

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2013/2014

ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y CUSTODIA COMPARTIDA.

(Attribution of family home and joint custody)

Realizado por el alumno Inés Sánchez Pérez.

Tutorizado por la Profesora Dña. Marta Ordás Alonso.

ÍNDICE.

	<u>Pág.</u>
I. INTRODUCCIÓN. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR	4
1. Constitución española.....	4
2. Código Civil	4
3. Notas esenciales de la vivienda familiar.....	6
4. Protección de la vivienda familiar	9
5. Naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar	9
II. CRISIS MATRIMONIAL. ASIGANCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR	10
III. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LAS MEDIDAS DEFINITIVAS	12
1. Criterios convencionales. El convenio regulador	13
2. Criterios legales	15
IV CUSTODIA COMPARTIDA	16
1. Concepto y regulación	16
1.1 El interés superior del menor	20
1.2 Custodia compartida en casos de conflictividad entre los progenitores	22
1.3 Criterios para acordarla y excepcionalidad de la misma.....	23
2. Periodos de convivencia entre los hijos y sus progenitores	26
3. Atribución del uso de la vivienda familiar	28
4. Breve consideración a los problemas económicos derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar	44
5. Comentario al Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, de 2014 ..	46
V. CONCLUSIONES	56
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	60

RESUMEN.

La vivienda familiar es un bien del que disfrutaban los cónyuges, en situaciones de normal matrimonio, como residencia de los mismos. En cambio, cuando se rompe la convivencia surge el problema de determinar la atribución de su uso. Así, los cónyuges pueden acordar ellos mismos, en el convenio regulador, el destino de la vivienda familiar. En caso de que no lleguen a ningún acuerdo será el juez el encargado de resolver lo procedente, para lo cual habrá de acudir a lo establecido en el artículo del 96 Código Civil, precepto que, no obstante, no regula el destino de la vivienda familiar, en aquellos supuestos en los cuales se establece un régimen de custodia compartida de los hijos, lo que ha dado lugar a una copiosa jurisprudencia en la que se trata de adaptar el contenido de dicho precepto a estos supuestos. Este y otros problemas que el artículo 96 plantea tratan de ser resueltos en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia.

Palabras clave: vivienda familiar, crisis matrimonial, custodia compartida

ABSTRACT.

In a conventional marital situation the family home is an asset to be enjoyed by the spouses as their habitual residence. However, when a marriage breaks down the problem arises of attributing right of usage of said residence. The couple themselves may come to an agreement, according to regulatory procedures, as to which party continues to live in the home. When no agreement can be reached a judge will be appointed to resolve the proceedings. Article 96 of Civil Law establishes guidelines without necessarily regulating final decisions regarding the family home while terms of joint custody exist involving those children within the marriage, a situation which has given place to abundant jurisprudence in which the contents of the article have been adapted to suit given scenarios. This and other problems which Article 96 presents have been attempted to be resolved through a draft bill on the exercise of parental responsibility as well as through other measures to be adopted following a marital break-up.

Key words: family home, marital crisis, joint custody

OBJETO DEL TRABAJO.

El presente trabajo tiene por objeto analizar las situaciones y problemas que pueden plantearse en las crisis matrimoniales, relacionados con la atribución del uso de la vivienda familiar; bien que suele ser muypreciado por ambos cónyuges y más ahora debido al momento de crisis económica por la que estamos pasando.

Respecto a esta atribución pueden darse varias situaciones: puede ser que la vivienda familiar corresponda en propiedad a uno de los cónyuges, que sea de propiedad de los dos, que la usen a título de arrendatarios, o, incluso que la usen mediante una cesión gratuita del uso como puede ser el caso de precario. Dada la amplitud del tema a tratar, el objeto de estudio se centrará únicamente en la vivienda en propiedad. Más en concreto, los problemas que puedan plantearse sobre la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida.

La legislación existente sobre la materia es ciertamente escueta, centrada básicamente en lo dispuesto en el art. 96 CC, que omite toda referencia a la atribución del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida. De ahí, la relevancia que en este tema adquiere la Jurisprudencia pues, no sólo nos ofrece diferentes interpretaciones de dicho precepto, sino que establece las pautas a seguir en los supuestos no regulados por el Código Civil. Aunque cabe señalar que actualmente existe un Anteproyecto de Ley que prevé la modificación de ciertos preceptos del Código Civil para adecuarlo a la realidad social actual; este es el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia

METODOLOGÍA.

Se ha tratado de dotar al trabajo de una perspectiva eminentemente práctica, evitando la mera construcción conceptual y teórica. Con este objetivo, la primera parte se destina a la necesaria contextualización del objeto de análisis, examinando el concepto de vivienda familiar en distintos cuerpos legales así como en la Jurisprudencia, la protección de la misma y la naturaleza de su uso.

Tras este primer estadio, el trabajo se centra en su objeto principal cual es el régimen jurídico de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial. Dada la complejidad del tema y los numerosos supuestos que abarca, una vez trazadas unas líneas generales, el grueso del trabajo se centra en el análisis del régimen de atribución de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida de los progenitores. A estos efectos y una vez elegido el tema a desarrollar se han mantenido diferentes reuniones con la tutora para determinar el enfoque del problema, fijar la entrega de resultados parciales, la revisión y corrección de los mismos, etc.

Una vez estructurado el tema objeto de estudio y determinados los puntos más importantes a desarrollar, se ha procedido a recopilar y analizar la bibliografía existente sobre la materia y muy especialmente la Jurisprudencia más reciente. De acuerdo con mi tutora y, dado el carácter eminentemente práctico con el que se decidió abordar el problema sometido a análisis, el trabajo desarrollado constituye un estudio eminentemente jurisprudencial y puesto que es un tema en permanente evolución se ha intentado incluir los pronunciamientos judiciales más recientes.

Del mismo modo, parece conveniente en un trabajo de estas características, expresar la opinión personal sobre el caso, la cual se ha incluido en numerosas ocasiones.

También es necesario señalar que al existir un Anteproyecto sobre la materia objeto de estudio (Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia), se ha procedido al análisis del mismo, comparando la situación actual con la que se implantará con la aprobación del citado Anteproyecto.

I. INTRODUCCIÓN. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR.

1. Constitución española.

La Constitución de 1978 protege a todas las familias pero de modo particular a la familia matrimonial. En el texto constitucional se recogen varios preceptos encaminados a la protección de la familia¹. Entre ellos, reviste importancia fundamental el artículo 47 al reconocer a todos los españoles el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Así, cabe señalar que, siendo la vivienda algo necesario para el desarrollo de la vida de cualquier persona, mucho más para la familia que, además de necesitar un espacio para vivir, lo necesita también para desarrollar sus funciones educativas, afectivas, de asistencia, etc.

2. Código Civil.

El derecho a la vivienda familiar no es un derecho independiente del que se extraen consecuencias jurídicas, cuando de lo que se trata es más bien de lo contrario: es la constitución de una familia y en su caso el vínculo matrimonial, la que genera una pluralidad de derechos y deberes de los que se derivan, recíprocamente, ciertas expectativas jurídicas, tanto sobre la propia vivienda como sobre los objetos enseres, menaje y muebles que se encuentran en ella².

El Código Civil se ocupa de la vivienda familiar en dos momentos: en situaciones de normalidad matrimonial y en situaciones de crisis conyugal. Sin embargo, el concepto de vivienda familiar no aparece reflejado en el Código Civil y tampoco en la legislación especial, lo que nos lleva a acudir al significado otorgado por el TS quien la califica como «bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asiente, quien quiera que sea el propietario»³. Esta definición clásica dada por el TS ha servido como pauta para definiciones más recientes. Así, a modo de ejemplo, puede citarse la que ofrece la SAP de Las Palmas, sección 5ª, de 17 de noviembre de 2005 (JUR 2006/35340) según la cual «la vivienda familiar se corresponde con el espacio físico, generalmente cerrado, que es ocupado por los componentes de una pareja y, en su caso, por sus descendientes más próximos, (hijos), y

¹ Vid. Artículos 18.1, 27, 32, 35, 39, 49 o 50 CE.

² SAP de Burgos (sección 2ª) de 23 de noviembre de 2010 (JUR 2011/46786).

³ STS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994/10330).

que a su vez constituye el núcleo básico de su convivencia, es decir, el lugar donde se desarrollan habitualmente los quehaceres cotidianos más íntimos. Tal espacio puede tener diferente forma, (vivienda unifamiliar, piso que forma parte de un edificio, dependencias dentro de una casa, etc.), puede situarse en un ámbito rural o urbano y puede incluso ser compartido con otras personas, (parientes o no), o familias, pero lo que le caracteriza y diferencia de otros es que simboliza y encarna uno de los aspectos de la vida más preciados por el ser humano, cual es el de su intimidad personal y familiar»; o la SAP de Asturias (sección 6ª) de 4 de noviembre de 2013 (JUR 2013/350535) que afirma que «la doctrina viene entendiendo por vivienda familiar la residencia habitual, estable y permanente de la familia en continua convivencia, o lo que es lo mismo, el reducto donde se asientan y desarrollan las personas físicas que componen el grupo y sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias de descanso, aseo, alimentación y protección de su intimidad».

Hay que señalar que no es lo mismo el domicilio conyugal que la vivienda familiar. De acuerdo con el art. 40 del CC, el domicilio conyugal coincide con el lugar donde los esposos tengan su residencia habitual, será, en definitiva, el lugar de la residencia habitual de los cónyuges. Se requieren, por tanto, las notas de habitualidad más el matrimonio, pero no tiene que coincidir con la residencia habitual de cada uno de los cónyuges, porque según el art. 87.2 del CC se prevé la posibilidad de que por motivos laborales, profesionales o cualesquiera otros de naturaleza análoga los cónyuges no vivan juntos. Es decir, una cosa es el domicilio conyugal o residencia habitual de los esposos y otra la residencia habitual de cada uno de ellos. Como conclusión, podemos decir que el domicilio conyugal no es otra cosa que el lugar donde habitualmente se localiza a ambos cónyuges y se ejerce la relación jurídica existente entre ellos, es decir los derechos y obligaciones derivados del matrimonio y entre estos el fundamental deber de convivencia (art. 69 del CC)⁴.

