurisprudenciales aplicados. El cuarto apartado contiene un acercamiento a algunas de las soluciones de común acuerdo a las que pueden llegar los progenitores. Por último, se tratará la pérdida de condición de vivienda familiar en los supuestos de la entrada de un tercero en esta y de abandono.

En definitiva, con este trabajo espero contribuir a una mejor comprensión de la compleja casuística en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en el marco de crisis familiares, ya que gracias al análisis de la doctrina jurisprudencial podemos identificar tendencias y criterios relevantes para la toma de decisiones en este ámbito.

II. La familia y la vivienda familiar

2.1. Concepto de familia

Antes de proceder a un análisis exhaustivo de la vivienda familiar es pertinente realizar una breve referencia a la conceptualización de familia desde una perspectiva amplia, social y jurídica.

La familia se puede definir como un grupo de personas unidas por un vínculo derivado del matrimonio, del parentesco, ya sea consanguíneo o por adopción, u otras circunstancias derivadas de la convivencia². Desde una perspectiva social, la familia se considera un grupo humano de interés social primario, pues da lugar al nacimiento de nuevos ciudadanos y ofrece un marco adecuado tanto para su desarrollo personal como para su integración en ella, ligándose a la subsistencia de la sociedad³.

² MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Familia, sociedad y derecho”, en AA.VV. (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. Coord.): *Curso de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Edisofer S.L., Madrid, 2021, pág. 23.

³ *Idem*, pág. 25.

Durante el siglo XXI, el concepto de familia, que hasta entonces respondía a un modelo tradicionalista constituido por un hombre y una mujer unidos matrimonialmente, se ha visto ampliado por otras uniones que han surgido o se han visibilizado y normalizado dentro la sociedad actual a lo largo de los años. Son múltiples las ocasiones en las que las parejas contemplan otras opciones diferentes a la vía matrimonial para constituir una familia. Un cambio destacable fue la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la Ley 13/2005 de 1 de julio, que reconoce el derecho a contraer matrimonio de dos personas del mismo sexo⁴, posibilitando su existencia como familia.

Como señala Martínez de Aguirre Aldaz, existen diversas tipologías de familia, entre las que destaca la familia nuclear, compuesta por los cónyuges o pareja y sus hijos, junto con quienes conviven. A partir de esta unidad básica se configura la familia extensa, que incluye a otros parientes como hermanos, abuelos, tíos, entre otros⁵.

Junto a esta tipología más tradicional, como explica el autor⁶, existen otros modelos familiares que deben ser tomados en consideración, como la familia de hecho, en las que los padres, conviviendo, no se encuentran unidos matrimonialmente, por lo que la familia se establece sobre la consanguinidad y la convivencia, lo que provoca que la relaciones jurídicas entre los miembros de la familia sean incompletas si se comparan con las que se establecen entre los unidos por conyugalidad y parentesco, que se consideran completas.

Por otro lado, define a la familia monoparental o monomarental como aquella en la que tan solo uno de los progenitores convive con sus hijos, independientemente del motivo, pudiendo ser este la ruptura matrimonial, el fallecimiento del otro progenitor, que los progenitores nunca hayan convivido, etcétera⁷.

Otro tipo es la familia reconstruida o reconstituida, que deriva de una segunda unión, que puede ser matrimonial o no, tras una disolución de la unidad familiar previa,

⁴ AYLLÓN GARCÍA, J.D.: “Los nuevos modelos de familia: ¿necesidad de un concepto de familia?”, en AA.VV. (GALLARDO RODRÍGUEZ A., ESTANCONA PÉREZ A.A., BERTI DE MARINIS G., Coord.): *Los nuevos retos del derecho de familia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 509. Disponible en <https://biblioteca-tirant-com.accedys2.bbt.ull.es/cloudLibrary/ebook/info/9788413786049> (fecha de última consulta: 16 de junio de 2024).

⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: *op.cit.*, pág. 23.

⁶ *Idem*, pág. 24.

⁷ *Ibidem*.

ya sea por fallecimiento, divorcio o ruptura de hecho. En esta tipología de familia la consanguinidad no se da del mismo modo entre todos los miembros de la familia y la conyugalidad puede no estar presente en ocasiones; además, desde un punto de vista social y jurídico se constatan como complejas⁸.

Pese a que el matrimonio es el modelo de convivencia elegido por la mayor parte de la población española en el proceso de establecer una familia, no es el único que se reconoce por la Constitución española (en adelante, CE). En este sentido, destaca la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de noviembre de 2012⁹, en la que se razona que el matrimonio, protegido en el artículo 32 CE, y la institución de la familia, protegida en el 39 CE, son dos bienes constitucionalmente diferentes. De lo dicho se colige que el artículo 39.1 CE no ampara únicamente a las familias fundadas en matrimonio, sino a las familias que prescinden para su constitución del vínculo matrimonial o familias extramatrimoniales.

Si bien la existencia de diversos criterios para calificar los distintos modelos familiares es evidente que el criterio de las formas de residencia resulta ser el más adecuado para el desarrollo del tema en cuestión, debido a su capacidad para abarcar un mayor número de tipologías familiares. No obstante, cabe reconocer que este criterio no es absoluto, ya que la familia no siempre gira en torno a una vivienda común. Un ejemplo de ello lo constituye la familia matrimonial con hijos en común en la que uno de los progenitores debe residir fuera del territorio español durante largos periodos de tiempo. En este caso, la circunstancia de la separación física no implica la pérdida de la condición de familia ni la de progenitor. Para valorar adecuadamente este tipo de situaciones necesitamos considerar otros factores adicionales como la afectividad y el sostenimiento de las responsabilidades familiares¹⁰. Lo anterior pone de manifiesto la necesidad de una interpretación más integral y flexible del concepto de familia, reconociendo que la esencia y los vínculos familiares pueden mantenerse sólidos a pesar de la existencia de una separación geográfica.

En este apartado resulta ilustrativo referirse al Proyecto de Ley de Familias¹¹ (en adelante, PLF), que se presenta como una iniciativa legislativa de gran relevancia

⁸ *Idem*, pág. 25.

⁹ STC (pleno) de 6 de noviembre de 2012 (sentencia núm. 198/2012).

¹⁰ AYLLÓN GARCÍA, J.D.: *op.cit.*, págs. 510-511.

¹¹ Proyecto de Ley de Familias, de 8 de marzo de 2024, 121/000011.

para el marco jurídico español en materia de familia. En su exposición de motivos se reconoce a la familia como “una institución esencial dentro de nuestra sociedad y una de las principales protagonistas de los cambios que ha vivido la ciudadanía a lo largo de las últimas décadas”. El PLF busca avanzar en el cumplimiento del mandato establecido en el artículo 39 de la CE.

El PLF se fundamenta en una sólida base jurídica que abarca los ámbitos nacional e internacional. A nivel nacional, en el artículo 39 CE se establece la protección integral de la familia, incluyendo la igualdad entre los cónyuges, el derecho a la filiación y el reconocimiento de las diversas formas de familia. A nivel internacional, el PLF se alinea con diversos tratados que consagran la protección de la familia, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo artículo 16.3 dispone que “La familia, unidad natural y fundamental de la sociedad, tiene derecho a la protección por parte de la sociedad y el Estado”; la Carta Social Europea, que en su artículo 16 define a la familia como una unidad básica de la sociedad, con derecho a una protección social, legal y económica adecuada para su desarrollo integral; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que dice de la familia en su artículo 33.1 que está basada en el matrimonio y en la filiación, al tiempo que establece el derecho de hombres y mujeres a contraer matrimonio y a formar una familia, lo cual será respetado conforme a las leyes nacionales, garantizando en todo momento los derechos de los hijos.

Por otro lado, en el artículo 2 PLF se instaura una definición amplia de familia, que abarca las siguientes formas: familia derivada del matrimonio; familia derivada de la convivencia estable en pareja, siempre y cuando se inscriban en el registro público de parejas de hecho o se constituyan como tal en escritura pública; familia monoparental, formada por un progenitor solo con sus descendientes; y núcleo estable de convivencia, en el que dos o más personas comparten de forma habitual y continuada la misma residencia.

Una vez se ha realizado un breve recorrido de la conceptualización general de familia que se tiene en nuestro ordenamiento y sociedad, es necesario dirigirnos hacia la vivienda familiar, núcleo de este trabajo, y a las distintas consideraciones y referencias que encontramos a lo largo de los textos legales y jurisprudenciales.

2.2. Delimitación conceptual de la vivienda familiar

2.2.1. Concepto legal

La vivienda ha sido considerada desde la antigüedad como un elemento indispensable para el ser humano y su subsistencia. Actualmente se ha consolidado como un derecho fundamental el disfrute de una vivienda digna y adecuada, considerándola no solo un objeto de propiedad privada, sino un elemento esencial para el desarrollo de la vida humana. Así queda reflejado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, donde la vivienda se reconoce como parte del derecho a un nivel de vida adecuado¹².

A partir de este momento, nos referiremos a la vivienda familiar como “el lugar habitable en el cual se desarrolla la convivencia familiar¹³”.

En lo que respecta a la regulación legal de la vivienda en nuestro ordenamiento jurídico, es fundamental observar su protección en el artículo 47 CE, que establece que “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”.

En el Código Civil (en adelante, CC) se observa un primer acercamiento a la vivienda familiar en su artículo 40, en el que se puntualiza que a la hora de ejercitar derechos y cumplir obligaciones civiles se considera como domicilio de la persona natural el lugar donde esta tenga su residencia habitual. Los artículos 90.c), 91, 96, 103.2.ª CC, referidos a los efectos de las crisis matrimoniales, y el artículo 1357.II CC, relativo al régimen de gananciales, hacen uso de la terminología “vivienda familiar”. Por su parte, el artículo 1320 CC, en alusión a los regímenes económicos matrimoniales, se hace uso del término “vivienda habitual de la familia”. Finalmente, en el artículo 1321 CC también se emplea esta expresión al desarrollar el derecho del viudo o viuda a hacerse con el ajuar que integra la vivienda habitual.

¹² DONADO VARA, A. y YÁÑEZ VIVERO, F.: *La vivienda familiar ante los retos de la crisis*, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2022, pág. 13. Disponible en: https://puntoq-ull.es/accedys2.bbt.ull.es/permalink/34ULL_INST/kkpv9/alma991000035514308901 (fecha última de consulta: 15 de junio de 2024).

¹³ HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar en derecho común”, en AA.VV. (CERDEIRA BRAVO DE MASILLA, G.): *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda*, Ed. Reus, Madrid, 2017, pág. 65. Disponible en: <https://elibro-net.accedys2.bbt.ull.es/es/ereader/bull/46692> (fecha de última consulta: 10 de mayo de 2024).

No obstante, podemos encontrar otras expresiones distintas a la de vivienda a lo largo del mismo texto. Esto se ve reflejado en los artículos 70 y 105 CC, relativos al deber de convivencia de los cónyuges, que emplean la expresión “domicilio conyugal”. El artículo 93.II CC, en relación con la prestación de alimentos en favor de los hijos menores de edad, emplea el término “domicilio familiar”. En el artículo 1362.1.ª.II CC, que trata una de las causas que constituyen una carga de la sociedad conyugal, se hace uso del vocablo “hogar familiar”. Por último, el artículo 1406.4.º CC, referente a la liquidación de la sociedad de gananciales, se aplica la expresión “residencia habitual”.

El concepto de vivienda familiar mencionado en el artículo 96.1 CC¹⁴ se introdujo por primera vez en la Ley 30/1981, de 7 de julio. Anteriormente se hacía uso de la expresión “vivienda común”, refiriéndose al bien cuyo uso debía ser atribuido a uno de los cónyuges teniendo en cuenta el interés de la familia en fases de nulidad o de separación matrimonial. La introducción del término “vivienda familiar” se demostró más adecuado, ya que está motivado por la protección económica y jurídica de la familia en la Constitución española de 1978, siendo, además, un principio rector recogido en el artículo 39.1, que, junto con el artículo 47, reconoce a la vivienda como un bien jurídico protegido desde el plano constitucional¹⁵.

Como se puede observar, el legislador en el Código Civil hace uso de diversas expresiones para referirse a la vivienda familiar, pero no por ello encontramos en este código una definición de la misma. Pues bien, esta falta de conceptualización legal ha

¹⁴ Para facilitar su contextualización en el trabajo, incluimos lo recogido en el artículo 96.1 CC: “*En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.*

A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.

Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes”.

¹⁵ GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en crisis matrimoniales*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pág. 43.

sido suplida por la doctrina que, al ocuparse de la vivienda familiar, ha concluido que todas las expresiones a las que se alude en el Código Civil responden a un mismo concepto¹⁶.

En el ámbito de la llamada jurisprudencia menor, se hace eco de esta concepción en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 10 de mayo de 1993¹⁷, en la que se establece que cuando el Código Civil emplea expresiones como "vivienda habitual", "vivienda familiar" o "vivienda donde se tiene la residencia habitual", estas deben interpretarse de forma unívoca, remitiendo todas ellas al concepto de vivienda familiar.

Dicho esto, puntualizar la diferencia entre domicilio conyugal y vivienda familiar, pues aunque coincidan durante la normalidad matrimonial, no ocurre lo mismo cuando acontece una crisis, ya que en esos casos la vivienda deja de ser conyugal, pues se cesa la convivencia en ella, pero sigue siendo familiar¹⁸.

2.2.2. Doctrina jurisprudencial

En lo que se refiere a la doctrina jurisprudencial, el Tribunal Supremo ha abordado el concepto de vivienda familiar en múltiples ocasiones. En primer lugar, hay que traer a colación la sentencia de 31 de diciembre de 1996, básica a la hora de abordar este concepto, la cual describe la vivienda familiar como un "*bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien que sea el propietario*"¹⁹". En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996 hace una definición más extensa, determinándolo como "*el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc...) y protección de su intimidad, al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y la protección de éstos*"²⁰".

De la misma manera, dentro de la denominada jurisprudencia menor, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 30 de diciembre de 1995,

¹⁶ GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: *op.cit.*, pág. 42.

¹⁷ SAP de Córdoba de 10 de mayo de 1993 (AC 1993/1050).

¹⁸ GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: *op.cit.*, pág. 44.

¹⁹ STS (Sala de lo Civil) de 31 de diciembre de 1994 (ECLI:TS:1994:20231).

²⁰ STS (Sala de lo Civil) de 16 de diciembre de 1996 (rec. núm. 2016/1993).

considera que la base para considerar una vivienda domicilio familiar, es *“la utilización conjunta, permanente y habitual que los miembros de una familia hacen de aquella y donde priman los intereses de la familia, como entidad propia, frente a los particulares de uno de los cónyuges²¹”*. De otra parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 16 de abril de 2004, conceptúa la vivienda matrimonial, como *“aquella a la que el matrimonio y sus hijos, durante su convivencia y hasta la ruptura de la unidad familiar, convierten por voluntad propia en su residencia personal y familiar y sede física de sus actividades sociales y económicas²²”*.