El domicilio conyugal lo fijan los cónyuges de común acuerdo. Si falta acuerdo resolverá el Juez teniendo en cuenta el interés de la familia. El acuerdo puede ser expreso o tácito, pero en este último caso debe derivar de actos concluyentes. Debe ser posterior a la celebración del matrimonio, pues el artículo 70 CC utiliza el término

⁴ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: *Definición y atribución del domicilio familiar*, Seminario Permanente de ciencias sociales de Cuenca, Documento de trabajo 2008/5, Facultad de ciencias sociales de Cuenca, 2008, pág. 6.

“cónyuges”, aunque tal decisión pueda variarse tantas veces quieran los esposos siempre y cuando estén de acuerdo en ello. El domicilio familiar, fijado del modo antedicho, determinará cuál es la vivienda familiar sujeta a un especial régimen de disposición. Así mismo, esta vivienda familiar es sobre la que se decidirá sobre su uso en los supuestos de crisis matrimonial.

El domicilio conyugal cumple la función de localización o identificación del matrimonio, sin embargo la vivienda familiar es un objeto susceptible de titularidad y posesión; es el espacio físico del domicilio conyugal. El concepto de domicilio conyugal es más amplio que el de vivienda familiar que, sin embargo, coincidirá siempre con el domicilio conyugal⁵. El momento en que con mayor énfasis se pone de relieve esta distinción es cuando se produce una crisis conyugal ya que, cuando un cónyuge abandona el hogar, el concepto de domicilio conyugal desaparece, pero siguen habitando en el mismo lugar el otro cónyuge y los hijos, y por lo tanto sigue existiendo el concepto de vivienda familiar.

3. Notas esenciales de la vivienda familiar.

Una vez conceptualizada la vivienda familiar del modo indicado en párrafos precedentes, de lo expuesto podemos extraer las notas que a continuación se exponen.

En primer lugar, el inmueble tiene que ser una vivienda; por tanto no lo es un local o un almacén. En concreto, la STC 283/2000, de 27 de noviembre (BOE núm. 4 de 04 de enero de 2001), no considera domicilio las dependencias del negocio de los recurrentes⁶.

Ahora bien, el objeto de protección no sólo es la propiedad de la vivienda sino todos los derechos reales o personales cuyo ejercicio por el titular pueda servir de base para que la familia tenga su sede física; así, también son objeto de protección los muebles de uso ordinario de la familia.

⁵ Pueden establecerse distinciones entre estos dos conceptos por razón de sus efectos jurídicos: mientras el domicilio tiene una función *ad extra* en las relaciones con terceros (es el lugar para recibir notificaciones, cobros, pagos, etc.), la vivienda habitual cumple una función *ad intra*, es decir, el lugar donde se dan las efectivas relaciones de convivencia del grupo familiar.

⁶ SAP de Burgos (sección 2ª) de 23 de noviembre de 2010 (JUR 2011/46786): No se consideró vivienda familiar a una casa rural que gestionaba uno de los esposos, en la que pasaban algunos fines de semana, por considerar que no se trata de un domicilio familiar en los términos definidos, sino el centro de explotación de un negocio familiar.

En segundo lugar, la calificación de la vivienda como familiar requiere acuerdo de ambos cónyuges y, en su defecto, autorización judicial pues supone afectar la casa a las necesidades de alojamiento de la familia. El cónyuge titular es libre de realizar la afectación de ciertos bienes suyos a las necesidades de la familia, pero una vez que los bienes tienen ese destino el cónyuge titular ya no es libre, por sí solo, para disponer de ellos. Por otra parte, no basta la mera voluntad sino que se requiere que las cosas estén sirviendo a ese determinado fin especial⁷.

En tercer lugar, otra nota esencial es la habitualidad en su uso, aunque no es necesario que se ocupe durante mucho tiempo, acompañado de un cierto *animus* de permanencia.

De acuerdo con esta calificación quedarían excluidas las residencias de recreo o de temporada por estar ausentes en ellas la nota de la residencia habitual de la familia⁸.

En el caso de segundas residencias en las que habitan sólo algunos miembros de la familia, como es el supuesto del traslado de uno de los cónyuges a otra ciudad por motivos laborales⁹, resulta más complicado encajarlas en el supuesto fáctico configurador de preceptos limitadores de las facultades de disposición de su titular, como el art. 1320 CC.

La inclusión o no en estos preceptos limitadores es un tema importante, ya que una de las consecuencias que puede desprenderse de esta situación es el otorgamiento de la

⁷ GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, M.L.: «La vivienda familiar en situaciones de normalidad y de crisis» en GARRIDO MELERO, M/ FUGARDO ESTÍVIL, J.M. (coord.): *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: constitución, gestión, responsabilidad, continuidad y Tributación*, Vol. 2, Bosch, Barcelona, 2005, pág. 211.

⁸ El TS ha admitido, en Sentencia de 10 de octubre de 2011 (RJ 2011/6839), que el juez atribuya el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar, cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos.

⁹ En este sentido, afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2012 (RJ 2012/5137) que desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 julio, que introdujo el divorcio como forma de disolución del matrimonio y sus efectos, se ha discutido acerca de la posibilidad de atribuir las denominadas segundas residencias en el curso del procedimiento matrimonial. El art. 91 Código Civil solo permite al Juez, en defecto de acuerdo, o de no aprobación del acuerdo presentado, atribuir el uso de la vivienda familiar, siguiendo los criterios que establece el art. 96 CC. El art 774.4 Ley de Enjuiciamiento Civil reitera la misma regla. De donde debemos deducir que 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 acuerdo.

condición de vivienda familiar exclusivamente al inmueble donde residan ambos cónyuges, quedando excluida de esta protección la vivienda familiar tras la separación de hecho o fallecimiento de uno de los cónyuges.

Esta postura, en el caso de separación de hecho, permitiría al cónyuge titular que permaneciera en el uso de la vivienda tras el abandono de la misma por su consorte, disponer con plena libertad del inmueble sin tener que requerir de éste su asentimiento para la plena eficacia del negocio dispositivo, es decir, no tendría vigencia el art. 1320 CC.

Una situación idéntica se da en el caso de los preceptos que regulan las crisis matrimoniales, que sólo podrían favorecer al cónyuge no titular cuando continuara en el uso de la vivienda durante la crisis matrimonial¹⁰.

Para evitar estas situaciones, tras la separación de hecho debería seguir hablándose de vivienda familiar, pues de otro modo se frustrarían las medidas de protección del cónyuge más necesitado en los casos de crisis matrimonial. Así, el que hubiere abandonado la vivienda quedaría privado de la posibilidad de resultar adjudicatario de su uso en caso de necesitarlo¹¹.

¹⁰ GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, M.L.: «La vivienda familiar en situaciones...» en *El patrimonio familiar...*, 2005, pág. 271.

¹¹ En estos casos la Jurisprudencia entiende que hay que atender a dos criterios fundamentales que son: 1º el lapso de tiempo transcurrido desde el abandono de la vivienda, 2º las razones para el abandono. En supuestos de abandono previo voluntario y habiendo transcurrido un gran período de tiempo desde el mismo, puede entenderse que el inmueble ha perdido e carácter de vivienda familiar, así lo establece la SAP Barcelona (sección 18ª) de 28 de septiembre de 2010 (JUR 2010/385925), en este caso la mujer había abandonado la vivienda durante dos años. Sin embargo, si el periodo del previo abandono es corto (SAP Murcia (sección 1ª) de 5 de octubre de 2004 (JUR 2005/70101), si es un abandono pasajero o transitorio o si es un abandono motivado por una tensión insostenible como en la SAP Las Palmas (sección 3ª) de 16 de julio de 2003 (JUR 2004/24661), en la que la mujer no reside en el domicilio porque se vio obligada a abandonarlo en contra de su voluntad por el trato vejatorio inferido por el demandado, debe entenderse que no por ello existe desafectación del carácter de vivienda familiar ni previa renuncia al derecho a su uso. Cuando el abandono es posterior a la atribución judicial también hay resoluciones que entienden que su no utilización como alojamiento permanente puede dar lugar al cambio de atribución del uso de dicha vivienda a favor del otro progenitor, como pone de relieve la SAP de Valladolid (sección 3ª) de 17 de marzo de 2005 (JUR 2005/895998), en la que inicialmente el uso fue atribuido a los hijos y a la madre custodia y, sin embargo, habitaban en otro domicilio, no utilizando la vivienda familiar desde hacía varios años; en cambio el padre carecía de otra vivienda propia, viéndose

4. Protección de la vivienda familiar.

El Código Civil, con la finalidad de proteger la vivienda familiar y favorecer el interés de la familia, adopta el sistema de limitación de facultades de disposición. Así, a tenor de lo establecido en el art. 1320 CC, para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. Por su parte, el art. 96 IV obliga al titular de la vivienda a contar con el consentimiento de su consorte, adjudicatario del uso de la misma, para la realización de cualquier acto de disposición que se refiera a este inmueble. No es así en caso de que resulte adjudicatario del inmueble el titular del mismo, que puede disponer de la vivienda con plena libertad sin el consentimiento de su consorte.

5. Naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar.

Respecto a esta cuestión voy a hacer una breve consideración, únicamente para aclarar que aunque el TS llegó a mantener que se trataba de un derecho real en su Sentencia de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10136)¹², actualmente se considera como un derecho de carácter familiar, tal y como indica el propio TS en la Sentencia de 14 de enero de 2010 (RJ 2010/2323) que por su interés reproduzco textualmente: «de la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es

obligado a alquilar una mermando así sus escasos recursos económicos, por lo que la AP consideró oportuno cambiar el uso del domicilio familiar a favor del padre.

¹² Del mismo modo la STS de 18 de octubre de 1994 (RJ 1994/7722).

inscribible en el Registro de la Propiedad RDGRN de 10 de octubre de 2008». De esta forma, con esta Sentencia, queda claro que aunque en un principio se calificó como derecho real por el TS, posteriormente cambió de criterio, considerándose hoy día como un derecho de carácter familiar¹³.

II. CRISIS MATRIMONIAL. ASIGNACIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Cabe destacar, en primer lugar, que para que pueda hablarse de crisis matrimonial es condición indispensable la existencia de un matrimonio.