Sobre la importancia vital de la vivienda familiar, también ha razonado el Tribunal Supremo, en su sentencia de 19 de enero de 2017, señalando en el fundamento de derecho segundo de la misma que *“no se ignora que la vivienda constituye uno de los derechos humanos fundamentales en cuanto garantiza a su titular el derecho al desarrollo de la personalidad y le asegura una existencia digna²³”*.

Se observa, de esta manera, que la vivienda goza de un estatuto jurídico especial constituido por numerosas normas repartidas en distintos sectores de nuestro ordenamiento jurídico²⁴.

2.2.2.1. Habitabilidad y habitualidad

La vivienda familiar, al igual que cualquier otra morada, debe cumplir con una serie de requisitos básicos destinados a la satisfacción de las necesidades primarias de la persona física. En consecuencia, debe tratarse de un lugar habitable, dotado de una serie de condiciones.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁵, en particular la sentencia número 212/1998²⁶, de 10 de marzo, reiterada en fallos posteriores, las estructuras como chozas, cabañas, casas en ruinas, locales de negocio, almacenes, solares, establos

²¹ SAP de Ciudad Real (Sección 1.ª) de 30 de diciembre de 1995 (no he podido encontrar el número de resolución).

²² SAP de Valladolid (Sección 1.ª) de 16 de abril de 2004 (sentencia núm. 134/2004).

²³ STS (Sala de lo Civil) de 19 de enero de 2017 (sentencia núm. 31/2017).

²⁴ HERNÁNDEZ IBÁÑEZ C.: *op. cit.*, pág. 63.

²⁵ Como ya se ha mencionado en este trabajo y a modo de recordatorio, la STS (Sala de lo Civil) de 16 de diciembre de 1996 (rec. núm. 2016/1993) define la vivienda familiar como un *“reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental (...) [para] la satisfacción de sus necesidades primarias (...) y [su] protección (...)”* y que se extiende al amparo y protección de sus hijos.

²⁶ STS (Sala de lo Civil) de 10 de marzo de 1998 (sentencia núm. 212/1998).

y fábricas no pueden considerarse viviendas familiares. Estos espacios no cumplen los requisitos de habitabilidad, salubridad e higiene (iluminación y ventilación) y seguridad propios de una vivienda, tales como materiales de suelos, paredes y techos, instalaciones eléctricas, de fontanería y de telecomunicaciones²⁷ necesarias para satisfacer las necesidades primarias de la persona.

En esta línea, la Audiencia Provincial de Pontevedra se ha pronunciado al respecto en su sentencia número 88/2000, de 20 de marzo²⁸, en la que se determinó que un local originalmente destinado a ser una tienda no puede ser considerado una vivienda familiar simplemente porque la persona pernocte en él y disponga de un inodoro. La evidencia fotográfica presentada en dicho caso dejó claro que el local no reunía las condiciones necesarias para ser habitada por una familia.

Además, considerando que la convivencia se desarrolla de forma habitual y continuada en la vivienda, se entiende que el requisito de habitualidad es fundamental para que un inmueble se considere vivienda familiar. Aunque el Código Civil no proporciona una definición específica de habitualidad, podemos remitirnos a otras normativas para encontrar respuestas. Por ejemplo, la Ley 35/2006, de 26 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en su disposición adicional vigesimotercera, sobre “Consideraciones de vivienda habitual a efecto de exenciones”, establece que se considerará vivienda habitual aquella en la que el contribuyente resida durante un plazo ininterrumpido de tres años. No obstante, esta consideración también se aplicará cuando, aun no cumpliendo dicho plazo, concurren circunstancias que exijan un cambio de vivienda, tales como la celebración de un matrimonio, una separación matrimonial, traslados laborales u otras situaciones²⁹.

Por ende, no cualquier espacio físico habitable puede ser considerado vivienda familiar, ya que es necesario el criterio de habitualidad, por lo que quedan excluidas las segundas residencias. En este sentido, se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2012, al razonar en su fundamento de derecho cuarto que

²⁷ FOLGUERAL GUITÉRREZ, T. y PÉREZ CASTRO, C. T.: *Atribución de la vivienda familiar: aspectos prácticos sobre el concepto y atribución del hogar familiar*, Editorial Colex, S.L., A Coruña (Galicia), 2021, págs. 11-12.

²⁸ SAP de Pontevedra (Sección 3.^a) de 20 de marzo de 2000 (sentencia núm. 88/2000).

²⁹ Ley 35/2006 de 28 de noviembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 2006.



“el uso de los segundos domicilios u otro tipo de locales que no constituyan vivienda familiar, no puede ser efectuado por el juez en el procedimiento matrimonial seguido con oposición de las partes o, lo que es lo mismo, sin acuerdo³⁰”. Sobre esta base se formuló en la misma sentencia la siguiente doctrina unificadora: “en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituya la vivienda familiar³¹”.

Un ejemplo de lo anterior es el caso en el que una familia adquiere durante el matrimonio un chalet cercano a la ciudad donde posee su residencia principal, trasladándose a este durante los meses de julio y agosto. La Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia número 536/2009, de 14 de septiembre³², establece que el concepto de vivienda familiar definido en los artículos 90, 91, 96 y 103.2 del Código Civil se refiere a la residencia habitual de la familia. En consecuencia, no se incluyen las viviendas de temporada o segundas residencias utilizadas por la familia en períodos vacacionales o fines de semana. De igual forma, no se consideran vivienda familiar aquellas propiedades que los cónyuges posean en copropiedad o en régimen de gananciales en las que no resida la familia. No obstante, puede darse el caso de que el progenitor no custodio se traslade a esta vivienda mientras la sociedad de gananciales no sea disuelta, ya sea de mutuo acuerdo o por decisión judicial.

En la sentencia Tribunal Supremo número 129/2016, de 3 de marzo, se discute si es viable la posibilidad de atribuir las denominadas segundas residencias en el curso de un procedimiento matrimonial. Pues bien, la citada resolución, tratando de unificar la doctrina de las audiencias provinciales, ofrece la solución realizando deducciones sobre el contenido del artículo 91 CC, en el que se permite al juez la atribución de a vivienda familiar tan solo en defecto de acuerdo o cuando este no sea aprobado, y el del artículo 774.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece lo mismo refiriéndose a la vivienda familiar. En estos dos artículos se habla continuamente de la atribución del domicilio familiar, por lo que se entiende que la atribución del uso de los segundos domicilios o de otros locales que no sean vivienda familiar no puede ser efectuada por el juez en el seno de un procedimiento sin acuerdo³³.

³⁰ STS (Sala de lo Civil) de 9 de mayo de 2012 (sentencia núm. 284/2012).

³¹ *Ibidem*.

³² SAP de Madrid (Sección 22.ª) de 14 de septiembre de 2009 (sentencia núm. 536/2009).

³³ FOLGUERAL GUITÉRREZ, T. y PÉREZ CASTRO, C. T.: *op.cit.*, pág. 13.

Existe una circunstancia particular abordada por la jurisprudencia respecto a la atribución de garajes y trasteros que establece criterios específicos para su análisis. Aunque estos no se consideran parte integral de la vivienda familiar en el sentido estricto del artículo 96 CC, su uso habitual por parte de la familia durante la convivencia puede justificar su inclusión en la atribución. En este sentido, la jurisprudencia menor se ha manifestado a favor de esta teoría. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres³⁴ de 14 de octubre de 2020 reconoce que, aunque los garajes y trasteros no constituyen vivienda familiar, su atribución junto con el uso de la vivienda es posible. De manera similar, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 22 de marzo de 2013³⁵ considera la vivienda familiar como una unidad que incluye los anexos inherentes como garajes y trasteros cuando se atribuye su uso.

Por tanto, a partir del estudio de las sentencias mencionadas se puede concluir que la decisión sobre atribución de garajes y trasteros en casos de ruptura familiar no se rige por una norma única, sino que depende de un análisis individualizado de cada caso, considerando la jurisprudencia y los factores específicos de cada situación.

III. Régimen legal de atribución de la vivienda familiar en las crisis familiares con hijos menores de edad

3.1. Evolución del régimen del derecho de uso de la vivienda familiar

Como ya se ha mencionado con anterioridad, la familia en su forma tradicional ha experimentado cambios significativos en tiempos recientes, evolucionando desde su origen matrimonial hacia nuevas manifestaciones. Estos cambios justifican la necesidad de modificar los criterios legales y jurisprudenciales para determinar los efectos de una ruptura del núcleo familiar, ya sea por divorcio, nulidad matrimonial o separación. Uno de los efectos patrimoniales más destacados en estos casos es la atribución del uso de la vivienda familiar.

Históricamente, el régimen de atribución de la vivienda familiar guardaba una estrecha relación con el sistema de guarda y custodia de los hijos, de modo que al acontecer crisis familiares se confería a la madre la guarda y custodia de los hijos, y,

³⁴ SAP de Cáceres (Sección 1.ª) de 14 de octubre de 2020 (sentencia núm. 820/2020).

³⁵ SAP de A Coruña (Sección 4.ª) de 22 de marzo de 2013 (sentencia núm. 140/2013).

por ende, la atribución del uso de la vivienda familiar, por dos razones: sociales y económicas.

Tradicionalmente, por razones sociales y antropológicas, se estimaba que la guarda y custodia de los hijos menores debía ser atribuida a la madre, en aras de proteger su interés superior. Esta presunción se basaba en la idea de que, por la naturaleza de la maternidad, la madre era capaz de garantizar un mejor desarrollo emocional y psíquico de los hijos.

A las razones anteriormente mencionadas se suman las económicas, ya que era la mujer quien dependía del hombre debido a la dificultad que tenía para acceder al mercado laboral. Por esta misma razón, se le atribuía el uso de la vivienda familiar, para asegurar la subsistencia tanto de ella como de los menores que quedaban a su cargo³⁶.

No obstante, en la actualidad se observa un cambio de paradigma en lo que respecta al régimen de atribución del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la apuesta legal y jurisprudencial por un sistema de custodia compartida. En este nuevo contexto, el derecho de uso de la vivienda familiar consiste en la facultad que se concede a uno de los cónyuges o excónyuges para continuar habitando la vivienda familiar, excluyendo al otro, tras la ruptura de la convivencia ocasionada por una crisis familiar. Es importante destacar que este derecho no implica la adquisición de la titularidad de la vivienda, sino únicamente la facultad de usar y disfrutar de la misma mientras subsistan las razones que motivaron su concesión.

Consecuentemente, se habla de una atribución de uso temporal, ya que en el caso de realizar una asignación al cónyuge no titular supondría una expropiación del bien, contraviniendo el artículo 33 CE³⁷. En consonancia con esto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado de forma continua que “*el derecho de uso de la vivienda familiar regulado en el art. 96 CC se caracteriza por su temporalidad y provisionalidad*³⁸”. La cesión a uno de los cónyuges de este derecho de uso no permite

³⁶ CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho de uso y Vivienda Familiar: su atribución Judicial en los Supuestos de Crisis Familiares*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 34-36. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.accedys2.bbt.ull.es/cloudLibrary/ebook/info/9788491438175> (fecha de última consulta: 15 de junio de 2024).

³⁷ GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: *op. cit.*, págs. 89-90.

³⁸ STS (Sala de lo Civil) de 22 de abril de 2004 (sentencia núm. 310/2004).

que este pueda realizar acto alguno de disposición sobre la vivienda, ya que la finalidad consiste en proteger, satisfacer y garantizar el derecho de habitación de los miembros de la familia. Por otro lado, cabe destacar que, como establece el artículo 96 CC, la atribución que el juez debe realizar se entiende como el nombramiento del cónyuge que va a continuar disfrutando de la vivienda y, en contraposición, la suspensión del derecho de ocupar o utilizar la vivienda por parte del otro³⁹.

En cuanto a la naturaleza del derecho de uso de la vivienda, conviene mencionar la Resolución de 30 de mayo de 2018 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (actualmente Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública). En este caso, en el que se sigue un procedimiento de inscripción en el registro de la propiedad del derecho de uso de la vivienda familiar y en el que existe un hijo menor de edad cuya custodia es atribuida a la madre, este órgano directivo, siguiendo su doctrina dictamina que *“el derecho de uso no constituye un derecho real, sino un derecho de naturaleza familiar cuyo contenido implica una serie de limitaciones para el propietario del mismo no titular del derecho de uso sobre el constituido, en el sentido de requerir el consentimiento de este último o autorización judicial para la transmisión del inmueble⁴⁰”*. De este caso se deduce que la atribución del uso y disfrute de la vivienda no es un derecho real, puesto que deriva de un procedimiento de divorcio y, por ello, queda sujeto al derecho de familia, concretándolo en el artículo 96 CC.

Además, es preciso diferenciar entre el interés protegido por el derecho de uso de la vivienda familiar y la titularidad de este. El interés protegido versa sobre la protección de la familia y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge al que se le atribuye la custodia. Por otro lado, la titularidad del derecho es exclusiva del cónyuge al que se le atribuye el uso, es decir, quien ostenta la facultad de usar y disfrutar de la vivienda familiar⁴¹.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el derecho de uso de la vivienda familiar se caracteriza por ser un derecho ocupacional. Esto implica que el titular del derecho no adquiere la propiedad de la vivienda, sino únicamente la facultad de habitarla. A su vez, este derecho supone una limitación al derecho de propiedad del titular de la vivienda, ya que este no puede disponer de la misma sin el consentimiento del titular

³⁹ GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: *op. cit.*, págs. 99-100.

⁴⁰ DGRN de 30 de mayo de 2018 (núm. 8051/2018).

⁴¹ DGSJFP, de 12 de marzo de 2024, BOE núm. 89 de 11 de abril de 2024.

del derecho de uso o sin autorización judicial en su caso. Cabe destacar que el uso de la vivienda familiar no constituye un derecho real ni un derecho de crédito. Esto se debe a que carece de contenido patrimonial, es decir, no tiene un valor económico susceptible de ser valorado o transmitido, por el contrario, se trata de un derecho de familia sujeto a una disciplina jurídica específica⁴².

Para unificar la doctrina, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2010⁴³ estableció que el derecho de uso de la vivienda familiar concedido mediante sentencia no ostenta la naturaleza jurídica de derecho real, sino de derecho de carácter familiar. La titularidad de este derecho corresponde, en todo caso, al cónyuge al que se le atribuye la custodia de los hijos menores o, en su defecto, a aquel que, en ausencia de hijos, se estime que ostenta un interés más necesitado de protección.

En definitiva, se puede concluir que la atribución del uso de la vivienda familiar se configura actualmente como un mecanismo legal destinado a proteger a la familia en situaciones de crisis o ruptura. Este derecho de naturaleza patrimonial permite asegurar la continuidad de la vida familiar, aunque de forma fragmentada, priorizando la tutela de los intereses de los hijos, cuya protección se encuentra amparada a nivel constitucional⁴⁴.

3.2. Tutela del interés superior del menor

La Real Academia de la Lengua Española define el interés superior del menor como el derecho de todo menor a que su interés se valore y considere como primordial en todas las acciones y decisiones que le afecten, tanto en el ámbito jurídico público como en el privado⁴⁵. En este sentido, la Organización de Naciones Unidas en el año 1989 aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, que sirve de base para la fijación de la norma respectiva al interés del menor, trascendente frente a cualquier interés de tipo patrimonial de los progenitores, aplicando así el principio *favor filii*, y

⁴² *Ibidem*.

⁴³ STS (Sala de lo Civil) de 14 de enero de 2010 (sentencia núm. 859/2009).

⁴⁴ SÁNCHEZ ALONSO, M.: “Atribución del uso de la vivienda familiar”, en AA.VV. (ROCAS TRÍAS E.): *Crisis matrimoniales*, 5.ª Edición, Francis Lefebvre, Madrid, 2021, pág. 274.

⁴⁴ FOLGERAL GUITÉRREZ T., y PÉREZ CASTRO C.T.: *op. cit.*, pág. 42.

⁴⁵ Real Academia de la Lengua Española. Disponible en <https://dpej.rae.es/lema/interés-superior-del-menor#:~:text=1.,el%20ámbito%20público%20como%20privado> (fecha de consulta: 20 de abril de 2024).

en cumplimiento de la debida aportación de alimentos. Acorde con este principio, se considera que el mantener la estabilidad de la residencia de los hijos menores y conservar, en la medida de lo posible, las condiciones familiares existentes antes de la ruptura, hace menos traumático el cambio producido por la crisis de esta⁴⁶. En el artículo 3.1 de la Convención se establece este principio como indisponible por los progenitores y las instituciones de la siguiente manera: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño⁴⁷”.

Previamente a la reforma del año 2015⁴⁸, la protección del interés del menor en España, siendo uno de los principios informadores y primando en todas las actuaciones y decisiones que pudiesen afectar al menor, era un concepto jurídico indeterminado que necesitaba de interpretación en cada caso concreto, no existiendo una definición explícita del mismo⁴⁹. Ergo, era tratado por la doctrina como tal.

Así se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de junio de 2013⁵⁰, definiendo el interés superior del menor como: “(...) *la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un estatus sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o*

⁴⁶ MINERO ALEJANDRE, G.: “Crisis familiar y derecho de uso de la vivienda familiar. análisis crítico de la jurisprudencia española y propuestas de lege ferenda”, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, número 42, 2020, págs. 137-138.

⁴⁷ Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

⁴⁸ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 174, de 23 de julio de 2015.

⁴⁹ PIZARRO MORENO, E., LAPOR, M. y RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El Interés Superior Del Menor: Claves Jurisprudenciales*. Madrid, Editorial REUS, 2020, pág. 27. Disponible en: <https://elibro-net.accedys2.bbt.ull.es/es/ereader/bull/185650?page=1> (fecha de última consulta: 15 de junio de 2024).

⁵⁰ STS (Sala de lo Civil) de 17 de junio de 2013 (sentencia núm. 426/2013).

del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como los alimentos presentes y futuros". De esta manera, se obtiene una consideración bastante específica sobre cómo debe ser evaluado el interés superior del menor tras la ruptura de sus progenitores, debiendo considerar una amplia gama de factores, incluyendo las circunstancias personales de los padres, las necesidades afectivas del menor y otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales. Esta evaluación integral busca evitar cualquier riesgo para la estabilidad del niño y mantener un estatus de vida similar al que tenía con carácter previo a la separación.

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2014⁵¹ es destacable en este sentido, ya que en la resolución se establece que en cualquier normativa –internacional, estatal o autonómica– el interés superior del menor debe considerarse como criterio determinante cuya configuración y concreción dependerá de cada caso. La doctrina ha relacionado este principio con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo aquello que le beneficie, más allá de las preferencias personales que puedan tener, entre otras figuras, los padres, y siempre velando por su desarrollo físico, ético, su salud y bienestar psíquico y, sobre todo, con la protección de sus derechos fundamentales.

Por todo ello, podemos establecer que prima el principio del interés superior del menor en cualquier procedimiento que les afecte en su vida familiar e individual, garantizando que permanezca en su ambiente cotidiano, concebido como el disfrutado hasta el momento del conflicto. Se debe puntualizar que la primacía del interés superior del menor no implica que, cuando sea posible atender a todos los intereses involucrados y el menor cuente con una vivienda adecuada, el juzgador no pueda considerar también los de los progenitores. Solo en caso de conflicto de intereses se dará prioridad al interés del menor, y este es el sentido que debe darse al artículo 96 CC, interpretado de acuerdo con la realidad social del momento en que se aplican las normas⁵².

Este sistema de protección de menores anteriormente introducido ha sido reformado tanto por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, como por la Ley 26/2015,

⁵¹ STS (Sala de lo Civil) de 27 de octubre de 2014 (resolución núm. 582/2014).

⁵² HERNÁNDEZ IBÁÑEZ C.: *op. cit.*, pág. 69-70.

de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, con el objetivo de mejorar los instrumentos de protección jurídica de los menores y adaptarlos a los cambios sociales que han ocurrido en las últimas dos décadas. Así, se cumple de forma efectiva el mandato constitucional que se impone a los poderes públicos para asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, con especial hincapié en los menores de edad. Esta reforma se llevó a cabo tras diversas propuestas realizadas por el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, el Defensor del Pueblo, la Fiscalía General del Estado, y en las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines⁵³.

Tras la reforma que supuso la Ley Orgánica 8/2015, en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, se puntualizó una definición de interés superior del menor: “todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como privado⁵⁴”. De esta forma, se intentó trasladar la doctrina jurisprudencial que concretaba el concepto jurídico indeterminado “interés superior del menor” y se plasmó por primera vez en la ley una definición –tal vez no muy amplia ni específica– de este concepto. Como crítica a este intento de regulación del interés superior del menor, se puede decir que al legislador le faltó concreción con respecto a cuáles son los valores que deben ser ponderados y valorados, dejando nuevamente un vacío que debe ser colmado por la sana crítica del juez civil.

Otra mención que se realiza sobre el interés superior del menor se encuentra en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de protección a la infancia y adolescencia, concretamente, se indica en el punto segundo del artículo 11 que entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores se encuentra la supremacía de su interés superior⁵⁵.

Podemos concluir, entonces, que el hecho de que el interés del menor se tenga en cuenta y sea primordial supone la garantía para las niñas y niños de su derecho a

⁵³ PIZARRO MORENO, E., LAPOR, M. y RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *op.cit.*, págs. 25-26

⁵⁴ 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 núm. 15, de 17 de enero de 1996.

⁵⁵ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE núm. 180, de 29 de junio de 2015.

que en el momento de tomar una medida que les afecte se tengan en consideración aquellas que promuevan y protejan sus derechos, y no las que los comprometan. De esta manera, se antepone al autoritarismo o abuso de poder cuando son decisiones que afectan a menores y al paternalismo de las autoridades⁵⁶.

Habiendo introducido la base normativa que envuelve el interés superior del menor, podemos ahora centrarnos en el tema principal que queremos abordar en este trabajo, es decir, en la importancia de la elección del domicilio para los menores tras una ruptura familiar. A este respecto, la sentencia del Tribunal Supremo número 566/2017, de 19 de octubre⁵⁷, establece que se trata de una de las decisiones más importantes que pueden tomarse en la vida de estos y de la propia familia, que, además, debe estar respaldada por el acuerdo de los progenitores o por la decisión de uno de ellos, siempre y cuando sea consentida expresa o tácitamente por el otro. En ausencia de este acuerdo, corresponde al juez resolver la cuestión, tras identificar los bienes y derechos en conflicto, con el fin de evaluar de manera ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada. Es crucial que esta decisión no se vea condicionada únicamente por el conflicto derivado de la ruptura. Aquí podemos ver cómo funciona en la práctica lo establecido por el artículo 2 de la LO 1/1996.

En relación con el interés del menor en el uso de la vivienda familiar, se puede citar la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2011, la cual ha construido la siguiente doctrina: *“la atribución del uso de la vivienda familiar a favor de los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil⁵⁸”*. Esto manifiesta la asignación del uso de la vivienda familiar a favor del menor, destacando el interés superior del mismo e implicando, por ello, que en las decisiones judiciales se debe dar prioridad a asegurar el bienestar del menor, recalando, a su vez, que el juez tiene una capacidad limitada para restringir este derecho, salvo en los casos establecidos en el artículo 96 CC, donde se establece una serie de condiciones y circunstancias para atribuir el uso de la vivienda familiar, supuestos que se analizarán a continuación.

⁵⁶ FOLGUERAL GUITÉRREZ, T. y PÉREZ CASTRO, C. T.: *op. cit.*, pág. 21.

⁵⁷ STS (Sala de lo Civil) 19 de octubre de 2017 (sentencia núm. 566/2017).

⁵⁸ STS (Sala de lo Civil) de 1 de abril de 2011 (sentencia núm. 221/2011).

3.3. Análisis del artículo 96.1 CC

En situaciones de guarda y custodia compartida el nivel de litigiosidad en relación con la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar es significativo. Esto se debe a que antes de iniciar el procedimiento de separación, divorcio, nulidad o de adopción de medidas ligadas a la ruptura de la estructura familiar, es poco probable que las partes hayan extinguido el régimen de copropiedad o liquidado la sociedad de gananciales, con la correspondiente adjudicación de dicho bien inmueble en caso de tratarse de un bien de naturaleza ganancial. De modo que esta situación no se resuelve hasta después de dictarse la sentencia procedente⁵⁹.

El análisis sobre este litigio se abordará tomando como base el artículo 96.1 CC, reformado por la Ley Orgánica 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Esta reforma resulta especialmente relevante al incorporar un tercer criterio de atribución del uso de la vivienda familiar, que es el de la protección del interés de los hijos comunes que se encuentran en una situación de discapacidad, que se añade a los ya conocidos del interés de los hijos comunes menores de edad y al del cónyuge más necesitado de protección.

En todo caso, hay que recordar que la protección a los hijos mayores de edad económicamente dependientes que convivan en el domicilio en el momento de la crisis familiar o de los que alcancen la mayoría de edad habiéndose concedido el derecho de uso por razón de su custodia, se resolverá según las reglas establecidas en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, referentes a la obligación de alimentos entre parientes⁶⁰.

Una vez realizadas estas aclaraciones, retomamos el análisis del artículo 96.1 CC, que se está sitúa en el capítulo IX, “De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, que implanta que, en ausencia de acuerdo entre los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge

⁵⁹ MINERO ALEJANDRE, G.: *op.cit.*, pág. 135.

⁶⁰ CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España”, en AA.VV. (CHAPARRO MATAMOROS, P.): *La vivienda en las crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 36-37. Disponible en: <https://biblioteca-tirant.com/accedys2.bbt.ull.es/cloudLibrary/ebook/info/9788413973104> (fecha de última consulta: 16 de junio de 2024).

en cuya compañía queden hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores existiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar tras alcanzar la mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de dicho derecho en función de las circunstancias concurrentes.

En el párrafo siguiente se especifica que los hijos comunes mayores de edad que al momento de la nulidad, separación o divorcio se encontraran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar se equiparan a los hijos menores en situación similar.

Aunque antes de la reforma del Código Civil no se hacía una mención explícita a la minoría de edad de los hijos⁶¹, cuando en el artículo 96.1 CC se les nombraba, se entendía que se estaba haciendo referencia a hijos menores no emancipados, considerando que estos son quienes necesitan más protección y quienes, además, se encuentran bajo la patria potestad de sus progenitores⁶². Esta conceptualización de la figura de los hijos está orientada a salvaguardar los intereses de los menores, entendiendo que en ellos (y, *per relationem*, en quien tenga atribuida su guarda⁶³) reside el interés más necesitado de protección⁶⁴. Asimismo, hay que tener en cuenta que esta norma no se aplicará en el caso de existir un acuerdo entre los cónyuges que cumpla lo impuesto en el artículo 90 CC, que posteriormente contará con la aprobación judicial, y se exige que el acuerdo no sea dañoso para los hijos ni cause un perjuicio grave a uno de los excónyuges⁶⁵.

⁶¹ En el texto previo a la reforma, el artículo 96 aparecía redactado de la siguiente manera: “*En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.*

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”.

⁶² HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: *op. cit.*, pág. 69.

⁶³ Como también señala Hernández Ibáñez, por regla general, el progenitor custodio no ha de probar que sus recursos económicos son inferiores a los del otro para que esto ocurra.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ MINERO ALEJANDRE, G.: *op.cit.*, pág. 137.

Además, se debe tener en cuenta que las reglas contenidas en el artículo 96.1 CC se aplican independientemente del régimen económico matrimonial (si lo hubiese) al que se encuentren sujetos los cónyuges. Igualmente, hay que puntualizar que lo dispuesto en la norma citada dependerá del régimen de guarda y de custodia del caso concreto⁶⁶.

Es más, la sentencia del Tribunal Supremo 22 de febrero de 2017 ha advertido que las reglas sobre la atribución de la vivienda que se asignan a los cónyuges, son igualmente aplicables a los casos de hijos menores en personas no casadas, dada la situación de analogía existente en cuanto a la protección del menor⁶⁷.

Por otro lado, el artículo 92 CC no contiene de forma precisa una regla general favorable a la custodia compartida, ya que solo se menciona una de las posibilidades de acuerdo de los progenitores que el juez decretará, previa solicitud a instancia de parte, y la posibilidad de acordar que la patria potestad sea ejercitada total o parcialmente por uno de los excónyuges⁶⁸.

Sobre la aplicación literal del precepto 96.1 CC, hay autores que consideran que puede desencadenar situaciones injustas, como cuando, por ejemplo, en casos de custodia exclusiva el progenitor custodio posee medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los hijos menores y se le otorga igualmente el uso de la misma. La doctrina y la jurisprudencia han señalado en numerosas ocasiones la necesidad de un planteamiento más justo y acorde con el sentido común⁶⁹.

El artículo 96.1 CC ha sido criticado en numerosas ocasiones, como en el fundamento de derecho segundo de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2020⁷⁰, que se basa en un conflicto del uso de la vivienda familiar, y que establece que *“el legislador (...) [debe abordar] una nueva regulación sobre la materia, pues las nuevas realidades familiares y de uniones de pareja así lo demandan; y todo ello en estrecha relación con la superior protección del interés del*

⁶⁶ MINERO ALEJANDRE, G.: *op.cit.*, pág. 139.

⁶⁷ STS (Sala de lo Civil) de 22 de febrero de 2017 (resolución núm. 117/2017).