Sin embargo, la Jurisprudencia en muchos casos ha ampliado la solución del art. 96 CC a las parejas no casadas¹⁴. En mi opinión, no creo que sea una solución correcta puesto que muchas veces si los convivientes de hecho no están casados es precisamente para no verse sometidos a las obligaciones que del matrimonio se derivan. La mejor solución posible a este problema sería regular de forma particular estas situaciones, ya que no deberían aplicarse las soluciones previstas para la institución del matrimonio a una situación no matrimonial.

Por lo que respecta a la separación de hecho, ésta tiene como principal consecuencia que los esposos dejan de vivir juntos, ya que normalmente uno de ellos abandona voluntaria o provocadamente la vivienda habitual de la familia. Se trata de un cese en la convivencia familiar pero esto es una situación fáctica y no jurídica, por ello la vivienda no pierde el calificativo de familiar y sigue sujeta a las prescripciones del art. 1320 CC. Por lo que respecta a la atribución del uso de la vivienda que hasta el momento había sido la habitual de la familia, no cabe la asignación judicial¹⁵, ya que se trata de un conflicto familiar que no ha trascendido a los Tribunales de Justicia, por lo que cualquier situación queda a la voluntad de los cónyuges.

¹³ IGLESIAS REINA, M.: *Custodia compartida y vivienda familiar*. Máster universitario en derecho privado. Universidad Complutense de Madrid, septiembre de 2013, pág. 65.

¹⁴ Así, la Sentencia del TS de 1 de abril de 2011 (RJ 2011/3139) aplica por analogía el art. 96 CC; del mismo modo, la Sentencia del TS de 10 de marzo de 1998 (RJ 1998/1272) aplica el mismo art. 96 CC pero no por analogía sino porque es aplicable el principio general que se deriva del mismo que consiste en la protección al conviviente perjudicado, de esta forma atribuyó el uso de la vivienda familiar a la conviviente por un plazo de 10 años.

¹⁵ Los cónyuges no pueden solicitar al Juez la atribución de la vivienda porque no se ha acudido a los Tribunales, para que esto fuera posible tendría al menos que solicitarse la separación judicial.

A raíz de esto, centraremos este estudio, por tanto, en los supuestos de nulidad, separación judicial y divorcio.

En las crisis matrimoniales el concepto de vivienda familiar se mantiene íntegramente, ya que es precisamente su carácter familiar lo que permite la atribución del uso a uno solo de los cónyuges, y es esta naturaleza la que impide que se pueda disponer de ella sin el consentimiento de ambas partes o de autorización judicial. Así, la vivienda seguirá siendo familiar a pesar de la crisis que afecte al matrimonio¹⁶.

La atribución de la vivienda familiar tiene por objeto salvaguardar los derechos del menor y concretamente el derecho de habitación y podrá establecerse pese a no haberse solicitado en la demanda, porque es una forma de protección que se aplica con independencia del régimen económico o de la titularidad acordada por sus propietarios¹⁷.

En principio podría pensarse que el uso de la vivienda familiar correspondería al cónyuge titular. Sin embargo, el legislador ha entendido que el cónyuge no titular también ha de poder optar a seguir residiendo en la misma. Esto es así porque sobre la vivienda familiar priman los intereses familiares sobre los particulares de cada cónyuge.

Hay tres momentos para poder atribuir el uso de la vivienda familiar, en primer lugar, cabe la posibilidad de su atribución antes de presentar la demanda de nulidad, separación o divorcio; en este caso hablaríamos de medidas previas reguladas en el art. 104 CC¹⁸ y el procedimiento para su adopción se recoge en el art. 771 LEC.

Si no se presenta la demanda respectiva ante el Juez o Tribunal competente en el plazo de treinta días, tal y como indica el art. 104 CC, la medida previa quedará sin efecto, salvo que se pida una prórroga si se demuestra que la no imposición de la demanda no se debe a causas imputables al solicitante. También quedará sin efecto cuando la demanda presentada sea inadmitida¹⁹.

¹⁶ ELORRIAGA DE BONIS, F: *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 464.

¹⁷ STS de 26 de abril de 2012 (RJ 2012/6102) y 21 de mayo de 2012 (RJ 2012/6532).

¹⁸ Art. 104 CC: «el cónyuge titular que se proponga demandar de nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los artículos anteriores» añade que «estos efectos y medidas sólo subsistirán si dentro de los treinta días siguientes a contar desde que fueron inicialmente adoptados se presenta la demanda ante el juez o tribunal competente».

¹⁹El Auto de la AP de Barcelona (sección 12ª) de 28 de enero de 2010 (JUR 2010/104546) admite las medidas previas solicitadas por el recurrente, presentadas con la demanda; en su día fueron inadmitidas por no cumplir los requisitos del art. 771 LEC, ya que se presentaron coetáneamente con la demanda y no

Otra posibilidad es la atribución del uso de la vivienda una vez que ya se haya presentado la demanda a través de las medidas provisionales, reguladas en el art. 103.2º CC²⁰. El Juez puede decidir mantener las medidas acordadas previamente, modificarlas o proceder en ese momento a su adopción porque no se hubieran acordado antes y así lo hubieran solicitado el cónyuge demandante o el demandado en la contestación a la demanda.

El marco temporal en el que se ubican estas medidas es el período que media entre la admisión de la demanda y la resolución del pleito por sentencia en la que serán sustituidas por las definitivas. También pueden quedar sin efecto tras la terminación del pleito por otros motivos como la reconciliación de los cónyuges.

Los criterios para la asignación de uso de la vivienda en esta fase son, en primer lugar, el acuerdo al que pudieran haber llegado los cónyuges y, en su defecto, la concesión de la vivienda que haga el Juez.

Por último, también puede atribuirse la vivienda familiar en la sentencia de nulidad, separación o divorcio. Aunque se atribuya mediante la sentencia, estas medidas pueden modificarse tal y como se desprende de los artículos 90 y 91 CC que establecen que las resoluciones y acuerdos que puedan haberse tomado en esta etapa procesal, pueden ser corregidos, alterados o modificados cuando cambien sustancialmente las circunstancias que los motivaron.

III. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LAS MEDIDAS DEFINITIVAS.

Dentro de las medidas definitivas se diferencian dos posibilidades: que la atribución se haga en base a un convenio regulador acordado por los cónyuges o que sea el juez el que decida.

de forma previa, pero por ser su contenido el mismo que el de las medidas provisionales o coetáneas, debían haberse admitido estas medidas pero no como medidas previas sino como medidas provisionales propiamente dichas.

²⁰Art. 103.2º CC: «admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges, aprobado judicialmente, adoptará con audiencia de éstos, las medidas siguientes: determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en uso de la vivienda familiar, y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno»

1. Criterios convencionales. El convenio regulador.

El convenio regulador es el negocio jurídico por el cual los cónyuges aprueban las medidas definitivas de su separación, nulidad y divorcio, pudiendo también formar parte de su contenido las medidas provisionales a aplicar durante la tramitación del procedimiento. Al convenio regulador se refiere el art. 90 CC, en el que se establece un contenido mínimo, imprescindible para obtener la aprobación del Juez que entiende del procedimiento²¹.

Cuando se trata de fijar definitivamente los efectos de la nulidad, separación o divorcio, el acuerdo de los cónyuges, plasmado en el convenio regulador, constituye la primera fuente de regulación y se prefiere sobre los demás criterios porque siempre se acepta mejor la solución cuando es uno mismo quien decide su situación y no cuando decide un tercero ajeno al problema (el Juez)²².

Sin embargo, la autonomía de la voluntad de las partes está condicionada en un doble sentido. En primer lugar, respecto al propio otorgamiento del mismo, que resulta obligatorio en ciertos casos como requisito de admisibilidad de la demanda de separación o divorcio presentada por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro²³. En segundo lugar, la libertad de los cónyuges a la hora de pactar sus estipulaciones sufre restricciones derivadas de la ausencia de daño para los hijos o grave perjuicio para uno de los cónyuges a que alude el art. 90 CC²⁴. También habría que

²¹ Concretamente el apartado C de este artículo hace mención a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

²² SJPI nº 3 de Pamplona (Navarra) de 28 de noviembre de 2013 (JUR 2014/134633) en la que se aprueba el convenio regulador presentado por ambos cónyuges; también la SJPI de Medio Cudeyo (Cantabria) de 31 de marzo de 2011 (JUR 2014/92623) aprueba el convenio que presentan los cónyuges.

²³ Fuera de estos casos, la presentación del convenio es meramente facultativa para las partes.

²⁴ Así, por ejemplo, la SAP de Asturias (sección 4ª) 17 de abril del 2000 (TOL 4.085.489) rechazó una cláusula de un acuerdo en el que se adjudicaba el uso de la vivienda familiar a la mujer por habersele concedido la custodia de la hija del matrimonio, y en el que se preveía asimismo que tal derecho quedaría extinguido si la adjudicataria contraía un nuevo matrimonio o convivía maritalmente con una persona del género masculino. La AP entendió que este convenio era dañoso para la hija desde el momento en que podía acarrear la privación de la vivienda y, por ello, sacar a la joven del entorno donde había venido residiendo toda su vida. Por ello finalmente aprueba el convenio con excepción del inciso final de la estipulación quinta de la que se suprime la posibilidad de extinción del derecho de uso de la vivienda familiar si la mujer contrae nuevas nupcias o convive maritalmente con otro hombre.

mencionar que el precepto exige unos contenidos mínimos como requisito para su homologación posterior²⁵.

En cuanto a la forma que ha de adoptar el convenio, ésta no se concreta ni en la legislación civil ni en la procesal, aunque, en los casos en que el convenio es presupuesto para la admisibilidad de la demanda, parece claro que éste ha de presentarse por escrito. Así se deduce del art. 777.2 LEC que establece que a la demanda por la que se inicie el procedimiento debe acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho. En los procesos contenciosos, las partes podrán someter a conocimiento del tribunal cualquier clase de acuerdos a que hubieran llegado respecto a las consecuencias de su crisis matrimonial e incluso es posible que estos pactos puedan alcanzarse también durante el procedimiento en la vista del juicio si no lo hubieran hecho antes.

En la práctica existen también acuerdos específicos, que en realidad son más bien proyectos de convenio regulador, firmados por las partes, pero no ratificados judicialmente, por desavenencias posteriores²⁶.

El último de los requisitos es la homologación judicial que exige que sean garantizados varios extremos, sobre todo, su accesibilidad al Registro de la propiedad para que la atribución del uso pueda ser oponible *erga omnes*. Esto implica la admisibilidad de cualquier derecho real que garantice durante el tiempo que sea preciso la satisfacción de la necesidad de alojamiento de los hijos o del cónyuge en situación de necesidad si no fuera el titular de la vivienda.

²⁵ GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, M.L.: «La vivienda familiar en situaciones...» en *El patrimonio familiar...*, 2005, pág. 323.

²⁶ A este respecto cabe señalar la SAP Madrid (sección 22ª) de 13 de marzo de 1998 (AC 1998/5155) en la que se considera que, aunque el acuerdo al que llegaron inicialmente los litigantes no puede calificarse de convenio regulador al no sancionarse judicialmente por incomparecencia de la esposa, ambos litigantes habían llegado a un acuerdo inicial de carácter familiar y, como contrapartida a dicha cesión la esposa, percibe en dicho acto a la firma de tal acuerdo, la suma de 5 millones de pesetas. A este acuerdo debe darse validez al amparo del art. 96 CC, al prevalecer dicho acuerdo inicial de las partes, pues la atribución del domicilio familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, no se trata de una medida imperativa y de aplicación automática, sino que ello dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso. Esto es así porque es contrario a la buena fe lucrarse con un acuerdo y luego reclamar interés más necesitado de protección.

2. Criterios legales.

En defecto de acuerdo, o en caso de no aprobación del mismo, el juez deberá determinar en la sentencia que pone fin al procedimiento de separación, nulidad o divorcio las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio y la liquidación del régimen económico, así como las cautelas y garantías que procedan (arts. 91 CC y 774.4 LEC).

Los criterios que deciden la atribución judicial del uso de la vivienda a uno de los cónyuges se encuentran concretados legalmente en el art. 96 CC²⁷.

Este artículo establece a quién corresponde atribuir la vivienda familiar en los distintos supuestos que puedan presentarse, es decir, habiendo o no habiendo hijos en la familia, aunque, como se verá a continuación, es incompleto puesto que hay situaciones que no regula:

- 96. I: «...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».
- 96. II. «Cuando alguno de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el juez resolverá lo procedente».
- 96. III. «No habiendo hijos, podrá acordarse de 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».

Como puede observarse en la redacción de este artículo, no se dice nada de los supuestos de custodia compartida, por ello a continuación voy a centrarme en analizar este supuesto en particular puesto que al ser el de más reciente implantación es el que más problemas o dificultades puede plantear a la hora de determinar la atribución de la vivienda. Para poder entender mejor este supuesto, en primer lugar, me referiré al concepto de custodia compartida y su regulación para, posteriormente, hacer mención a los criterios para su adopción y su evolución, y ya, por último, centrarme en lo que constituye el tema central del presente trabajo que es la atribución de la vivienda familiar. Por supuesto, no puede hablarse de este tema sin efectuar una referencia

²⁷ En esta atribución debe prescindirse de la eventual culpabilidad o inocencia que le sea imputable al cónyuge en el origen de la crisis matrimonial

también al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia.

IV. CUSTODIA COMPARTIDA.

1. Concepto y regulación.

El concepto de guarda y custodia se vincula con la noción de atención y cuidado del menor que se tiene en compañía, ejercido mediante la convivencia más o menos permanente con el hijo. En situación crítica, rota la convivencia entre los progenitores, la determinación de la guarda y custodia de los hijos menores plantea la alternativa de si este concreto aspecto del ejercicio de la patria potestad debe serle atribuido a uno sólo de ellos (o quizá, en situación excepcional, incluso a un tercero como, por ejemplo, los abuelos²⁸), por consiguiente de manera individual o exclusiva, o si, por el contrario, procede la llamada guarda y custodia compartida, modalidad ésta última que actualmente, desde la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, ofrece una mínima aunque básica regulación legal²⁹. La guarda y custodia de los menores se reduce al derecho-deber de “tenerlos en su compañía”, mientras que la patria potestad constituye una noción más amplia de derechos, deberes y facultades que traen causa directa en la filiación. Es decir, la patria potestad es un concepto más general, y la

²⁸ La STS de 29 de marzo de 2001 (RJ 2001/9852), otorga la guarda y custodia a los abuelos maternos. En principio se atribuyó a la madre que residía con sus padres, pero, posteriormente, debido a su trabajo y a su relación sentimental con otro hombre casado y con hijos, se hizo muy difícil hacerse cargo de su hija, teniendo que pasar la menor de una familia a otra. Por estas circunstancias de inestabilidad tanto de la madre como de la hija, los abuelos solicitaron la custodia de la menor que finalmente les fue atribuida. En el mismo sentido, la SAP de Asturias (sección 6ª) de 17 de septiembre de 2007 (JUR 2008/50750) en la que se otorga la custodia a los abuelos paternos por no estar capacitados los padres de los menores, si bien, esta custodia está condicionada a que el padre de los menores abandone el domicilio de sus padres puesto que no se considera conveniente que esté con sus hijos debido a que este es un caso de violencia familiar.

²⁹ CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C.: «La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio». *Actualidad civil*, nº 15, quincena del 1 al 15 de septiembre de 2007, pág. 1738.

guarda y custodia es un concepto más especial, que aparece ante la realidad de la falta de convivencia de los hijos con cualesquiera de sus padres³⁰.

Es importante señalar que aunque la guarda y custodia se atribuyese en exclusiva a un progenitor, no quiere decir que se limitara la patria potestad que seguirá ejerciéndose de forma conjunta; así se desprende del art. 92. 1 CC a cuyo tenor la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. Como consecuencia de ello, las decisiones importantes relativas a los hijos comunes deberán adoptarse de común acuerdo independientemente del régimen de custodia establecido (exclusiva o compartida)³¹. La diferencia que se establece en relación a la custodia compartida, aparte de que los hijos convivirán con ambos progenitores alternativamente, es que en la guarda y custodia compartida los padres (ambos progenitores) van a poder participar en las decisiones propias de la vida cotidiana del menor, mientras que en la exclusiva sólo corresponden al progenitor custodio. Es decir, con la guarda y custodia compartida participarían ambos en las decisiones cotidianas del menor, mientras que con la exclusiva en las decisiones cotidianas solo participaría el progenitor custodio, participando ambos en las decisiones importantes y relevantes en la vida del menor.

En tiempos todavía cercanos era usual optar por la atribución de la guarda y custodia exclusiva a la madre, prácticamente de forma unánime salvo que se considerara a la madre culpable del divorcio³². Paulatinamente se supera esta situación y se comienza a reconocer una idéntica aptitud de los padres como progenitores custodios pudiendo atribuir la custodia tanto a la madre como al padre.

³⁰ RIVERA ÁLVAREZ, J.M.: «La custodia compartida: génesis del nuevo art. 92 del Código Civil», *Cuadernos de trabajo social*, volumen 18, Universidad Complutense de Madrid, 2005, pág. 140.

³¹ En este sentido puede verse la STS de 26 de octubre de 2012 (RJ 2012/9730) en la que madre por motivos laborales tiene que desplazarse al extranjero y decide, por ostentar la custodia exclusiva, cambiar el domicilio de la menor. Ante esta situación el TS se pronuncia diciendo que el cambio de domicilio de la menor al extranjero no puede ampararse en una decisión unilateral de la madre por ostentar ésta la guarda y custodia sino que es una acción que se deriva de la patria potestad y por tanto compete a ambos padres.

³² A modo de ejemplo pueden citarse la STS de 2 de mayo de 1983 (RJ 1983/2619), donde se priva a la madre del contacto con sus hijos menores por su «adulterio, vida de vituperio y de ignominia y sevicias»; y la STS de 31 de mayo de 1983 (RJ 1983/2955), por la que se atribuye la custodia de las cuatro hijas comunes al padre, declarada culpable la esposa de la separación matrimonial.

Posteriormente, ya en el año 2005 entró en vigor la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio y es esta Ley la que reconoce legalmente la custodia compartida³³. Aunque hay que señalar que, incluso antes de la entrada en vigor de la misma, ya había resoluciones que establecían este régimen de custodia³⁴. Esto era posible por la amplia fórmula normativa del art. 92.2 CC con arreglo al cual las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años. Sin embargo, su adopción, en la práctica, ha sido excepcional por considerar que esta modalidad supone una alteración sustancial de los hábitos de conducta del niño provocando una inseguridad e inestabilidad en el mismo³⁵.

Con la Ley de 8 de julio de 2005 se modificó el art. 92.5 CC que queda redactado del siguiente modo: «se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos». Previsión que se relaciona con el apartado 8 del mismo artículo que

³³ En la Exposición de Motivos de dicha Ley se expresa que «los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad».

³⁴ Así la SAP de Girona (sección 2ª) de 28 de febrero de 2001 (JUR 2001/320026) estableció que el régimen de custodia compartida era lo mejor para la hija menor, pasando una semana con cada progenitor. Este régimen ya se venía ejerciendo anteriormente, la AP lo mantiene en base a que «ha comportado en ella una concentración afectiva en ambos progenitores, con ausencia de sentimientos de abandono o indiferencia que se traducen en una personalidad alegre y tranquila, con reflejo en sus logros escolares y de relación, síntomas de un alto índice de autoestima». En parecido sentido la Sentencia del Juzgado de Primera instancia nº1 de Vinaroz de 4 de febrero de 2003, que también estimó la custodia compartida, contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación y la AP de Castellón confirmó el régimen de custodia compartida; otro ejemplo es la SAP de Castellón (sección 3ª) de 10 de abril de 2003 (AC 2003/846) que confirma el régimen de custodia compartida adoptado por la sentencia de instancia.

³⁵ Vid. PORCEL GONZÁLEZ, I.: *La guarda y custodia compartida de los hijos. Comentarios a la ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio*. Trabajo final de carrera, Universitat Abat Oliba CEU, Barcelona, 2011, pág. 23.

dispone que «excepcionalmente³⁶, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable³⁷ del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor».