⁶⁸ MINERO ALEJANDRE, G.: *op.cit.*, págs. 137-138.

⁶⁹ ESTELÉS PERALTA, M.P.: *La vivienda familiar en las crisis conyugales: análisis legal y jurisprudencial de la atribución de uso y propuestas lege ferenda*, en AA.VV. (DE VERDA Y BEAMONTE J.M., Dir.): “La modernización del derecho de familia a través de la práctica jurisprudencial”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, págs. 163-164. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.accedys2.bbt.ull.es/cloudLibrary/ebook/info/9788410568051> (fecha de última consulta: 16 de junio de 2024).

⁷⁰ STS (Sala de lo Civil) de 23 de septiembre de 2020 (resolución núm. 488/2020).

menor; conciliando los intereses en conflicto y poniendo coto a un nicho de litigios y de tensiones deplorables, y a veces reprobables”.

En el caso concreto de la atribución del uso del domicilio familiar en caso de crisis familiares, la rigidez y la redacción del artículo 96.1 CC constituyen un tema de gran relevancia y complejidad que ha derivado en diversas problemáticas teóricas. Sin embargo, en la práctica no se están siguiendo estrictamente los criterios predefinidos en el artículo, sino que se están considerando las circunstancias particulares de cada caso. Este hecho ha generado importantes divergencias doctrinales y jurisprudenciales, ya que los jueces se han visto obligados a aportar soluciones novedosas y adaptadas a problemáticas que no siempre se ajustan a los supuestos previstos por el legislador. Esta flexibilidad aplicativa se observa particularmente en los casos de familias con hijos menores de edad, que exigen un enfoque adaptado a las circunstancias específicas de cada caso, ya que de esta manera se garantiza una resolución más justa y equitativa⁷¹.

3.3.1. Reglas de atribución y plazos

Como ya se ha mencionado, al existir hijos menores de edad comunes entre los excónyuges o exparejas, el derecho de uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al progenitor en cuya compañía queden. Por tanto, ya que la asignación de la vivienda familiar es una manifestación del principio *favor filii*, el juez debe cumplir con este conforme al artículo 96 CC.

Al examinar el artículo 96 del Código Civil español previo a la reforma de 2021, se constata la ausencia de un límite temporal expreso en lo que respecta al derecho de uso de la vivienda familiar. Esta postura se encuentra avalada por la Sentencia del Tribunal Supremo 181/2018, de 4 de abril, en la que se establece que dicha limitación se encontraba implícitamente vinculada a la mayoría de edad de los hijos al razonar que *“La vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad”*⁷².

⁷¹ SÁNCHEZ ALONSO, M.: *op.cit.*, págs. 274-275.

⁷² *Ibidem*.



Consecuentemente, una vez el hijo cumple la mayoría de edad, la situación sobre el uso de la vivienda cambia de forma drástica, y así lo expuso la Sentencia del Tribunal Supremo 43 /2017, de 23 de enero, que recoge la doctrina de sentencia del Pleno 315/2015, de 29 de mayo, con lo siguiente: *“La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso (...) deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas⁷³”*.

Solo existen dos factores que eliminarían la obligatoriedad de aplicación de la norma, uno de ellos cuando la vivienda no tiene carácter familiar y el otro cuando el hijo tenga satisfechas sus necesidades de habitación por otro medio, no precisando por ello de la vivienda para cubrirlas⁷⁴.

Tras la reforma del año 2021, el derecho de uso de la vivienda se comienza a caracterizar en la ley por su temporalidad y provisionalidad: si existen hijos menores de edad en el momento de atribución del uso, aclara en el artículo 96 CC, una vez alcancen la mayoría de edad, salvo que se encuentren en situación de discapacidad, la atribución se realizará al cónyuge más necesitado de protección, siempre y cuando la necesidad de habitación del hijo no sea determinante para la adjudicación del uso de la vivienda, pues como recoge el artículo 142 CC (referido a los alimentos entre parientes), cuando estos carecen de independencia económica se trata de una necesidad que aún debe ser satisfecha. La reforma responde, por lo tanto, a lo que recogía y establecía la jurisprudencia con anterioridad, aplicando que, sin un acuerdo, corresponde la atribución del uso a los hijos menores de edad y al progenitor en cuya

⁷³ STS (Sala de lo Civil) de 23 de enero de 2017 (sentencia núm. 43/2017).

⁷⁴ HERNÁNDEZ IBÁÑEZ C.: *op. cit.*, pág. 72.

compañía queden, con el límite temporal de la mayoría de edad⁷⁵. Este cambio del contenido del artículo resulta crucial, pues aporta una mayor claridad a la hora de la limitación temporal del uso, ya que sobre esta línea versará el análisis jurisprudencial.

Se puede observar que el artículo 96 CC no contempla, ni siquiera tras la reforma, la respuesta jurídica en el supuesto en que se acuerde la custodia compartida, que presenta la peculiaridad de que los hijos quedan en compañía de ambos cónyuges de manera alterna, por lo que el dato de la convivencia con uno de los progenitores no puede servir de criterio para atribuir el uso de la vivienda familiar en este caso. Acerca de este supuesto el Tribunal Supremo ha establecido que debe aplicarse el artículo 96.1.IV CC, de forma que el juez debe acordar lo procedente, lo que obliga a una ponderación de las circunstancias presentadas en cada caso⁷⁶.

A partir de esto se puede detectar que la base que recoge el artículo 96.1 CC para la atribución del uso de la vivienda se fundamenta en un régimen de custodia exclusiva a uno de los progenitores, sin referenciar los casos de custodia compartida, que, actualmente, como ya se ha podido constatar, se ha convertido en una resolución del conflicto habitual y mayoritaria en los casos de crisis familiares. Por tanto, no hay unos criterios legales estáticos para aplicar en casos de custodia compartida, dejando en manos de los tribunales, como se va a analizar a continuación, la toma de decisiones.

IV. Doctrina jurisprudencial del régimen de atribución del uso de la vivienda familiar en casos de custodia compartida

4.1. La atribución del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida

Como ya se ha expresado en el análisis realizado con anterioridad, la problemática pertinente a la atribución del uso de la vivienda familiar genera grandes conflictos. Pero antes de abordar el régimen de atribución del uso de la vivienda en los supuestos de custodia compartida, conviene precisar en qué consiste este régimen.

⁷⁵ SÁNCHEZ ALONSO M.: *op.cit.*, pág. 282.

⁷⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Régimen común a la nulidad, la separación y del divorcio”, en AA.VV. (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. Coord.): *Curso de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Edisofer S.L., Madrid, 2021, pág. 212.

En primer lugar, en nuestro ordenamiento jurídico no existe un concepto unitario de custodia. Con carácter general, la doctrina conceptúa la guarda y custodia como la función de los padres de velar por sus hijos y tenerlos en su compañía, determinando que la misma es parte integradora de la patria potestad. Algunos autores describen este régimen como aquel en el que ambos progenitores se alternan en el ejercicio de las funciones de guarda y custodia, compartiendo por igual los derechos y obligaciones hacia sus hijos. Se intenta un reparto de tiempo equitativo, de manera que los hijos pasen una cantidad de tiempo equilibrada con cada progenitor. A su vez, se sugiere que en lugar de un ejercicio conjunto de la guarda, lo que implicaría una convivencia de los padres, es más adecuado definirlo como un ejercicio alterno de la guarda⁷⁷.

En el ámbito de la custodia de menores, la Ley 15/2005⁷⁸ marcó un hito en el ordenamiento jurídico español al introducir, por primera vez, la custodia compartida como una opción legalmente reconocida. Hasta entonces, el marco legal solo contemplaba la guarda y custodia exclusiva a favor de uno de los progenitores. Esta reforma se plasmó en una modificación del artículo 92 CC, norma aplicable a todas las decisiones relativas a la guarda y custodia de menores de edad. A su vez, el artículo 92 CC estableció un conjunto de pautas esenciales que debían observarse en todo procedimiento previo a la adopción del régimen de custodia compartida⁷⁹.

Posteriormente, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2021, se introdujeron modificaciones en la normativa sobre custodia compartida, si bien manteniendo los principios y criterios rectores de la anterior regulación. Un aspecto fundamental establecido en esta ley es la obligación de los poderes públicos de respetar el derecho del menor a ser oído siempre que el procedimiento vaya a conducir a una decisión que le afecte en el ámbito personal, familiar o social⁸⁰.

Si se sigue la actual jurisprudencia se puede observar que en los procedimientos de conflictos familiares se ha optado por que el régimen de guarda y custodia compartida deba ser considerado como el adecuado y ordinario, garantizado con ello

⁷⁷ *Idem*, pág. 202.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ G., “Medidas en relación con los hijos”, en AA.VV. (ROCAS TRÍAS E.): *Crisis matrimoniales*, 5.ª Edición, Francis Lefebvre, Madrid, 2021, pág. 148.

⁸⁰ *Ibidem*.

la primacía del interés del menor, excepto en aquellos supuestos en los que, sometido el caso a enjuiciamiento, se desaconseje por sus características⁸¹. Desde esta perspectiva, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2017⁸², en su fundamento de derecho segundo, indica que se ha de contemplar la guarda y custodia compartida como una circunstancia normal y deseable, ya que conforme a esto se estaría haciendo efectivo el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores, incluso en una situación dificultosa como puede ser la de una crisis, siempre que sea posible. Al implantar este sistema se logran una serie de propósitos, ya que se fomenta la integración de los menores con ambos progenitores, se elude el sentimiento de pérdida, no se entraría a cuestionar la idoneidad de los padres y se estimula, a su vez, la cooperación entre estos en beneficio de los menores. No obstante, como ya hemos comentado, en nuestro ordenamiento jurídico no hay una regulación específica acerca de la atribución del domicilio familiar en los supuestos de custodia compartida, por lo que es necesario realizar un análisis de las sentencias en este aspecto, documentos que también nos permiten estudiar diversas modalidades de atribución del uso de la vivienda familiar⁸³.

Llegados a este punto, debido a los problemas que supone tanto la interpretación como la aplicación del artículo 96.1 CC, y ante la ausencia de una normativa específica en nuestro ordenamiento jurídico respecto a la atribución del domicilio familiar en los supuestos de custodia compartida, se presenta un vacío legal en esta materia. No obstante, hay comunidades autónomas que han creado su propia legislación dentro del ordenamiento civil al respecto, como Cataluña, Aragón, Valencia y País Vasco⁸⁴.

En Cataluña, la Ley 25/2010 de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia⁸⁵, trata este problema jurídico en el capítulo III, sección 4.^a, “Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar”. Asimismo, en la Comunidad Autónoma de Aragón existe legislación específica plasmada en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Asturias

⁸¹ FOLGERAL GUITÉRREZ T., y PÉREZ CASTRO C.T.: *op. cit.*, pág. 42.

⁸² STS (Sala de lo Civil) de 13 de julio de 2017 (sentencia núm. 442/2017).

⁸³ FOLGERAL GUITÉRREZ T., y PÉREZ CASTRO C.T.: *op. cit.*, pág. 43.

⁸⁴ *Idem*, pág. 42.

⁸⁵ Ley 25/2010 de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010.

por el que se aprueba, con título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas⁸⁶. En su artículo 81, subsección 3.ª de “Mediación familiar”, de la sección 3.ª, “Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo”, se trata la cuestión de la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar. En Valencia, la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven⁸⁷, menciona la cuestión en el artículo 6, referido a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar. Por último, en País Vasco se trata en la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (en adelante, LRF)⁸⁸. A continuación, analizaremos someramente el caso concreto de la legislación vasca, pues el texto citado contempla que en aquellos casos en los que no haya un acuerdo entre las partes o no se apruebe el mismo judicialmente, la atribución del uso de la vivienda se realizará ponderando tres factores: el interés superior de los hijos e hijas, la necesidad de los miembros de la pareja y la titularidad dominical del bien inmueble⁸⁹. Además, en su exposición de motivos fija como objetivo primordial la defensa del interés de los hijos e hijas menores en aquellos casos de ruptura de los progenitores, regulando la atribución del uso de la vivienda familiar, estableciendo el interés del hijo menor de edad como punto de partida⁹⁰.

Una vez hemos desarrollado lo pertinente a la custodia compartida y la no solución estática de esta y la vivienda familiar en el artículo 96.1 CC, analizaremos en los apartados siguientes las diversas soluciones que da la jurisprudencia dependiendo de la casuística.

⁸⁶ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Asturias por el que se aprueba, con título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, BOE núm. 67, de 29 de marzo de 2011.

⁸⁷ Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven, BOE núm. 98, de 25 de abril de 2011.

⁸⁸ Ley 7/2015, de 30 de junio de relaciones familiares en supuestos de separación/ruptura de los progenitores, BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015.

⁸⁹ CASTELLANOS CÁMARA, S.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en el derecho civil vasco”, en AA.VV. (GALLARDO RODRÍGUEZ A., ESTANCONA PÉREZ A.A., BERTI DE MARINIS G., Coord.): *Los nuevos retos del derecho de familia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 277 Disponible en <https://biblioteca-tirant-com.accedys2.bbt.ull.es/cloudLibrary/ebook/info/9788413786049> (fecha de última consulta 17 de junio de 2024)

⁹⁰ CASTELLANOS CÁMARA, S.: *op.cit.*, pág. 278.

4.2. Análisis de criterios jurisprudenciales para la atribución del uso de la vivienda familiar

Tras lo expuesto anteriormente se puede establecer que en el supuesto de custodia compartida los hijos convivirían con ambos progenitores custodios, y teniendo como referencia la literalidad del artículo 96 CC, existe una laguna jurídica respecto a este régimen, por lo que es la jurisprudencia la que ha abordado varias soluciones, que serán analizadas a continuación.

4.2.1. Interés más necesitado de protección de uno de los progenitores

Tal y como se ha puntualizado con anterioridad, la primacía del interés superior del menor no impide atender a otros intereses, en este caso el de los progenitores custodios⁹¹. Sobre ello se pronunció nuestro alto tribunal en su sentencia de 20 de noviembre de 2018, en el seno de un procedimiento de atribución de uso de la vivienda familiar, estableciendo en el fundamento de derecho segundo que el interés de los hijos no puede desvincularse del interés patrimonial de los padres cuando sea posible conciliar ambos⁹².

Pues bien, cuando se constata un desequilibrio económico probado y manifiesto entre los progenitores, se prevé que el uso de la vivienda familiar se asigne al miembro de la pareja que se encuentre en una situación más desfavorable, en consonancia con el principio de protección al más necesitado. Esta atribución está sujeta a una limitación temporal, generalmente breve, que puede oscilar entre un mes y un año, por regla general, dependiendo de las circunstancias específicas del caso⁹³.

Si relacionamos lo mencionado con un supuesto real, podemos hacer referencia a la sentencia Tribunal Supremo número 630/2018, de 13 de noviembre. En ella, el criterio aplicado para atribuir el uso de la vivienda es la tutela del excónyuge (ya que en este caso existía un régimen matrimonial) más necesitado de protección. Pese a existir hijos menores de edad comunes, se aplica a un caso en el que existen hijos menores en común una regla que correspondería, de acuerdo con el artículo 96 CC⁹⁴,

⁹¹ HERNÁNDEZ IBÁÑEZ C.: *op. cit.*, págs. 69-70.

⁹² STS (Sala de lo Civil) de 20 de noviembre de 2018 (resolución núm. 641/2018).

⁹³ FOLGUERAL GUITÉRREZ, T. y PÉREZ CASTRO C. T.: *op. cit.*, pág. 43.

⁹⁴ Para facilitar la contextualización en el trabajo, incluimos lo recogido en el artículo 96.2 CC: “No habiendo hijos, podrá acordarse de que el uso de tales bienes corresponda al

a los casos en los que no existen y, además, se acuerda el régimen de custodia compartida⁹⁵. Por ello, el Tribunal, en el fundamento de derecho undécimo, establece que *“no procede la adjudicación indefinida de la vivienda a ninguno de los progenitores, al ostentar ambos la custodia compartida, por lo que, atendiendo al interés más necesitado de protección, debemos acordar que la vivienda la siga utilizando el padre, durante dos años, computados desde la fecha de la presente sentencia, período tras el cual deberá abandonarla, quedando sometida la que fue vivienda familiar al proceso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales⁹⁶”*. Como vemos, se atribuye el derecho de uso al padre, pues es el más necesitado de protección de los dos progenitores, pero siempre concretando un límite temporal, en este caso específico, de tres años.

En cambio, en el caso de que no existiera un excónyuge con un interés más necesitado de protección que el otro, la sentencia que reconozca la custodia compartida puede determinar que el derecho de uso de la vivienda se asigne a los hijos menores y a ambos progenitores. En este caso, los progenitores se alternarán en el uso de la vivienda durante los períodos correspondientes en los que ejerzan la custodia compartida, sin que la vivienda familiar quede adscrita en exclusiva a uno de ellos⁹⁷, supuesto que analizaremos más en profundidad en el apartado dedicado a la casa nido.

A continuación, trataremos los supuestos de atribución en los que el hijo menor es el que se traslada de un domicilio a otro, que, además de ser bastante frecuentes a la hora de realizar un análisis jurisprudencial, pueden dar lugar a una serie de circunstancias heterogéneas entre sí.

4.2.1.1. La vivienda familiar como bien privativo de uno de los progenitores

En ocasiones al establecerse el régimen de custodia compartida, uno de los progenitores carece de los recursos económicos necesarios para adquirir una nueva vivienda, mientras que el otro progenitor es el titular privativo de la vivienda familiar.

cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”.

⁹⁵ MINERO ALEJANDRE, G.: *op.cit.*, pág. 146.

⁹⁶ STS (Sala de lo Civil) de 13 de noviembre de 2018 (sentencia núm. 630/2018).

⁹⁷ MINERO ALEJANDRE, G.: *op.cit.*, pág. 146.

En este contexto, el juzgador se ve en la tesitura de tener que analizar cada caso en concreto, con las particularidades que pueda presentar.

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014⁹⁸ establece un criterio jurisprudencial sobre la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar en aquellos casos en los que, siendo la propiedad privativa de uno de los cónyuges, se establece un régimen de guarda y custodia compartida y la vivienda se adjudica al cónyuge no titular. El supuesto del caso versa sobre un divorcio entre cónyuges con un hijo en común. Se interpuso un recurso de casación alegando la infracción del artículo 96 CC, ya que se afirmaba que la solución obtenida en las instancias anteriores se oponía a la doctrina jurisprudencial de la sala, estableciendo que debía determinarse una temporalidad en el uso de la vivienda privativa del marido que había sido atribuida a la esposa como reflejo del interés más necesitado de protección. En este caso, se había atribuido la vivienda a la madre sin un límite temporal, por lo que la finalidad del recurso era que se tramitase una solución que supusiera el establecimiento de un periodo de tiempo de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Sala. El problema se centra en la imposibilidad de hacer efectivo el régimen de custodia compartida respecto a la convivencia, ya que uno de los progenitores es titular de la vivienda familiar y el otro carece de titularidad, no pudiendo, como ocurre en el presente caso, cumplir la alternancia de convivencia.

La Sala en este caso adopta una solución respecto a los casos de custodia compartida, sobre la que hasta el momento no existía jurisprudencia en casos similares, ya que, si nos remitimos al artículo 96 CC, se observa que el criterio prioritario cuando no hay un acuerdo entre las partes es que el uso de la vivienda se atribuya al progenitor en cuya compañía queden los hijos menores de edad. No obstante, en este caso de custodia compartida se debe aplicar por analogía el párrafo segundo del artículo 96.1 CC (pues era en el año 2014, previo a la reforma; en la actualidad se encuentra en el párrafo cuarto) que se refiere a la existencia de varios hijos, cuya custodia será atribuida de forma repartida a uno y otro cónyuge, permitiendo al juez resolver lo procedente. Esto supone una ponderación de las circunstancias de cada caso atendiendo a dos factores: uno de ellos, el interés más necesitado de protección, que el que permite que se compaginen los periodos de estancia de los hijos con los padres, y,

⁹⁸ STS (Sala de lo Civil) de 23 de octubre de 2014 (sentencia núm. 593/2014).

en segundo lugar, si la vivienda familiar es privativa de uno de los cónyuges o pertenece a un tercero.

Así pues, debido a la aplicación analógica del artículo, se atribuye la vivienda familiar a la madre, pese a ser propiedad del padre, al entender que en este caso se responde al principio más necesitado de protección.

Por otro lado, en esta misma resolución queda analizar la duración de la atribución del uso de la vivienda, motivo por el que se admite el recurso. La duración se fija en dos años, a contar desde la sentencia, y se considera tiempo suficiente para que la esposa pueda rehacer su situación económica, puesto que cuenta con apoyo familiar en el momento de la resolución del conflicto y, además, se trata de una persona con una edad y cualificación que lo hacen posible. Esta posibilidad del incremento de sus ingresos en el tiempo establecido le permitiría acceder a una vivienda digna para atender a las necesidades del hijo durante su periodo correspondiente de guarda y custodia. Todo ello teniendo en cuenta que en los procesos de familia, si se produce una alteración de las circunstancias que llevaron a la decisión judicial, esta se podrá modificar mediante el procedimiento ideado para ello.

Tal y como se ha visto en el caso expuesto, lo que pretende el tribunal en su función de ponderar las circunstancias de cada caso concreto es equiparar de algún modo el interés del progenitor titular de la vivienda con el del otro⁹⁹.

Podemos ver otra manifestación de un supuesto similar en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2018¹⁰⁰. Los antecedentes de esta resolución son destacables, ya que en primera instancia se otorgó la custodia compartida, estableciendo que los hijos menores estarían una semana completa alterna con cada uno de los progenitores, atribuyéndose, además, la vivienda familiar a la progenitora no titular, decisión que fue confirmada en segunda instancia. Se justifica que el motivo por el que se ha otorgado a la progenitora el uso de la vivienda familiar, pese a ser un bien privativo del progenitor, es porque esta carece de inmuebles de su propiedad y el único ingreso mensual que recibe por su actividad laboral es de 420 euros. En cambio, el padre recibe 2.000 euros mensuales y reside en la vivienda de su hermana, ya que ella estará fuera del país durante una temporada, sin abonar ningún importe a cambio,

⁹⁹ FOLGUERAL GUITÉRREZ, T. y PÉREZ CASTRO C. T.: *op. cit.*, pág. 45.

¹⁰⁰ STS (Sala de lo Civil) de 9 de mayo de 2018 (resolución núm. 268/2018).

y, además, anteriormente a esta situación vivía en el domicilio de sus padres, que estaba dotado de una habitación para cada hijo. En contraposición, la progenitora carece de alternativas habitacionales debido a una situación familiar complicada, no tiene otra vivienda y en la casa de sus padres se encuentra su padre, que sufre una enfermedad y necesita a una persona que lo cuide las veinticuatro horas del día.

Debido a la diferencia de circunstancias, se establece que la progenitora siga con el uso de la vivienda familiar. Además, el bienestar y el interés superior de los hijos menores hacen necesario que se asigne el uso de la vivienda familiar a la madre, asegurando así que los menores dispongan de un hogar en perfectas condiciones cuando estén bajo su cuidado. En la segunda instancia se confirma lo anterior, ya que la madre no puede acceder a un alojamiento para poder atender y cuidar a los menores, aunque el padre tenga que seguir afrontando los gastos derivados de la hipoteca del inmueble de su propiedad.

Tras esto se interpone el recurso de casación, alegando la vulneración o aplicación indebida del artículo 96 CC, entre otros motivos, estableciendo que se debe determinar una temporalidad en el uso de la vivienda privativa atribuido a la esposa como interés más necesitado de protección, alegándose que se ha resuelto contraviniendo la doctrina del Tribunal Supremo de fijación temporal no superior a dos años. Finalmente, la Sala, en el fundamento de derecho segundo, apartado tercero de la resolución, considera como procedente la atribución temporal de la vivienda que fue familiar al progenitor no titular, haciendo referencia a la sentencia del Tribunal Supremo número 522/2016, de 21 de julio, y aclarando que *“sigue el mismo criterio para un caso en el que la vivienda era privativa del esposo y en el que la sentencia recurrida, atendiendo a la mala situación económica de la madre, atribuyó a la esposa el uso de la vivienda hasta que la hija alcanzase la mayoría de edad: se fija un plazo de dos años desde la sentencia de casación lo que, en la práctica, dio lugar a que, en el caso resuelto por la sentencia citada, contando el tiempo en que había venido disfrutando del uso de la vivienda en virtud de las medidas provisionales, la esposa dispusiera de un período de seis años para restablecer su situación económica”*¹⁰¹.

De esta forma, vemos que en el fallo se atribuye la vivienda a la progenitora no titular, citando los criterios expuestos en una resolución aplicable al caso y

¹⁰¹ *Ibidem.*

puntualizándose que pese a ser una vivienda privativa del padre, no implica que no pueda predominar el interés del cónyuge más necesitado de protección, valorado desde el punto de vista económico. Por todo ello, en el fallo se otorga el uso de vivienda a la esposa por un plazo de tres años, considerados por el tribunal como suficientes para acceder a una vivienda digna dadas sus capacidades laborales.

4.2.1.2. La vivienda familiar ganancial o copropiedad de ambos progenitores

En este caso, es crucial determinar la duración temporal establecida en las resoluciones que asignan el uso del bien. En este sentido, existen sentencias que conceden el uso por periodos anuales, con el objetivo de brindar al cónyuge beneficiado la oportunidad de mejorar su situación económica.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2019¹⁰² recoge el caso judicial referente a la disputa sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en un contexto de custodia compartida derivado del divorcio de los progenitores. Tras la separación en el año 2015, la madre ocupó la vivienda familiar, situación que se convirtió, posteriormente, en el objeto de debate legal.

El litigio comenzó con una sentencia del Juzgado de Primera Instancia que atribuyó el uso de la vivienda a la madre de manera indefinida, basándose en el interés superior de los hijos y el informe psicosocial favorable. Sin embargo, el padre, disconforme con esta decisión, interpuso recursos de apelación –que sería desestimado– y casación.

El Tribunal Supremo, al revisar el caso, determinó que la atribución indefinida del uso de la vivienda a la madre no se ajustaba a derecho, especialmente en casos de custodia compartida. Argumentó que ambos progenitores eran copropietarios de la vivienda y que, por lo tanto, la atribución del uso debía ser temporal para facilitar la transición hacia la custodia compartida. Por ello, se estableció un plazo de un año para que la madre desocupara el inmueble, permitiendo así que ambos progenitores pudieran organizar adecuadamente su situación de vivienda en beneficio de los hijos. Esta decisión se fundamentó en el interés superior de los menores y en la necesidad de equilibrar los derechos de ambos progenitores en el contexto posdivorcio.

¹⁰² STS (Sala de lo Civil) de 12 de julio de 2019 (resolución núm. 1688/2020).

Entendiendo, por ello, que el padre tendrá que proporcionarse una vivienda durante ese periodo.

El tribunal también destacó que la situación económica de los progenitores no debía ser un obstáculo para la implementación de la custodia compartida ni para la satisfacción de las necesidades de los hijos, dejando abierta la posibilidad de revisar las medidas económicas si surgían disparidades significativas.

El recurso de casación resuelto en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2018¹⁰³ destaca por tratar esta cuestión, pues se centra en una modificación de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras el divorcio. En el caso expuesto se prueba que la madre reside en la vivienda familiar, mientras que el padre vive en una vivienda de alquiler. Ambos son cotitulares de dos viviendas, dos plazas de garaje y un local. La madre trabaja y gana aproximadamente 1.200 euros mensuales, y el padre explota un negocio. El padre en su demanda de divorcio solicitó una compensación económica si la madre no abandonaba la vivienda familiar. Por otra parte, la madre pidió la adjudicación de la vivienda familiar para ella y su hijo menor, bajo el régimen de custodia compartida acordado desde abril de 2015. Pues bien, en noviembre de 2015, se dictaron medidas provisionales que mantenían la custodia compartida del hijo y el uso alternativo de la vivienda familiar. La sentencia dictada en primera instancia, en diciembre de 2016, adjudicó el uso alternativo de la vivienda por anualidades entre los progenitores hasta que se separaran los patrimonios. La madre recurrió la sentencia y la Audiencia Provincial revocó la decisión emitida en primera instancia, adjudicándole tan solo a ella el uso de la vivienda hasta que el hijo alcanzara la mayoría de edad, argumentando la existencia de un desequilibrio económico constatado entre los progenitores. Ante esta resolución el padre interpuso un recurso de casación alegando que la adjudicación de la vivienda hasta la mayoría de edad del hijo era excesiva y vulneraba su derecho de propiedad. A su vez, proponía una adjudicación temporal que permita la custodia compartida. Por su parte, la madre se opuso, defendiendo la adjudicación hasta la mayoría de edad del hijo debido a su necesidad de protección y mejor situación económica del padre. A su vez, el Ministerio Fiscal apoyó el recurso del padre, sugiriendo una adjudicación temporal que permita a la madre encontrar una vivienda adecuada.

¹⁰³ STS (Sala de lo Civil) de 20 de febrero de 2018 (sentencia núm. 95/2018).

En este caso se estima el motivo del recurso en el sentido del límite temporal y se confirma la decisión ofrecida en primera instancia, referida al uso y disfrute compartido entre los progenitores. Por otro lado, no se estimó la solicitud de compensación económica del padre, pues el uso se ha hecho bajo el fallo de la sentencia que ha sido recurrida.