Por tanto, según la redacción vigente del precepto, para que pueda adoptarse la guarda y custodia compartida será necesario que ambos progenitores así lo soliciten, ya sea en el convenio regulador o en el transcurso del procedimiento³⁸; o, excepcionalmente, que solicitándolo solo uno de ellos³⁹, el juez lo acuerde.

³⁶ La STS de 22 de julio de 2011 (RJ 2011/5676) interpreta el término “excepcionalmente” estableciendo que «la excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el Art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla "fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor". De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la "excepcionalidad", a que se refiere el art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla».

³⁷ El inciso «favorable» contenido en el apartado 8.º del artículo 92, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha sido declarado inconstitucional y nulo por Sentencia TC (Pleno) de 17 de octubre de 2012, por ser contrario a los arts. 117.3 y 24 CE. El TC declara que la «la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal *ex art.* 92.8 CC debe ser declarada contraria a lo dispuesto en el art. 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el casos de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida» así mismo añade que «la denegación del ejercicio de la guardia compartida debida a la vinculación del juez al dictamen del Fiscal, conforme al procedimiento establecido en la ley 15/2005, de 8 de julio, supone la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, pues aunque la actuación del Ministerio Público está prevista para asegurar el interés de los hijos menores, el hecho de que el pronunciamiento judicial se haga depender de tal dictamen, menoscaba de facto el derecho a obtener una resolución sobre el fondo.

³⁸ Pero, aunque el precepto diga «se acordará», y pueda parecer por ello imperativo para el órgano judicial, no es así exactamente, ya que el juez no está obligado en todo caso a aprobar la propuesta de convenio regulador presentada por los progenitores, sino que podrá estimar su improcedencia en aquellos supuestos en los que considere que las medidas acordadas por los padres lesionan, o pudieran lesionar, el interés de los hijos menores. En este sentido CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C.: «La determinación en la guarda y custodia...» *Actualidad civil*, 2007, pág. 1738.

³⁹ A este respecto puede verse la STS de 19 de abril de 2012 (RJ 2012/5909), conforme a la cual para que pueda adoptarse dicho régimen, es necesario que, por lo menos, una de las partes lo solicite.

1.1 El interés superior del menor.

Como en el resto de supuestos estudiados, en las crisis matrimoniales, para optar por un régimen de custodia compartida o no, se atiende siempre al interés más necesitado de protección, que en concepto del derecho de familia es siempre el interés del menor⁴⁰. Esto no quiere decir que no haya otros intereses a tener en cuenta, como son los intereses de los progenitores, pero en caso de colisión de unos y otros prevalecerá siempre el del menor (*favor filii*). Que sea el interés del menor lo que debe de tenerse en cuenta por encima de los demás es una premisa básica del derecho de familia que viene recogida en varios textos legales, incluso internacionales; así por ejemplo la Convención para los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 en su art. 9.3 establece que «los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté

⁴⁰ Hay que tener presente que, con fecha 24 de abril de 2014, se han presentado sendos Anteproyectos de Ley (Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia y Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de protección a la Infancia) que aluden especialmente al interés del menor. Los cambios introducidos en esta Ley desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, así como su derecho a ser oído y escuchado. Asimismo, se posibilita la aportación de datos personales para ayudar a hacer efectiva la protección del menor y se regula el ingreso de menores en centros de menores con trastornos de conducta y las actuaciones e intervenciones que en ellos se pueden realizar. La primera novedad, es el desarrollo del contenido del derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones. Por ello, para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general nº 14 de 29 de mayo de 2013 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño. Así, manifiesta que «todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. Por ello, como principio básico en la aplicación de la presente Ley y demás normas que le afecten, así como en todas las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales o los órganos legislativos, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir». Insiste en esa idea en el apartado 4 al expresar que «en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes y en caso de no ser posible, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

Mediante la modificación del artículo 9, se desarrolla de forma más detallada el derecho fundamental del menor a ser oído sin que pueda existir discriminación por razón de la edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia.

separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño» o el art. 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre del 2000: «Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses».

Esta protección internacional es compatible con la regulación nacional. De este modo, cabe señalar que el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor dispone que «primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir», idea en la que insiste el Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Protección a la infancia, concretamente en su artículo 2.

Igualmente este principio se pone de relieve en varios pronunciamientos judiciales. A modo de ejemplo puede citarse la STS de 12 de mayo de 2011 (RJ 2011/3280) que establece que «el interés eminente del menor consiste, en términos jurídicos, en salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad. En el fondo, no es otra cosa que asegurarle la protección que merece todo ciudadano en el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo como persona singular y como integrante de los grupos sociales en que se mueve, y en el deber de los poderes públicos de remover todo obstáculo que se oponga al completo y armónico desarrollo de su personalidad». Esta Sentencia, en su fundamento de derecho tercero, remite a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 2008 (RTC 2008/176) en la que se expresa que «el interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste. En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en

la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada»⁴¹.

1.2 Custodia compartida en casos de conflictividad entre los progenitores.

Evidentemente este régimen de custodia resulta más factible en los casos en los que exista una buena relación entre los padres y puedan llegar a acuerdos en todo lo concerniente a sus hijos. Sin embargo, como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (sección 1ª) de 8 de marzo de 2010 (RJ 2010/4018), «no puede sostenerse de forma automática que ante una situación de conflictividad no pueda optarse por la guarda y custodia compartida. En cada caso, deberá examinarse su pertinencia, con la finalidad de valorar lo más adecuado para los intereses de los menores, no el de los padres». Y ello porque, las relaciones entre los cónyuges, por sí solas, no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en determinantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor⁴², como sucede en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos⁴³, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento «sin que ello signifique, sin embargo, que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no deba procurarse su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas, teniendo en cuenta la edad de los hijos, el horario laboral o profesional de los progenitores, la proximidad del lugar de residencia de ambos progenitores, la disponibilidad por éstos de una residencia adecuada para

⁴¹ A modo de ejemplo puede citarse también la STC de 29 de mayo del 2000 (RTC 2000/141), en la que se le había restringido el régimen de visitas al padre por entender la madre que profesaba una religión perjudicial para los hijos. Ante esta situación recurrió el padre basándose en la protección que garantiza el art. 16.1 CE. En la Sentencia mencionada se dice que «frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el "interés superior" de los menores de edad».

⁴² STS de 22 de julio de 2011 (RJ 2011/ 5676).

⁴³ Vid. SSTSJC 29/2008, de 31 de julio (RJ 2009/643); 24/2009, de 25 de junio (RJ 2010/2369).

tener consigo a los hijos, el tiempo libre o de vacaciones, la opinión de los menores al respecto, u otras circunstancias similares, teniendo siempre en cuenta el preferente interés de los menores».

En conclusión, solo una conflictividad extrema, especialmente si hay malos tratos, puede ser causa de denegación de la guarda y custodia compartida; pero, por otro lado, no puede desecharse frente a cualquier grado de conflictividad, ya que habrá de valorarse en cada caso concreto.

En mi opinión, esta es una solución acertada puesto que los hijos no tienen porqué sufrir las consecuencias ni los efectos negativos de la mala relación de sus padres sino, al contrario, los padres deberán intentar que su mala relación no se haga notoria a sus hijos y encargarse de que los mismos reciban por igual los cuidados tanto de uno como de otro progenitor, puesto que eso les beneficiará en su desarrollo y afectará positivamente en su esfera psicosocial.

1.3 Criterios para acordarla y excepcionalidad de la misma.

En primer lugar, como ya he mencionado anteriormente, lo primero que hay que tener en cuenta es el acuerdo de los progenitores, que puede realizarse en el convenio regulador o en el transcurso del procedimiento y, a falta de acuerdo, será el juez el que pueda imponer este tipo de custodia⁴⁴. Conviene hacer referencia en este punto a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013 (RJ 2013/3269) que fija doctrina jurisprudencial respecto a los criterios para acordar la custodia compartida. De este modo expresa el TS «que la interpretación de los arts. 92.5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la

⁴⁴ A este respecto puede verse la STS de 10 de enero de 2012 (RJ 2012/3642) en la que se recuerda, en el Fundamento de Derecho 3º, que la custodia compartida puede determinarse por el juez en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores; y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz.

práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven»⁴⁵.

En relación a esta Sentencia del TS conviene destacar también que desde su incorporación al articulado del Código Civil, por la Ley de 8 de julio de 2005, la custodia compartida ha sido una medida excepcional y subsidiaria⁴⁶. Sin embargo, dicha Sentencia estableció que este tipo de custodia no era subsidiaria sino preferente, concretamente se pronuncia en los siguientes términos: «la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea». Por tanto, no cabe duda, que desde el 29 de abril de 2013 se adopta la custodia compartida como preferente frente a la individual, porque así lo ha dicho el TS.

Pero aunque esto sea así actualmente, ya antes de esta referida Sentencia, había legislaciones autonómicas que contemplaban este tipo de custodia como preferente, así la Comunidad Autónoma de Aragón aprobó la Ley 2/2010, de 8 de junio, de igualdad en relaciones familiares ante ruptura de convivencia de padres de Aragón que en su Exposición de Motivos se «prevé como sistema preferente la guarda y custodia compartida de los hijos, para favorecer su mejor interés, con el fin de mantener los lazos de afectividad y la relación continuada con ambos padres, pero ello, siempre y cuando, fuere ese el régimen más conveniente para el menor», lo que se corrobora en el art. 6-2 de la misma, al señalar «salvo que la custodia individual sea más conveniente»⁴⁷. Del mismo modo, en Cataluña se aprobó la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que otorga preferencia a la custodia compartida. Así, en su Preámbulo se dice que «la coparentalidad y el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas reflejan materialmente el interés del hijo por continuar manteniendo una relación estable con los dos progenitores. La igualdad de derechos y deberes entre los progenitores elimina las

⁴⁵ STS de 29 de abril de 2013 (RJ 2013/3269).

⁴⁶ Así lo establece la SAP de Santa Cruz de Tenerife (sección 1ª) de 21 de septiembre de 2009 (JUR 2009/484211); contra la que se interpuso recurso de casación ante el TS que confirma la excepcionalidad de la medida (STS de 19 de abril de 2012 -RJ 2012/5909-).

⁴⁷ STSJ de Aragón (sección 1ª) de 15 de diciembre de 2011 (RJ 2012/55), considera preferente la custodia compartida y es el régimen que finalmente adopta.

dinámicas de ganadores y perdedores, y favorece la colaboración en los aspectos afectivos, educativos y económicos», también se desprende esta preferencia de su art. 233-10.2 a cuyo tenor «la autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo». Igualmente hay que mencionar a la Comunidad Valenciana que aprobó la Ley 2/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que declara de manera expresa en su Preámbulo la prevalencia de la custodia compartida. Así dispone que «la presente ley considera necesario hacer conscientes a los progenitores sobre la necesidad e importancia de pactar, en caso de ruptura o de no convivencia, un régimen equitativo de relaciones con sus hijos e hijas menores en lo que se ha denominado el “pacto de convivencia familiar” y, cuando no sea posible alcanzar ese pacto, establecer la convivencia con los hijos e hijas menores, compartida por ambos progenitores, como criterio prevalente en caso de que sea la autoridad judicial la que deba fijar las condiciones de dicho régimen»; esto se observa perfectamente en la redacción de su art. 5.2 con arreglo al cual «como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos»⁴⁸. Por su parte, en Navarra, la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, no establece de forma preferente la custodia compartida sino que deja al criterio judicial

⁴⁸ PORCEL GONZÁLEZ, I.: *La guarda y custodia compartida de los hijos. Comentarios...*, Barcelona, 2011, pág. 39 a 41. Como ejemplo de la aplicación de esta Ley pueden mencionarse algunos pronunciamientos judiciales como la SAP de Castellón (sección 2ª) de 12 de noviembre de 2013 (JUR 2014/120093) en la que se acuerda la custodia compartida por ser el régimen preferente no siendo obstáculo para ello «ni la oposición de uno de los progenitores, ni las malas relaciones entre ellos»; o la SAP de Castellón (sección 2ª) de 10 de octubre de 2012 (JUR 2013/18642) en la que, igualmente, se acuerda la custodia compartida diciendo que «debe preceptivamente establecerse con carácter general un régimen de guarda y custodia compartida, salvo que existan razones muy justificadas que hagan que se considere necesario, en atención al interés superior del menor, excepcionar dicha regla o principio general de preferencia de la custodia compartida»; la SAP de Alicante (sección 4ª) de 27 de septiembre de 2012 (JUR 2013/19787) en la que a raíz de la Ley de 2011 se adopta la custodia compartida por ser ésta preferente respecto a la custodia exclusiva.

libertad a la hora de adoptar la custodia individual o la compartida sin que se precise que la soliciten ambos cónyuges de común acuerdo.

Además de las leyes autonómicas previamente enumeradas, resulta obligado hacer mención al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, con el que se elimina la preferencia por la custodia monoparental siendo el juez el que tiene que decidir en cada caso concreto⁴⁹, que más adelante procederé a analizar.

2. Periodos de convivencia entre los hijos y sus progenitores.

Establecer los lapsos de tiempo de convivencia adecuados de los hijos con cada uno de sus progenitores es una labor que corresponde en exclusiva a los operadores jurídicos (en caso de no existir acuerdo entre las partes, pues de haberlo, primará éste, siempre que se respete el interés de los menores) teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada caso concreto, puesto que no hay ninguna norma que determine el tiempo adecuado que deben permanecer los hijos con sus padres, ni en el Código Civil ni en la normativa autonómica.

La Jurisprudencia ha optado por diversas soluciones, de este modo se han establecido períodos de alternancia de dos días con cada progenitor⁵⁰, períodos de seis días con cada progenitor⁵¹, períodos semanales⁵², quincenales⁵³, mensuales⁵⁴, cada dos

⁴⁹ La Exposición de Motivos (V) de este texto expresa que «la introducción del artículo 92 bis del Código Civil tiene como objeto regular los cambios necesarios para conseguir un sistema legal donde desaparezcan las rigideces y las preferencias por la custodia monoparental del actual artículo, pero sin establecer la custodia y guarda compartida como preferente o general, debiendo ser el Juez en cada caso concreto, y siempre actuando, no en interés de los progenitores, sino en interés de los hijos, quien determine si es mejor un régimen u otro, y quien regule los distintos aspectos y el contenido de las relaciones parentales, sin que la guarda y custodia compartida implique necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia, debiendo existir, en todo caso, una asistencia real a los hijos. Se regula, pues, la guarda y custodia compartida, no como un régimen excepcional, sino como una medida que se puede adoptar por el Juez, si lo considera conveniente, para la protección del interés superior de los hijos, a instancia de uno de los progenitores, si el otro también insta la guarda y custodia para sí, aun cuando no medie acuerdo entre ellos. Excepcionalmente, aunque ninguno de los dos progenitores solicitase su ejercicio compartido, el Juez podrá acordarlo si con ello se protege adecuadamente el interés superior de los hijos».

⁵⁰ SAP de Navarra (sección 2ª) de 19 de febrero de 2014 (JUR 2014/103293).

⁵¹ SJPI de Gijón (Asturias) nº 8 de 22 de junio de 2010 (AC 2010/1257).

meses (bimensuales)⁵⁵, o incluso, aunque esto ya me parece excesivo, han llegado a establecerse periodos de seis meses con cada progenitor⁵⁶.

El juez encargado, deberá valorar todas las circunstancias relativas a la familia para establecer la situación que mejor proteja el interés del menor o de los menores.

A este respecto, aunque como he dicho la legislación española no regula esta cuestión, me parece interesante desatacar un dato y es que el Consejo de Derechos del Niño de Maryland (EEUU) ha creado una tabla orientativa en la que se prevé los lapsos de tiempo de convivencia según la edad de los menores⁵⁷:

Edad	Frecuencia del contacto con ambos padres
Menos de 1 año	Una parte de cada día (mañana o tarde)
De 1 a 2 años	Días alternos
De 2 a 5 años	No más de 2 días seguidos sin ver a ambos padres
De 5 a 9 años	Alternancia semanal con medio día de convivencia con el progenitor no conviviente
Más de 9 años	Alternancia semana.

Todo esto teniendo en cuenta que en el caso de que existan diversos hermanos con distintas edades esto se complicaría, además de tener que respetar el principio de no separar a los hermanos.

Personalmente no considero aplicable esta tabla de edades porque, en una materia casuística como es esta, creo que lo más correcto y menos perjudicial para el menor, que es el interés que se pretende proteger, sería valorar todas las circunstancias de cada familia en concreto, tales como los horarios de los padres y de los menores, los recursos con que cuenta cada progenitor, etc., para así establecer la mejor solución de acuerdo al

⁵² SAP de Alicante (sección 9ª) de 29 de abril de 2014 (JUR 2014/199004); SAP de Valencia (sección 10ª) de 19 de junio de 2014 (JUR 2014/200764); SAP de Castellón (sección 2ª) de 7 de enero de 2013 (JUR 2013/152089).

⁵³ SAP de Valencia (sección 10ª) de 21 de febrero de 2011 (JUR 2011/76122); SAP de Barcelona (sección 12ª) de 11 de marzo de 2013 (JUR 2013/169985).

⁵⁴ STSJ de Aragón (sección 1ª) de 30 de abril de 2013 (RJ 2013/4812).

⁵⁵ SAP de Zaragoza (sección 2ª) de 11 de junio de 2013 (JUR 2013/220016).

⁵⁶ SJPI de Gijón (Asturias) nº 8 de 3 de octubre de 2008 (AC 2008/1963).

⁵⁷ GONZÁLEZ-ESPADA RAMÍREZ, S.: *La guarda y custodia compartida. Una nueva institución de derecho de familia en España*, Trabajo final de máster en derecho de familia, Universidad Autónoma de Barcelona, 2013, pág. 81.

interés del menor; en todo caso, podría servir como una tabla orientativa, pero no como criterio obligatorio de aplicación.

Como ya he dicho, habrán de valorarse todas las circunstancias, pero creo que el mejor sistema, en general, es el reparto semanal o, en todo caso, quincenal, puesto que no es un lapso ni demasiado largo ni demasiado corto, por lo que no trastornará la vida del menor; aunque en caso de menores de muy corta edad habría que acortar este período, para que puedan establecer vínculos afectivos con ambos progenitores más fácilmente.

3. Atribución del uso de la vivienda familiar.

La atribución de la vivienda presenta, en la actualidad, uno de los principales motivos de discordia entre los cónyuges, debido principalmente a la crisis económica por la que estamos pasando. Esto es así porque la atribución a uno de ellos supone que el otro tenga que adquirir otra vivienda o pagar la renta de otra, además de (en la mayoría de los casos) seguir pagando la hipoteca por la que está gravada la vivienda familiar. Esto supone muchos gastos a ese cónyuge al que no se le ha atribuido el uso de la vivienda y por eso ambos casi siempre reclaman para sí la atribución de la vivienda familiar; lo que actualmente, con la regulación existente, supone obstáculos para optar por el régimen de custodia compartida. Esto es así porque el art. 96.1 impone de manera automática la atribución de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, por eso el cónyuge que cree que tiene más posibilidades de quedarse con los hijos no va a optar por una custodia compartida, sabiendo que si opta por una custodia exclusiva y finalmente se queda con los hijos, también va a poder disfrutar de la vivienda familiar; por tanto, la automaticidad de aplicación del art. 96.1 supone un obstáculo para acordar, por parte de los progenitores, la custodia compartida de sus hijos⁵⁸.

⁵⁸ ESCUDERO BERZAL, B.: «Custodia compartida: atribución de la vivienda familiar», *Comunitania, revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, nº 6, julio de 2013, págs. 39-40. En el mismo sentido se pronuncia GONZÁLEZ MARTÍNEZ, E. L.: *La custodia compartida, síndrome de alienación parental e interés del menor (trabajo de investigación)*. I Curso de Experto en Derecho de Familia organizado por la Universidad Internacional de Andalucía en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga, Málaga, 2009, pág. 48.

En cuanto a este criterio de atribución previsto en el art. 96.1 CC, cabe hacer algunas consideraciones ya que, aunque su redacción parece indicar que se trata de una aplicación automática, hay otras posibles interpretaciones. En principio, se considera un criterio decisivo de atribución de forma automática al progenitor que quede en compañía de los hijos, por ello algunas Sentencias han señalado que la atribución de la vivienda familiar al cónyuge y a los hijos que queden a su cuidado es imperativa⁵⁹.