En línea con lo anterior, debe señalarse la sentencia del Tribunal Supremo con fecha de 31 de enero de 2023¹⁰⁴. En esta se atribuye la custodia compartida por semanas alternas a los progenitores que tienen una hija en común. Teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la vivienda familiar es cotitularidad de ambos cónyuges, siendo un bien de carácter ganancial; los cónyuges han hecho un reparto parcial de los bienes, percibiendo cada uno 20.000 euros; el progenitor ha alquilado una vivienda en la población donde se encuentra la vivienda familiar, y la progenitora reside en la vivienda familiar desde hace dos años; la progenitora se encuentra en paro pero tiene cualificación para acceder al mercado laboral; y la única hija del matrimonio, cumpliría 18 años en los próximos meses. Teniendo en cuenta las circunstancias, se puede ver que el interés más necesitado de protección es el de la madre. No obstante, no se puede atribuir el uso de la vivienda de forma indefinida, y más teniendo en cuenta que la hija se encuentra próxima a cumplir la mayoría de edad, que conlleva la extinción del sistema de guarda establecido. Por todo lo expuesto, el fallo de la Sala supone casar la sentencia y establecer un límite temporal de un año, a contar desde la notificación de la sentencia, de derecho de uso de la vivienda a la progenitora, si antes no se ha llevado a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales.

Podemos ver que esta sentencia reitera que la atribución del uso de la vivienda en casos de custodia compartida debe ser temporal y equilibrada, teniendo en cuenta las circunstancias económicas de ambos progenitores y el interés superior del menor. Esta decisión ajusta la jurisprudencia a la realidad de la custodia compartida, evitando la atribución indefinida del uso de la vivienda familiar.

En este punto es interesante traer a colación una sentencia en la cual la vivienda familiar se atribuye de forma distinta, la del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 2019¹⁰⁵. En este escenario se muestra a unos progenitores a los que se les atribuye la

¹⁰⁴ STS (Sala de lo Civil) de 31 de enero de 2023 (sentencia núm. 138/2022).

¹⁰⁵ STS (Sala de lo Civil) de 11 de diciembre de 2019 (sentencia núm. 654/2019).

guarda y custodia compartida de sus dos hijas. La vivienda familiar en este caso era una vivienda propiedad de los padres de la esposa. Durante el proceso judicial, se estableció que esta vivienda había sido utilizada como hogar familiar, y no la vivienda propiedad común de ambos cónyuges. Esto fue un punto clave en la decisión de la Sala, ya que se determinó que la vivienda adjudicada al marido para su uso no constituía la vivienda familiar.

En primera instancia se atribuyó a la madre el derecho de uso de la vivienda familiar, de esta manera, ocuparía el padre el domicilio común de la pareja, solución considerada más lógica, ya que, aunque fuese propiedad de ambos, en el auto de medidas se había manifestado lo complicado que era llevar a cabo la guarda y custodia en el que había sido el domicilio familiar. La madre interpuso un recurso respecto al uso de la vivienda propiedad de ambos, de manera que solicitaba la extinción del condominio y la venta de esta o, en su defecto, la limitación temporal del uso al plazo de un año. Pese a la interposición del recurso, el pronunciamiento de la sentencia fue confirmado en segunda instancia por la Audiencia Provincial, ya que se consideró que no cabía alterar el criterio del juez sobre el uso de la vivienda no familiar, pues fue atribuido para que el padre pudiese recibir y convivir con sus hijas, siendo el interés de las menores el prevalente. Además, ambos domicilios se encuentran a escasa proximidad de forma que, favorece a la comunicación entre progenitores y los traslados de las hijas de un lugar a otro.

La madre interpuso un recurso de casación con base en dos motivos, el primero es que la sentencia infringe los artículos 91 y 96 CC, pues contradice la doctrina jurisprudencial que mantiene el Tribunal Supremo, referido a los procedimientos matrimoniales en los que no exista un acuerdo de cónyuges, en los que no se puede atribuir ninguna vivienda o local distinto al que constituya vivienda familiar. Y, por otro lado, en el motivo segundo se denuncia, aunque no nos encontremos ante el caso de una vivienda familiar, la infracción en la sentencia recurrida del art. 96 CC, ya que contradice la doctrina jurisprudencial de la Sala, en la que se fija que “*establecido un régimen de custodia compartida entre ambos progenitores, la vivienda familiar no puede quedar para uno de ellos con exclusividad*”. Finalmente, la decisión del Tribunal es estimar los motivos, quedando la vivienda copropiedad de los cónyuges sometida a un proceso de extinción de la comunidad de bienes. Por otro lado, la Sala establece lo siguiente: “*Sentadas estas bases y de acuerdo con el art. 93 del C. Civil*

es constatable la difícil situación en que quedará el progenitor para la prestación de alimentos a sus menores hijas, pues mientras la madre disfruta de vivienda sin canon abonable, él tendrá que afrontar la contratación de una nueva vivienda, desigualdad que no queda íntegramente compensada por la diferencia de sueldo". Finalmente, se le redujo la prestación alimenticia al padre y se le dio el plazo de un año para abandonar la vivienda que se encontraba ocupando.

4.2.2. El uso rotativo de la vivienda familiar (casa nido)

El criterio del uso rotativo de la vivienda familiar o casa nido es un supuesto excepcional en la práctica, y trata de evitar la alternancia domiciliaria del menor expuesta anteriormente. Esta modalidad ha sido ofrecida en ocasiones anteriores cuando se ha optado por un sistema de guarda y custodia compartida, pues si interpretamos de manera literal el artículo 96.1 CC, concluimos que, salvo un acuerdo diferente, los menores serán quienes usen la vivienda familiar, acompañados por el progenitor que tenga la custodia en ese momento. Una parte de la doctrina y la jurisprudencia considera viable asignar el uso de la vivienda a los hijos, quienes residirán de manera permanente en la llamada casa nido, mientras los padres se alternan en la convivencia según los periodos que les correspondan. Esta medida resulta idónea para salvaguardar y proteger el interés del menor, pues hay una única vivienda donde reside permanentemente, mientras que son los padres quienes turnan por semanas o quincenas. Esta práctica evita traslados frecuentes, proporcionando mayor estabilidad a los menores, de este modo, conservan un único domicilio y entorno¹⁰⁶.

No obstante, pese a parecer una solución adecuada desde el punto de vista de la protección del menor, presenta problemas, pues se considera una solución demasiado onerosa para los progenitores. Si se analiza se puede observar que implica que durante el periodo en el que el uno de los progenitores se encuentre cumpliendo su periodo de convivencia, el otro debe procurarse otra vivienda. Esto supone en la

¹⁰⁶ PACHO JIMÉNEZ M.: "La guarda y custodia compartida en la modalidad de casa nido. Consideraciones a raíz de la STS de 5 de abril de 2019", en AA.VV. (GARCÍA MAYO M., Dir.) *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones*, Ed. Wolters Kluwer, 2020, s/p.

práctica la existencia de como mínimo tres viviendas, la familiar, y dos viviendas para cada progenitor de las que harán uso cuando no les corresponda pasar tiempo con los hijos. Por ende, la carga financiera de la medida se ve agravada si se tiene en cuenta el contexto económico actual del país, como el precio de los alquileres, entre otros. Los desembolsos de dinero que conlleva una renta o una hipoteca contribuyen a satisfacer de una peor manera, por ejemplo, los alimentos que deben prestarse a los hijos cuando estén su compañía. No dejando atrás, la relación personal de los cónyuges, pues esta situación puede dar lugar a graves desavenencias entre ellos¹⁰⁷.

A la hora de recabar jurisprudencia que aplique esta modalidad, ha resultado costoso, pues actualmente la mayor parte la rechaza. No obstante, hay algunas resoluciones que abogan por esta solución en conflictos familiares, como se muestra en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de enero de 2014¹⁰⁸ o la de la Audiencia Provincial de Cádiz de 10 de enero de 2018¹⁰⁹ que establecían que este sistema tan solo se podría considerar: “*con carácter extraordinario y, desde luego, en régimen de transitoriedad, mientras pueda encontrarse otra solución al problema*”.

También hay resoluciones que establecían que esta medida era idónea, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 29 de mayo de 2017¹¹⁰, en la que se decide que tanto la madre y el padre convivan con los menores quince días de forma alterna, continuando los hijos en el domicilio familiar, propiedad del padre, añadiendo, además, que los gastos ocasionados del uso de la vivienda se abonarán a la mitad. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2018¹¹¹ expone el caso de custodia compartida, en el que los tres hijos menores se alternaban en el uso de la vivienda común de ambos cónyuges, situación que se mantendría hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, pues realizada una ponderación de las circunstancias, resultaría insostenible su prolongamiento.

¹⁰⁷ CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España”, en AA.VV. (CHAPARRO MATAMOROS, P.): *La vivienda en las crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 49-51. Disponible en: <https://biblioteca-tirant.com/accedys2.bbt.ull.es/cloudLibrary/ebook/info/9788413973104> (fecha de última consulta: 20 de junio de 2024).

¹⁰⁸ SAP de Barcelona (Sección 12.ª) de 30 de enero de 2014 (resolución núm. 55/2014).

¹⁰⁹ SAP de Cádiz (Sección 5.ª) de 10 de enero de 2018 (resolución núm. 10/2018).

¹¹⁰ SAP de Guipúzcoa (Sección 3.ª) de 29 de mayo de 2017 (resolución núm. 107/2017).

¹¹¹ STS (Sala de lo Civil) de 7 de junio de 2018 (resolución núm. 343/2018).

Actualmente, se considera como un sistema minoritario y algunos autores consideran que incluso está en declive¹¹². Sobre la posición contraria a esta resolución de conflicto, se ha pronunciado la jurisprudencia de manera reiterada durante los últimos años, lo cual se desarrollará a continuación.

La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2019¹¹³ es primordial y significativa en el sistema de vivienda nido, pues supuso una novedad respecto a los razonamientos aplicados hasta el momento sobre esta modalidad, cuestionando su viabilidad y modificando los argumentos a los que llegaba el Tribunal, todo ello con base en el objeto del recurso de casación, la custodia compartida y la vivienda común en casos de progenitores sin recursos. En esta resolución se trata el caso de una separación con régimen de guarda y custodia compartida, en el que hay un hijo en común extramatrimonial y una vivienda familiar común, donde los progenitores se alternan por periodos para cumplir efectivamente sus obligaciones parentales, derivado de la decisión del tribunal de primera instancia. Esto fue acordado así debido que no incurría ningún impedimento para ello, fijando tanto la custodia compartida como el sistema nido, de esta forma el menor siempre estaría en el domicilio familiar y serían los progenitores los que se alternarían.

Pues bien, al momento tramitar el motivo del recurso de casación, quedó constatada la incapacidad económica sobrevenida de ambos progenitores. En la sentencia se refleja que la situación económica de los litigantes hace imposible que mantengan las tres viviendas pertinentes, resultando incompatible la solución. Debido a ello y sumando que existe conflictividad entre los progenitores, el tribunal se pronuncia de la siguiente manera: *“En cuando a que los progenitores se alternen en la vivienda familiar, para que el niño no salga de la misma (...) no es compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común¹¹⁴”,* añadiendo que *“el destino de la vivienda familiar será el que las partes le den, de acuerdo con la naturaleza del bien¹¹⁵”*. De este modo, se describe este sistema como gravoso y no acorde con la capacidad

¹¹² FOLGUERAL GUITÉRREZ, T. y PÉREZ CASTRO, C. T.: *op.cit.*, pág. 46.

¹¹³ STS (Sala de lo Civil) de 5 de abril de 2019 (sentencia núm. 215/2019).

¹¹⁴ *Ibidem.*

¹¹⁵ *Ibidem.*

económica de los progenitores, añadiendo, además, que se trata de una situación conflictiva. Esto se debe a que dos personas que han terminado su relación afectiva se ven obligadas a compartir un mismo espacio físico íntimo como es la vivienda.

Lo mencionado anteriormente sobre la vivienda familiar resulta un componente que llama la atención en la sentencia, pues, como se ha citado, no se hace una referencia expresa sobre su destino, dando libertad a las partes para que decidan sobre esta cuestión. Aunque lo más coherente sería pronunciarse sobre el destino de la vivienda en aras a un posible conflicto posterior, el Tribunal decide dejarlo en manos de los progenitores. Además, teniendo en cuenta su capacidad económica, lo más lógico sería proceder a la venta del inmueble y repartir lo obtenido a la mitad, de forma que la situación económica de ambos mejoraría. Finalmente, se considera una sentencia novedosa, pues establece un criterio no aplicado con anterioridad sobre el ejercicio de la custodia compartida en la vivienda común en casos de empobrecimiento patrimonial de los progenitores, incompatible con la solución de la vivienda nido ¹¹⁶.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2020¹¹⁷ se reitera lo dispuesto en la STS 215/2019, en la que se resuelve un caso similar, exponiendo que *“a la vista de esta doctrina, la discordancia entre las partes y el informe del Ministerio Fiscal, (...) debemos declarar que la rotación en la vivienda familiar no es un sistema que vele por el interés de los menores, ni es compatible con la capacidad económica de los progenitores”*¹¹⁸.

También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 24 de junio de 2021¹¹⁹ muestra su oposición al sistema de la casa nido, considerándola como una fuente inagotable de conflictos. En el caso, el padre pretende una modificación de la sentencia dictada, en la que se atribuía a la madre el uso de la vivienda, pues considera que se le debe otorgar a la hija hasta cumplir la mayoría de edad y que sean los progenitores los que se alternen en los periodos correspondientes el uso del domicilio, apoyándose en que la vivienda es de su propiedad. La sentencia establece en su fundamento de derecho tercero que *“la jurisprudencia se muestra contraria a la casa*

¹¹⁶ CAMPO ÁLVAREZ, B. DEL: “Custodia compartida y vivienda común en casos de progenitores sin recursos. Comentario a la STS de España núm. 215/2019, de 5 de abril”, Revista Boliviana de Derecho, núm. 30, julio 2020, págs. 726-727.

¹¹⁷ STS (Sala de lo Civil) de 16 de enero de 2020 (sentencia núm. 15/2020).

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ SAP de Murcia (Sección 4.ª) de 24 de junio de 2021 (sentencia núm. 760/2021).

nido en la que los menores siguen habitando la misma y son los progenitores los que se van alternando en su uso, porque es una fuente inagotable de conflictos en una situación ya de crisis¹²⁰". Además, se menciona en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo 396/2020, de 6 de julio, que señala que esta situación puede no ser compatible con la capacidad económica de los progenitores, quienes se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), destacando que el adecuado mantenimiento de la vivienda común puede representar una carga adicional.