El criterio automático de atribución parece prescindir del parámetro de necesidad de vivienda de los cónyuges. En concreto, aunque el cónyuge no titular (de la vivienda familiar) custodio sea titular de otra vivienda, no supondrá ningún obstáculo para la atribución de la vivienda familiar cuando le ha sido atribuida la custodia de sus hijos. Lo que justificaría tal atribución es la conveniencia que para los hijos supone seguir residiendo en el mismo lugar⁶⁰.

Por contraposición a esta postura, existe una corriente doctrinal⁶¹ que propone permitir siempre al juez la ponderación de todos los intereses concurrentes, para decidir, tras la oportuna valoración, cuál de ellos es el más necesitado de protección y merece continuar en el uso y disfrute de la vivienda familiar.

La idea esencial de esta propuesta consiste en hacer una interpretación finalista y sistemática del art. 96 con el art. 103.2 CC: de este modo, cuando el legislador afronta el problema de la atribución del uso de la vivienda familiar está pensando, como principio que debe inspirar los criterios de atribución en «el interés familiar más

⁵⁹ STS de 26 de abril de 2012 (RJ 2012/6102) en la que se dice que «esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio». Las SSTS de 14 de abril de 2011 (RJ 2011/3590) y de 30 de septiembre de 2011 (RJ 2011/7387) se pronuncian de forma similar.

⁶⁰ Lo que pretende, por tanto, el artículo 96 del CC, según la Sentencia de 17 de junio de 2013 (RJ 2013/4375), al atribuir la vivienda al progenitor con quien los hijos conviven, es evitar que a la separación de los padres que amenaza su bienestar se sume la pérdida de la vivienda en la que han convivido hasta el momento de la ruptura de sus padres con evidente repercusión en su crecimiento, desarrollo y nivel de relaciones.

⁶¹ Vid., a título meramente ejemplificativo, GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: «A vueltas con la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos comunes (6 de octubre de 2010)» en *El Derecho (grupo Francis Lefebvre)* http://www.elderecho.com/tribuna/civil/vueltas-atribucion-vivienda-familiar-comunes_11_184555003.html; LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, M.C.: «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial» en : *El derecho de familia ante la crisis económica: la liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 283.

necesitado de protección», como se desprende del art. 103.2 CC, pero al abordar dicha medida en el art. 96 CC presume que ese interés se halla en los hijos del matrimonio, e indirectamente, en el cónyuge en que se confía la guarda de éstos, cuando todos los hijos se confían a un solo progenitor. Ahora bien, al descansar la determinación del art. 96.1 CC en una presunción legal, no constituye tal párrafo un obstáculo para que el uso de la vivienda familiar pueda atribuirse al cónyuge apartado de los hijos, cuando, atendidas las circunstancias, su interés resulte o llegue a ser con el tiempo, incluso bajo la minoría de edad de los hijos, el más necesitado de protección. Así, se estima que la aplicación automática del art. 96.1 CC debe ser matizada y será dependiente de que exista una necesidad inmediata de seguir ocupando la vivienda familiar por parte de los hijos como presupuesto básico, de forma que, si tal necesidad no se da por estar cubierta de otra forma razonable y digna, que permite respetar la intimidad y deseo de vida independiente, decae la premisa básica asociada al efecto de la norma⁶².

Actualmente ya ha habido Sentencias que respaldan esta posición, ya que el Tribunal Supremo considera como criterio determinante en la interpretación y aplicación de este precepto la satisfacción del interés de los menores en habitar una vivienda, de forma que, si ya está cubierto adecuadamente de otro modo, no es exigencia ineludible para el juez atribuir el uso de la que fue familiar al progenitor que conviva con ellos⁶³.

En mi opinión, el apartado primero del art. 96, en los términos en que aparece redactado, sería un precepto de aplicación automática, imperativa. Esto no quiere decir que esté de acuerdo con ello, sino al contrario, creo que su aplicación automática puede dar lugar a situaciones muy injustas puesto que podría darse el caso de que tras la crisis se atribuya el uso de la vivienda al progenitor no titular del inmueble en cuya compañía queden los hijos, pese a tener este último a su disposición otra u otras viviendas en las inmediaciones del domicilio conyugal, o los casos en que el progenitor custodio dispone de unos recursos económicos muy superiores a los del no custodio y posibilidades de acceder a una vivienda de similares características al domicilio conyugal; en las inmediaciones de éste y que, no obstante, permanece en la vivienda familiar cuyo uso le

⁶² PINTO ANDRADE, C.: «La atribución judicial de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad», *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 30, mayo de 2013, págs. 15 y 16.

⁶³ La STS de 5 de noviembre de 2012 (RJ 2012/10135), legitima la decisión de atribuir la vivienda al padre porque la madre, titular de la custodia, había adquirido otra vivienda idónea para la satisfacción de la necesidad de habitación del hijo.

es atribuido con carácter indefinido. Por lo expuesto considero que la mejor solución es instar al poder legislativo a efectuar una reforma de este precepto para evitar estos problemas de interpretación. Reforma que se ha venido exigiendo en todos los Encuentros Institucionales de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia desde 2005⁶⁴.

Una vez señaladas estas consideraciones respecto a la automaticidad del art. 96.1 CC, procederé a centrarme en la atribución de la vivienda cuando se ha decidido la custodia compartida.

Con la custodia compartida los hijos van a estar un tiempo con uno de sus padres y otro periodo de tiempo con el otro progenitor, por tanto es más complicado adoptar una decisión respecto a la vivienda familiar ya que la modificación que se llevó a cabo con la Ley 15/2005, de 8 de julio, incluyendo en el Código Civil el régimen de custodia compartida, no afectó, sin embargo, al artículo 96. En consecuencia, el Código Civil no contiene ningún apartado que establezca de forma directa a quién corresponde la atribución de uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida. Ante esta

⁶⁴ En el II Encuentro celebrado en 2005 se señala: «Hubiera sido deseable la reforma del Art. 96 CC, en el sentido de que quedara garantizado siempre el derecho de habitación del menor, sin necesidad de que se imponga con carácter rígido la atribución del uso del domicilio familiar al progenitor con el que resida. La reforma (del año 2005 del CC) adolece de no haber alterado el sistema anterior para adaptarlo a las nuevas circunstancias sociológicas y a la institución de la custodia compartida por lo que se reclama una puntual modificación legal en este aspecto». En el III Encuentro celebrado en 2008 se insiste en que: «1º se propone la reforma del art. 96 CC, de forma que se proceda a una distribución del uso de la vivienda familiar entre las partes con plazos máximos legales de asignación y posible alternancia en el uso, atendidas las circunstancias mientras se realiza la liquidación. Los plazos legales serán razonables para evitar que la realización urgente o precipitada de la vivienda desmerezca o perjudique su valor de mercado». Y finalmente, en el IV Encuentro celebrado en 2009 se recalca nuevamente que: «a) Se propone la reforma del artículo 96 del Código Civil de forma que se proceda a una distribución del uso de la vivienda familiar entre las partes con plazos máximos legales de asignación y posible alternancia en el uso, atendidas las circunstancias, siempre que así se garantice el derecho de los hijos a habitar una vivienda en su entorno habitual. Dicha regulación debe comprender asimismo la concesión al Juez de amplias facultades para, salvaguardando el referido derecho de los hijos, acordar, en los casos de vivienda familiar de titularidad común de los progenitores, la realización de dicho inmueble, siempre a petición de alguna de las partes, mediante su venta a terceros o adjudicación a una de ellas, en línea con lo establecido en el artículo 43 de Código de Familia de Catalunya. La venta o adjudicación del inmueble sede de la vivienda familiar extinguirá automáticamente el derecho de uso constituido judicialmente».

situación podemos decir que estamos ante un vacío legal y por lo tanto habrá que aplicar el art. 96.2 en el que se atribuye al juez la potestad de que decida lo que estime procedente. La aplicación analógica de este artículo ya se propuso en el II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios con Abogados de la AEAFA, celebrado en Madrid en los días 23, 24 y 25 de noviembre de 2005, concretamente «que se procure evitar el automatismo del artículo 96 CC y que se aplique a la custodia compartida, por analogía, lo dispuesto en el art. 96.2».

Sin embargo, aunque el régimen común no se ocupe específicamente de la regulación de la atribución de la vivienda familiar en los supuestos de atribución de la custodia compartida a los progenitores, hay comunidades autónomas con Derecho Civil propio que sí lo hacen. Así, el Código Civil de Cataluña, en el art. 233-20, señala que cuando la guarda y custodia sea compartida, el juez debe atribuir la vivienda familiar al cónyuge más necesitado de protección, matizando, además, que esta atribución será de carácter temporal⁶⁵. El Código de Derecho Foral de Aragón establece que el uso de la vivienda se atribuirá al progenitor que tenga más dificultades de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares⁶⁶. También la Comunidad Valenciana, en la Ley 5/2011⁶⁷, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores

⁶⁵ Art. 233-20.3 del Código Civil de Cataluña: «No obstante lo establecido por el apartado 2, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado en los siguientes casos: Si la guarda de los hijos queda compartida o distribuida entre los progenitores (...)». El apartado 5 del mismo precepto establece: «La atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges, en los casos de los apartados 3 y 4, debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron (...)».

⁶⁶ Art. 81.1 del Código del Derecho Foral de Aragón: «En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares».

⁶⁷ Art. 6.1 de la Ley 5/2011: «A falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda (...)». Al igual que la legislación catalana, establece el carácter temporal de tal atribución en el apartado 3: «En los supuestos de los dos apartados anteriores, la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de

no convivan, atribuye el uso de la vivienda se en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, cuando fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda⁶⁸. La excepción la constituye la Ley Foral 3/2011 de Navarra, que, siguiendo la línea del Código Civil español, no prevé una regulación específica al respecto.