En este sentido, no es aceptable atribuir *sine die* (sin plazo fijo) el uso de la vivienda a la esposa, pese a que el interés más necesitado de protección en el momento es el suyo, ya que no tiene otro lugar donde vivir ni recursos, importantes para la custodia compartida de la hija menor en los periodos que pasa con ella, también es cierto que la responsabilidad de la madre incluye procurar una vivienda digna para su hija y cubrir las necesidades de ambas. Finalmente, se falla en la sentencia el establecimiento de un plazo de dos años de atribución del uso de la vivienda a favor de la madre a partir de esta resolución, aceptándose el recurso presentado por el padre.

Las resoluciones que adoptan esta modalidad sobre la vivienda es porque o bien ha sido acordado por los progenitores de mutuo acuerdo o el juez en el procedimiento considera que es la mejor medida para proteger el interés del menor, aplicando en estos casos el artículo 96.1 CC, prevaleciendo el principio *favor filii*¹²¹.

Como se evidencia, pese a ser una medida que por su apariencia es adecuada para garantizar la protección del interés del menor, a la hora de la práctica por parte de los progenitores supone una carga económica inasumible, más que una solución ante una ruptura familiar, como se ha fijado por la doctrina y jurisprudencia.

V. Soluciones de común acuerdo

Una vez se han estudiado los criterios sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en conflictos familiares, es interesante y analizar dos que pueden surgir en el caso de un acuerdo común entre los cónyuges. La asignación del uso de la vivienda

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: *op.cit.*, pág. 191.

familiar se rige primeramente por los acuerdos a los que lleguen los cónyuges, que, según el artículo 90.2 CC, deben ser aprobados por la autoridad judicial.

5.1. La división material de la vivienda

Existen supuestos en los se plantea de forma excepcional como solución el llevar a cabo reformas en la vivienda familiar, permitiendo así la vida independiente de los progenitores en distintos espacios de la misma. Por ejemplo, podría ser el caso de una vivienda de grandes dimensiones que permitiese su división en dos o más viviendas o un domicilio que tenga varios pisos, siempre que estas reúnan las condiciones propias de habitabilidad. Se destaca que esta medida presenta una serie de ventajas en la relación de los progenitores y los hijos, ya que se mantiene al menor en su entorno habitual, evitando traslados o cambios de vivienda, pues el desplazamiento sería mínimo¹²².

Pese a ser una medida que parece eficiente y viable tanto para la protección del menor como desde un punto de vista económico para los progenitores, no se han encontrado resoluciones que se refieran específicamente a la modalidad de custodia compartida, aunque sí una doctrina jurisprudencial perfectamente aplicable a estos casos, emitida por la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2012¹²³, que nos permite una ilustración y acercamiento, aunque breve, de cuándo podría proceder esta medida.

El caso trata de una pareja cuya vivienda familiar pertenecía al marido desde antes del matrimonio. Mientras que la custodia de los hijos y el uso de la vivienda se otorgaron a la mujer, el marido, que tenía un taller en la planta baja, solicitó usar esa parte como su vivienda, petición que fue aceptada en primera instancia. La mujer apeló, argumentando que dividir la vivienda la convertiría en dos residencias separadas y afectaría la intimidad, lo cual fue aceptado y la decisión inicial fue revocada. El marido recurrió en casación y se restauró la sentencia original, argumentando que la propiedad es exclusiva del marido y que la redistribución de espacios no altera la naturaleza de la vivienda, sino que proporciona una funcionalidad adecuada. Esta redistribución protege tanto los intereses de los hijos menores como los del marido,

¹²² CHAPARRO MATAMOROS, P.: *op.cit.*, pág. 42.

¹²³ STS (Sala de lo Civil) de 30 de abril de 2012 (resolución núm. 262/2012).

sin vulnerar sus derechos constitucionales de propiedad (art. 33 CE) y vivienda digna (art. 47 CE).

Por ende, se formuló la siguiente doctrina jurisprudencial en el fundamento de derecho cuarto: “*cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando ello sea lo más adecuado para el cumplimiento del art. 96 CC, es decir, la protección del interés del menor y siempre que la división es posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad*¹²⁴”.

Tras lo desarrollado podemos entrever que el Supremo exige unos requisitos para acceder a este tipo de solución tales como: la posibilidad física de división material del inmueble; que sea un lugar habitable, autónomo e independiente de la otra vivienda; la inexistencia de relaciones conflictivas e irreparables entre los cónyuges, y que se trate de una medida necesaria para salvaguardar los intereses en juego, ateniendo a las circunstancias del caso concreto¹²⁵.

5.2. Venta de la vivienda familiar

En el ámbito de la doctrina ha surgido un debate significativo sobre si el juez puede imponer la venta de la vivienda familiar a los cónyuges. De este modo, con el dinero obtenido de dicha venta cada uno podría adquirir su propia vivienda, proporcionando así un entorno estable para los hijos durante los periodos de estancia acordados según la custodia compartida. A pesar de los beneficios de la medida, en la práctica judicial no se impone esta solución, pues no está regulada. Por ello, únicamente se ratifica si así lo han acordado los cónyuges en el convenio regulador o, en algunos casos, si se aconseja por el juez en la sentencia¹²⁶.

Remitiéndonos a la legislación autonómica, según lo establecido en el Código Foral de Aragón (en adelante, CDFa), se regula expresamente esta posibilidad señalando que, en casos en los que no exista ningún interés más necesitado de protección por parte de los cónyuges, pueda acordarse el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares. En este sentido, si la vivienda es titularidad exclusiva de uno de los progenitores, se le asignará al mismo, por otro lado, si es propiedad de ambos, puede acordarse su venta, tal y como se contempla en el artículo

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ CHAPARRO MATAMOROS, P.: *op.cit.*, pág. 43.

¹²⁶ GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: *op.cit.*, págs. 196-197.

81.4 CDFA¹²⁷. En cuanto a la posibilidad de acordar la venta cuando existe el régimen de custodia compartida, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en su sentencia de 4 de enero de 2013¹²⁸, ha establecido que en casos de custodia compartida solo es posible acordar la venta de forma inmediata o en fecha muy próxima a la sentencia, siempre y cuando el juez lo considere necesario para mantener unas relaciones adecuadas.

En todo caso, a juicio de una parte de la doctrina, esta solución no debe ser impuesta por el juez de forma preceptiva, sino que este debe siempre actuar como asesor, aconsejando o dando facilidades a los progenitores para que, de esta manera, vean que es una medida factible a la que es necesaria llegar, pues es un bien de su propiedad y tienen libertad para decidir cómo administrar su patrimonio¹²⁹.

VI. La pérdida de condición de vivienda familiar

Para concluir este estudio es necesario, ya que se ha referenciado en todo momento cuándo una vivienda es familiar, aludir a dos supuestos en los cuales el domicilio pierde este carácter.

6.1. La entrada de un tercero en la vivienda familiar

Para tratar esta cuestión nos remitimos a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018¹³⁰. En el supuesto del caso se trata la cuestión controvertida de la determinación de los efectos que produce la convivencia de la progenitora, a la que tras el divorcio se le ha atribuido el uso de la vivienda familiar junto a los hijos menores, con una nueva pareja. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial declaró extinguido el derecho de uso en el momento en que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales, puesto que se establecía que la entrada de una tercera persona en la vivienda que fue familiar le hacía perder su antigua naturaleza, pues estaría sirviendo de uso para una familia diferente. No es lo mismo la familia desmembrada por una crisis matrimonial que la entrada en el domicilio de una nueva

¹²⁷ 81.4 CDFA: “*Cuando el uso de la vivienda sea título de propiedad de los padres, el Juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares.*”

¹²⁸ STSJ (Sala de lo Civil y Penal) de 4 de enero de 2013 (resolución núm. 1/2013).

¹²⁹ GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: *op.cit.*, pág. 167.

¹³⁰ STS (Sala de lo Civil) de 20 de noviembre de 2018 (resolución núm. 982/2018).

pareja. Ante esto el Ministerio Fiscal interpone un recurso de casación fundado en un único motivo, la infracción del artículo 96.1 CC, estableciendo que en estos procedimientos debe primar el interés superior del menor.

Pese a ello, se establece, finalmente, que la solución otorgada en la sentencia recurrida no vulnera este interés ni contradice la jurisprudencia de la sala en la interpretación del artículo 96 CC, fundamentándolo en dos razones. La primera es que se entiende que la sentencia recurrida no vulnera el interés del menor ni contradice la jurisprudencia que mantiene el Tribunal Supremo, ya que el derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias del caso y en el referenciado ha surgido un cambio en ellas, pues el carácter familiar se ha perdido porque ha entrado un tercero a vivir en ella. La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza por servir en su uso a una familia distinta y diferente. Por otro lado, la segunda razón se justifica en que la medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, y tampoco cambia la custodia. La cuestión es que no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene carácter de domicilio familiar.

Aunque el interés del menor es primordial, no se puede desvincular completamente del de los progenitores. Se debe proporcionar una vivienda adecuada al primero, pero no necesariamente mantenerlo en la vivienda original; su interés se satisface con la inclusión de la vivienda en la liquidación de la sociedad de gananciales, permitiendo a la madre ocuparla si adquiere la mitad del inmueble, o venderla y comprar otra vivienda. Esta solución se ha reiterado en la práctica, como en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2020¹³¹, en la que se aplicó la misma solución de la sentencia citada anteriormente.

6.2. El supuesto de abandono

Son múltiples las ocasiones en las que al producirse un conflicto familiar una de las partes abandona la vivienda, a veces con anterioridad a que comience la judicialización del conflicto, y otras con posterioridad, incluso ya adjudicada, teniendo un impacto a la hora de la atribución del domicilio¹³².

¹³¹ STS (Sala de lo Civil) de 23 de septiembre de 2020 (resolución núm. 488/2020).

¹³² FOLGUERAL GUITÉRREZ, T. y PÉREZ CASTRO, C. T.: *op.cit.*, pág. 13.

Si se hace un estudio jurisprudencial de esta situación encontramos diversas soluciones, analizando dos criterios para determinar si quien en principio sería el titular del interés más digno de protección cumple o no los criterios a la hora de la atribución de la vivienda. Los aspectos que se tienen en cuenta son el plazo de tiempo desde el abandono de la vivienda y los motivos por los cuales se ha procedido al mismo¹³³. De esta forma, en los supuestos de abandono voluntario previo a la judicialización durante un periodo extenso puede llegar a entenderse que el inmueble pierde el carácter de vivienda familiar¹³⁴.

Una ejemplificación de esto se muestra en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de septiembre de 2010¹³⁵, ya que se indica que el dejar de residir en la vivienda que en su momento fue familiar determina que ese domicilio queda desafectado de esta condición, sin que vuelva a adquirirla por el hecho de manifestar su intención de volver a ocuparlo.

Un supuesto distinto es si el periodo del previo abandono es corto, pasajero o transitorio, y si es motivado por una tensión insostenible, con base en varias resoluciones de audiencias provinciales, debe entenderse que no existe una desafección del carácter de vivienda familiar ni renuncia al derecho de uso¹³⁶.

El abandono del domicilio por una tensión inostenible es un supuesto que se da con frecuencia a raíz de desavenencias en las parejas. Un ejemplo de ello es el caso recogido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 16 de julio de 2003¹³⁷, en el que la madre se vio en la obligación de abandonar la vivienda junto con los hijos menores de edad, debido a la situación de tensión y trato vejatorio que generaba el marido. En la sentencia se argumenta que este abandono no constituye renuncia al derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar, ya que fue una decisión tomada en un contexto de crisis matrimonial y por motivos de seguridad y bienestar personal y de los hijos.

Por otro lado, cuando el abandono es posterior a la atribución judicial del conflicto, varias resoluciones consideran que su no utilización como alojamiento

¹³³ *Ibidem.*

¹³⁴ *Ibidem.*

¹³⁵ SAP de Barcelona (Sección 18.ª) de 28 de septiembre de 2010 (resolución núm. 547/2010).

¹³⁶ FOLGUERAL GUITÉRREZ, T. y PÉREZ CASTRO, C. T.: *op.cit.*, pág. 13.

¹³⁷ SAP de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 3.ª) de 16 de julio de 2003 (resolución núm. 225/2003).

permanente puede dar lugar incluso a un cambio en la atribución del uso de la vivienda¹³⁸. En este sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 18 de mayo de 2010¹³⁹, concediendo el uso del inmueble familiar al padre. Esta decisión se fundamentó en que, tras haber sido asignado el uso a la madre y al hijo en un procedimiento anterior, se probó que no la utilizaban como residencia permanente e, incluso, que habían vivido en otra localidad durante ciertos periodos de tiempo.

Por último, es crucial distinguir entre el abandono del domicilio familiar y el abandono de la familia. El abandono del domicilio familiar se refiere al dejar de residir habitualmente en el lugar físico donde vive la familia antes de que se disuelva el lazo afectivo de los progenitores, sin necesariamente dejar de cumplir con las obligaciones familiares. En contraposición, el abandono implica, además de dejar el domicilio familiar, romper los lazos afectivos con la familia y dejar de cumplir con las obligaciones pertinentes¹⁴⁰. A su vez, conforme al artículo 105 CC, bajo ciertas circunstancias –como un motivo válido para dejar el domicilio– la persona no estaría incumpliendo su deber de convivencia, si, dentro de un plazo razonable de treinta días, inicia un proceso legal relevante, como una demanda o solicitud de procedimientos relacionados con la situación matrimonial o familiar.

VII. Conclusiones

Tras la revisión de los apartados anteriores, podemos formular diversas conclusiones.

1.- El término de familia es un concepto dinámico, pues se ha ido reconstruyendo y transformando junto con el avance social, tratando de adaptarse a los cambios en cada tiempo. De esta manera, se parte de un concepto arcaico y tradicional donde la familia estaba compuesta por un hombre y una mujer con sus respectivos hijos, evolucionando a un concepto *paraguas* que alberga una diversidad amplia de realidades familiares.

2.- El concepto de vivienda familiar no es unívoco. Esto se debe a que el legislador a lo largo del Código Civil se refiere a la vivienda familiar de diversas maneras, lo que significa que no existe un concepto regulado en el Código Civil que

¹³⁸ FOLGUERAL GUITÉRREZ, T. y PÉREZ CASTRO, C. T.: *op.cit.*, pág. 13.

¹³⁹ SAP de Barcelona (Sección 12.ª) de 18 de mayo de 2010 (resolución núm. 284/2010).

¹⁴⁰ FOLGUERAL GUITÉRREZ, T. y PÉREZ CASTRO C. T.: *op. cit.*, pág. 14.

defina lo que es la vivienda familiar. Por tanto, sería oportuno aprovechar una futura reforma del Código Civil para añadir la definición más consensuada y así evitar los problemas descritos.

3.- La custodia compartida es el sistema que mejor garantiza la protección del interés superior del menor, ya que mantiene las relaciones de los hijos con los progenitores tras una ruptura afectiva, permitiendo que estos puedan mantener vínculos estables pese a la crisis familiar, siempre y cuando las condiciones así lo aconsejen.

4.- Cuando existen crisis familiares existen dos tipos de soluciones: sin acuerdo, bajo el criterio del juez, siempre pensando en la protección del menor, o con acuerdo de las partes, que puede ser plasmado sin controversia judicial en el convenio regulador, o por recomendación del juez cuando hay menores implicados.

5.- Existen dos soluciones mayoritarias establecidas por la doctrina jurisprudencial cuando no existe acuerdo entre la pareja, siendo estas las siguientes: una es asignar la vivienda de forma temporal al miembro de la pareja más necesitado de protección a criterio del juzgador, y la otra compartir la vivienda de forma temporal por periodos alternos sin alterar el entorno cotidiano del menor (casa nido).

6.- En relación con la asignación temporal de la vivienda a la persona más necesitada de protección, se puede extraer que es la solución más acertada, ya que no tendría sentido que se le otorgue al que tiene más medios para acceder a otra o cuando ya ostente otro domicilio. No obstante, se obliga a que el progenitor con más medios invierta su dinero en otra vivienda si no tiene otro inmueble de su propiedad, lo cual podría llevar a una descompensación económica entre ambos.

7.- Desde la sentencia del Tribunal Supremo del año 2019¹⁴¹ se establecieron nuevos criterios para valorar la solución de compartir la vivienda de forma temporal por periodos alternos (casa nido). En consecuencia, el uso de esta medida ha sufrido un descenso, ya que supone un gasto muy difícil de sufragar, además de ser una situación complicada en la que las personas se ven con la obligación de compartir un espacio tras haber decidido finalizar la convivencia. Pese a ello, si nos centramos en la protección del menor, esta sería la fórmula idónea para garantizarla. De esta manera se evita que el hijo esté cambiando constantemente de hogar dependiendo del progenitor al que le toque el periodo de custodia, por lo tanto, no se ve afectado por el

¹⁴¹ STS (Sala de lo Civil) de 5 de abril de 2019 (sentencia núm. 215/2019).

cambio de domicilio que hasta el momento ha sido el familiar. Como no cualquier persona puede soportar el gasto de mantener dos viviendas, solo aplicaría este criterio a los casos de las personas con el privilegio de ostentar medios económicos especialmente elevados.

8.- Las soluciones aplicadas de común acuerdo son las más justas y generan menos controversia, como la venta de la vivienda común y la división de la vivienda familiar.

9.- La entrada de un tercero en la vivienda familiar con el progenitor no debería ser motivo suficiente para que pierda su carácter "familiar" y cese el derecho de uso, ya que esto desprotege el interés del menor de forma ajena a su voluntad. Este tema requiere un análisis específico de cada caso, por lo que difícilmente se puede generalizar decisiones restrictivas de derechos.

10.- La redacción del artículo 96 CC se presenta deficiente e ineficaz para abordar la cuestión de la atribución de la vivienda y la custodia compartida. Esto es así porque, además de utilizar terminología vinculada expresamente a las relaciones matrimoniales –como definir como “cónyuges” a las parejas con crisis familiares–, no menciona expresamente el supuesto de custodia compartida, cuestión que resulta incomprensible puesto que se trata del régimen más usual al que acuden las familias. Por otro lado, este artículo tampoco recoge ninguna de las soluciones en relación con la atribución de la vivienda que hemos estudiado en este trabajo. Todo esto nos lleva a concluir que dicho artículo debiera ser reformulado. De *lege ferenda* se propone un artículo que, en primer lugar, utilice términos más amplios e inclusivos que engloben a todo tipo de uniones afectivas entre personas, considerando “pareja” el término más adecuado para ese fin; en segundo lugar, incluir un apartado referido únicamente a la custodia compartida, ya que, aunque tuvieron la oportunidad de añadirla expresamente en la reforma del año 2021, sigue existiendo este vacío en el contenido; en tercer y último lugar, es necesario regular la atribución de la vivienda en régimen de custodia compartida, vertiendo la doctrina jurisprudencial mayoritaria estudiada en este trabajo en el Código Civil.



BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Libros y artículos consultados

AYLLÓN GARCÍA, J. D.: “Los nuevos modelos de familia: ¿necesidad de un concepto de familia?”, en AA. VV. (GALLARDO RODRÍGUEZ, A., ESTANCONA PÉREZ, A. A. y BERTI DE MARINIS, G., Coord.): *Los nuevos retos del derecho de familia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 509-521. Disponible en:

<https://biblioteca-tirant-com.accedys2.bbt.ull.es/cloudLibrary/ebook/info/9788413786049> (fecha de última consulta 16 de junio de 2024).

CAMPO ÁLVAREZ, B. DEL: “Custodia compartida y vivienda común en casos de progenitores sin recursos. Comentario a la STS de España núm. 215/2019, de 5 de abril”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, julio 2020, págs. 726-727.

CASTELLANOS CÁMARA, S.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en el derecho civil vasco”, en AA. VV. (GALLARDO RODRÍGUEZ, A., ESTANCONA PÉREZ, A. A. y BERTI DE MARINIS, G., Coord.): *Los nuevos retos del derecho de familia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 277-291. Disponible en:

<https://biblioteca-tirant-com.accedys2.bbt.ull.es/cloudLibrary/ebook/info/9788413786049> (fecha de última consulta: 17 de junio de 2024).

CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España”, en AA. VV. (CHAPARRO MATAMOROS, P., Coord.): *La vivienda en las crisis familiares*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 36-63.

Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.accedys2.bbt.ull.es/cloudLibrary/ebook/info/9788413973104> (fecha de última consulta: 16 de junio de 2024).

CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España”, en AA.VV. (CHAPARRO MATAMOROS, P.): *La vivienda en las crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 49-51. Disponible en:

<https://biblioteca-tirant-com.accedys2.bbt.ull.es/cloudLibrary/ebook/info/9788413973104> (fecha de última consulta: 20 de junio de 2024).

CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho de uso y Vivienda Familiar: su atribución Judicial en los Supuestos de Crisis Familiares*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.accedys2.bbt.ull.es/cloudLibrary/ebook/info/9788491438654175> (fecha de última consulta: 15 de junio de 2024).

DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: “Medidas en relación con los hijos”, en AA. VV. (ROCAS TRÍAS, E., Coord.): *Crisis matrimoniales*, 5.ª ed., Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2021, págs. 135-272.

DONADO VARA, A. y YÁÑEZ VIVERO, F.: *La vivienda familiar ante los retos de la crisis*, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2022. Disponible en: https://puntoq-ull-es.accedys2.bbt.ull.es/permalink/34ULL_INST/kkpv9/alma991000035514308901 (fecha de última consulta: 15 de junio de 2024).

ESTELÉS PERALTA, M. P.: “La vivienda familiar en las crisis conyugales: análisis legal y jurisprudencial de la atribución de su uso y propuestas de lege ferenda”, en AA. VV. (DE VERDA Y BEAMONTE, J.M., Dir.): *La modernización del derecho de familia a través de la práctica jurisprudencial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, págs. 147-201. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.accedys2.bbt.ull.es/cloudLibrary/ebook/info/9788410568051> (fecha de última consulta: 16 de junio de 2024).

FOLGUERAL GUITÉRREZ, T. y PÉREZ CASTRO, C. T.: *Atribución de la vivienda familiar: aspectos prácticos sobre el concepto y atribución del hogar familiar*, Ed. Colex, S. L., A Coruña (Galicia), 2021.

GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en crisis matrimoniales*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar en derecho común”, en AA. VV. (CERDEIRA BRAVO DE MASILLA, G., Dir.): *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda*, Ed. Reus, Madrid, 2017, págs. 63-96. Disponible en: <https://elibro-net.accedys2.bbt.ull.es/es/ereader/bull/46692> (fecha de última consulta: 10 de mayo de 2024).

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: “Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios (ENSD). Año 2022”. 2023. Disponible en: https://www.ine.es/prensa/ensd_2022.pdf (fecha de consulta: 15 de abril de 2024).

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Familia, sociedad y derecho”, en AA. VV. (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., Coord.): *Curso de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Edisofer S. L., Madrid, 2021, págs. 23-38.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Régimen común a la nulidad, la separación y del divorcio”, en AA. VV. (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., Coord.): *Curso de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Edisofer S. L., Madrid, 2021, págs. 187-228.

MINERO ALEJANDRE, G.: “Crisis familiar y derecho de uso de la vivienda familiar. análisis crítico de la jurisprudencia española y propuestas de lege ferenda”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 42, 2020, págs. 133-168.

PACHO JIMÉNEZ M.: “La guarda y custodia compartida en la modalidad de casa nido. Consideraciones a raíz de la STS de 5 de abril de 2019”, en AA.VV. (GARCÍA MAYO M., Dir.): *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones*, Ed. Wolters Kluwer, 2020, s/p¹⁴².

PIZARRO MORENO, E., LAPOR, M. y RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El Interés Superior Del Menor: Claves Jurisprudenciales*, Ed. Reus, Madrid, 2020. Disponible en: <https://elibro-net.accedys2.bbtk.ull.es/es/ereader/bull/185650?page=1> (fecha de última consulta: 15 de junio de 2024).

SÁNCHEZ ALONSO, M.: “Atribución del uso de la vivienda familiar”, en AA. VV. (ROCAS TRÍAS E. Coordinador.): *Crisis matrimoniales*, 5.^a ed., Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2021, págs. 273-338.

¹⁴² Al tratarse de un libro que no se encuentra disponible en la biblioteca de la Universidad de La Laguna, se tuvo que pedir por préstamo interbibliotecario el capítulo en cuestión y, al ser un documento que lo digitaliza, no se cuenta con la numeración original de las páginas.

RESOLUCIONES CONSULTADAS¹⁴³

1. Jurisprudencia

1.1. Tribunal Constitucional

- STC (pleno) de 6 de noviembre de 2012 (sentencia núm. 198/2012).

1.2. Tribunal Supremo

- STS (Sala de lo Civil) de 31 de diciembre de 1994 (ECLI:TS:1994:20231)
- STS (Sala de lo Civil) de 16 de diciembre de 1996 (rec. núm. 2016/1993).
- STS (Sala de lo Civil) de 19 de enero de 2017 (sentencia núm. 31/2017).
- STS (Sala de lo Civil) de 10 de marzo de 1998 (sentencia núm. 212/1998).
- STS (Sala de lo Civil) de 9 de mayo de 2012 (sentencia núm. 284/2012).
- STS (Sala de lo Civil) de 22 de abril de 2004 (sentencia núm. 310/2004).
- STS (Sala de lo Civil) de 14 de enero de 2010 (sentencia núm. 859/2009).
- STS (Sala de lo Civil) de 17 de junio de 2013 (sentencia núm. 426/2013).
- STS (Sala de lo Civil) de 27 de octubre de 2014 (resolución núm. 582/2014).
- STS (Sala de lo Civil) 19 de octubre de 2017 (sentencia núm. 566/2017).
- STS (Sala de lo Civil) de 1 de abril de 2011 (sentencia núm. 221/2011).
- STS (Sala de lo Civil) de 23 de septiembre de 2020 (resolución núm. 488/2020).
- STS (Sala de lo Civil) de 23 de enero de 2017 (sentencia núm. 43/2017).
- STS (Sala de lo Civil) de 13 de julio de 2017 (sentencia núm. 442/2017).
- STS (Sala de lo Civil) de 20 de noviembre de 2018 (resolución núm. 641/2018).
- STS (Sala de lo Civil) de 13 de noviembre de 2018 (sentencia núm. 630/2018).
- STS (Sala de lo Civil) de 23 de octubre de 2014 (sentencia núm. 593/2014).
- STS (Sala de lo Civil) de 9 de mayo de 2018 (resolución núm. 268/2018).
- STS (Sala de lo Civil) de 12 de julio de 2019 (resolución núm. 1688/2020).

¹⁴³ El criterio que se ha seguido para ordenar las resoluciones en este listado ha sido el orden de aparición en este trabajo.

- STS (Sala de lo Civil) de 20 de febrero de 2018 (sentencia núm. 95/2018).
- STS (Sala de lo Civil) de 31 de enero de 2023 (sentencia núm. 138/2022).
- STS (Sala de lo Civil) de 11 de diciembre de 2019 (sentencia núm. 654/2019).
- STS (Sala de lo Civil) de 7 de junio de 2018 (resolución núm. 343/2018).
- STS (Sala de lo Civil) de 5 de abril de 2019 (sentencia núm. 215/2019).
- STS (Sala de lo Civil) de 16 de enero de 2020 (sentencia núm. 15/2020).
- STS (Sala de lo Civil) de 30 de abril de 2012 (resolución núm. 262/2012).
- STS (Sala de lo Civil) de 20 de noviembre de 2018 (resolución núm. 982/2018).

1.3. Audiencias Provinciales

- SAP de Córdoba de 10 de mayo de 1993 (AC 1993/1050).
- SAP de Ciudad Real (Sección 1.^a) de 30 de diciembre de 1995 (no he podido encontrar el número de resolución).
- SAP de Valladolid (Sección 1.^a) de 16 de abril de 2004 (sentencia núm. 134/2004).
- SAP de Pontevedra (Sección 3.^a) de 20 de marzo de 2000 (sentencia núm. 88/2000).
- SAP de Madrid (Sección 22.^a) de 14 de septiembre de 2009 (sentencia núm. 536/2009).
- SAP de Cáceres (Sección 1.^a) de 14 de octubre de 2020 (sentencia núm. 820/2020).
- SAP de A Coruña (Sección 4.^a) de 22 de marzo de 2013 (sentencia núm. 140/2013).
- SAP de Barcelona (Sección 12.^a) de 30 de enero de 2014 (resolución núm. 55/2014).
- SAP de Cádiz (Sección 5.^a) de 10 de enero de 2018 (resolución núm. 10/2018).
- SAP de Guipúzcoa (Sección 3.^a) de 29 de mayo de 2017 (resolución núm. 107/2017).

- SAP de Murcia (Sección 4.^a) de 24 de junio de 2021 (sentencia núm. 760/2021).
- SAP de Barcelona (Sección 18.^a) de 28 de septiembre de 2010 (resolución núm. 547/2010).
- SAP de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 3.^a) de 16 de julio de 2003 (resolución núm. 225/2003).
- SAP de Barcelona (Sección 12.^a) de 18 de mayo de 2010 (resolución núm. 284/2010).

1.4. Tribunales Superiores de Justicia

- STSJ (Sala de lo Civil y Penal) de 4 de enero de 2013 (resolución núm. 1/2013).

2. Resoluciones de la DGSJFP

- DGRN de 30 de mayo de 2018 (núm. 8051/2018).
- DGJSFP de 12 de marzo de 2024, BOE núm. 89, de jueves 11 de abril de 2024.