Dejando a un lado las leyes autonómicas, hay que tener en cuenta que generalmente la vivienda familiar es el bien máspreciado de una familia, y los dos progenitores que tiene la custodia compartida, son de igual condición y ostentan igual derecho para la asignación del uso. De manera que las decisiones judiciales tienen en cuenta fundamentalmente: la capacidad económica de cada uno de los progenitores⁶⁹ (para conocer si pueden hacerse con un inmueble en propiedad o en arrendamiento en las proximidades de la vivienda familiar); si algún progenitor puede habitar en una vivienda privativa, distinta de la familiar y cerca de ella⁷⁰; posibilidad de venta de la vivienda familiar y compra de dos viviendas cercanas⁷¹; asignación de uso de la vivienda a los hijos y rotativamente a cada progenitor cuando tenga en ese momento la custodia compartida⁷²; o la asignación a uno de los progenitores⁷³, cuando no pueda garantizar de

decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario».

⁶⁸ ESCUDERO BERZAL, B.: «Custodia compartida: atribución...» en *Comunitania...*, julio de 2013, pág. 51.

⁶⁹ En la SAP de Málaga (sección 7ª, Melilla) de 1 de diciembre de 2010 (JUR 2011/70163) se atribuye la vivienda a la mujer aunque ésta es propiedad exclusiva del marido, porque el marido tiene una alta capacidad económica, además de disfrutar de otras vivienda de su propiedad.

⁷⁰ La STSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2010 (RJ 2010/4016) establece que la vivienda es privativa del marido y, aunque posee una capacidad económica muy superior a la de la mujer, no se tiene en cuenta a efectos de atribución de la vivienda porque la mujer posee otra vivienda adecuada donde venía cumpliendo el régimen de visitas satisfactoriamente.

⁷¹ SAP de Zaragoza (sección 2ª) de 30 de junio de 2014 (JUR 2014/192338), en esta Sentencia se procede a acordar la venta de la vivienda familiar, pudiendo el marido ocuparla hasta el último día del mes de diciembre, salvo que se venda antes.

⁷² SJPI de Sevilla nº 7 de 8 de abril de 2011 (AC 2011/509), se atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos teniendo que rotar los progenitores en función de los periodos en los que les corresponde la custodia.

⁷³ Así la SAP de Girona (sección 1ª) de 26 de febrero de 2014 (JUR 2014/115097), atribuye a la mujer el uso de la vivienda porque está más necesitada de protección, ya que el marido vive en el domicilio de sus

otro modo el derecho de habitación de los hijos cuando los tenga en su compañía⁷⁴. Sin embargo, parece que la solución más respetuosa con el derecho de dominio del cónyuge, en caso de pertenecer la vivienda en propiedad a uno solo de ellos, es la atribución del uso al mismo, siempre que quede garantizado el derecho de habitación de los hijos cuando estén bajo la custodia del otro cónyuge. El problema surge cuando dicho derecho no puede ser garantizado, y en ese caso es posible que el juez disponga la atribución de uso por períodos alternos o que se atribuya temporalmente el uso exclusivo al cónyuge no titular⁷⁵. Hay que destacar que ese uso que se atribuya de la vivienda al no titular tiene que ser temporal y es que, siendo la vivienda propiedad exclusiva de uno de los cónyuges, si el uso se atribuye al otro por representar el interés más necesitado de protección, es lógico que la medida no puede extenderse por tiempo ilimitado, por su naturaleza gravosa para el titular⁷⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, según ESCUDERO BERZAL⁷⁷, caben tres pronunciamientos judiciales: 1) Que los hijos permanezcan en la vivienda habitual y sean los padres los que se desplacen en los periodos establecidos. En este caso la vivienda se atribuye a los hijos y al progenitor que en cada momento los tenga en su custodia. 2) Que sean los hijos los que cambien de domicilio. Por lo que respecta a la vivienda habrá que atenderse al cónyuge más necesitado de protección, estableciéndose un límite de tiempo en su atribución. 3) Que el Juez no asigne la vivienda a ninguno de los cónyuges, pudiendo proceder a la venta del mismo, con el fin de obtener cada uno los medios económicos necesarios para afrontar la custodia compartida. A continuación voy a pasar a analizar cada una de estas situaciones más detalladamente:

- Que se atribuya la vivienda a los hijos.

Según este criterio son los hijos los que se quedan de forma permanente en la vivienda familiar, siendo los padres los que tienen que cambiar de domicilio. Es decir,

padres y allí puede ejercer la custodia, mientras que la mujer no tiene otro domicilio donde poder llevar a cabo la custodia.

⁷⁴ DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: «Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar: análisis jurisprudencial». *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2012, nº 732, pág. 2305.

⁷⁵ *Ibidem*, pág. 2319.

⁷⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, A.: «Comentario al art. 96» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Comentarios al Código Civil (Tomo I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 1007.

⁷⁷ ESCUDERO BERZAL, B.: «Custodia compartida: atribución...» en *Comunitania*, 2013, pág. 50.

el cónyuge al que en cada momento le corresponda estar con los hijos será el que disfrute del uso de la vivienda familiar. Esta solución en un primer momento tuvo cierta acogida pero hoy en día se considera como la menos adecuada por ser antieconómica y por la difícil cabida que tienen en este sistema las nuevas parejas. En este sentido, la SAP de Barcelona de (sección 12ª) de 4 de julio de 2012 (JUR 2012/280482) considera que es «totalmente desaconsejable» o la SAP de Valencia (sección 10ª) de 2 de julio de 2012 (JUR 2012/308748) «desaconseja el uso alternativo de vivienda por problemas de índole prácticos que serán una fuente inagotable de conflictos»⁷⁸. Sin embargo, no faltan los pronunciamientos judiciales que se han manifestado a favor de esta solución, así, por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de primera Instancia, nº 7, de Sevilla de 8 de abril de 2011 (AC 2011/509) acuerda el uso alternativo de la vivienda familiar durante los trimestres en los que les corresponda la custodia de los hijos, al menos hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales y se venda la vivienda o se adjudique, previa compensación, a uno de los cotitulares⁷⁹. Para determinar tal atribución, según su fundamento jurídico 6º, se basa en lo siguiente: «no procede efectuar una atribución exclusiva, considerando que al no regir el privilegio de uso establecido en el art. 96 del Código Civil, en favor de ninguno de los cónyuges titulares del inmueble, regirán las reglas de disposición sentadas en el art. 394 del Código Civil, con respecto a los bienes ostentados en régimen de comunidad. Al menos, hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales y se venda la vivienda o se adjudique, previa compensación a uno de dichos cotitulares. Compatibilizando esa finalidad liquidativa con el derecho de los niños a seguir disfrutando del inmueble que les ha servido de morada, se estima que procede establecer un uso alternativo para cada progenitor durante los periodos (trimestres) que les corresponde asumir la función de garantes del cuidado y atención de sus hijos, el otro abandonar la vivienda durante ese tiempo».

⁷⁸ GONZÁLEZ-ESPADA RAMÍREZ, S.: *La guarda y custodia compartida. Una nueva...* Trabajo final de máster..., Universidad Autónoma de Barcelona, 2013, pág. 88.

⁷⁹ También puede citarse el Auto del Juzgado nº 8 de Gijón de 22 de junio de 2010 (AC 2010/1257) en el que se determina que sean los hijos los que permanezcan en el domicilio familiar y los progenitores tengan atribuido el uso mientras convivan con ellos, favoreciendo así la estabilidad de los menores. En el mismo sentido la SAP de Alicante (sección 4ª) de 31 de enero de 2014 (JUR 2014/119200); SJPI nº 8 de Gijón (Asturias), de 3 de octubre de 2008 (AC 2008/1963); SAP de Alicante (sección 4ª) de 31 de enero de 2014 (JUR 2010/119200).

Esta opción de otorgar el uso a los hijos es beneficiosa para ellos, en tanto que se mantiene una estabilidad y tranquilidad en el desarrollo de su vida y relaciones, ya que siguen viviendo en el mismo domicilio continuamente. En cambio, desde mi punto de vista, es una pésima alternativa para los progenitores puesto que es antieconómica ya que supone la existencia de tres viviendas; por un lado, la vivienda familiar a la que, por regla general, deberán contribuir los dos progenitores en el pago de la hipoteca y los gastos; y, por otro, lado la vivienda de cada uno de los progenitores cuando no les corresponda la custodia de los hijos. Además, sobre todo respecto a los gastos de la vivienda familiar, puede haber tensiones y conflictos entre los progenitores (por ejemplo, porque consideran que cuando uno está en el domicilio familiar se gasta mucho más que cuando está el otro, etc.) que en nada benefician al menor. Los posibles inconvenientes que puede presentar esta solución se observan de forma clara en la SAP de Barcelona (sección 12ª) de 1 de octubre de 2013 (JUR 2013/355890) que en su fundamento jurídico 2º establece que «este sistema, por sí mismo, no es ontológicamente desdeñable puesto que la realidad social muestra que se dan casos en los que puede funcionar, si bien, es cierto que compartir la vivienda en régimen de alternancia exige un alto nivel organizativo compartido en el ámbito de la intendencia doméstica que abarca desde las provisiones de suministros relativos a la alimentación, a los hábitos higiénicos de las personas. Exige, por otra parte, la tolerancia recíproca del desarrollo natural de las nuevas relaciones de pareja de quienes fueron cónyuges, y el que éstas se puedan adaptar a la vida trashumante que implica que cada semana se ha de producir la alternancia, compartiendo dormitorios, armarios, productos de limpieza, y un sin fin de elementos materiales de los que las personas suelen utilizar en su vida ordinaria. Basta con imaginar la evolución de una enfermedad que una de estas personas pueda padecer, cuando requiera tratamiento superior a la división semanal preestablecida. La casuística pone en evidencia que únicamente en casos en los que las circunstancias económicas imponen este sistema pueda funcionar con carácter extraordinario y, desde luego, en régimen de transitoriedad, mientras pueda encontrarse otra solución al problema. La práctica forense pone en evidencia que son pocos los casos en los que, realmente, se desarrolla de forma satisfactoria esta modalidad de casa nido, que exige un entendimiento perfecto entre los progenitores»⁸⁰.

⁸⁰ BETELU SEMINARIO, V.: *La guarda y custodia compartida de los hijos*, Trabajo fin de máster de acceso a la abogacía, Universidad Pública de Navarra, 2014, págs. 41 y 42.

Teniendo en cuenta lo anterior, DÍAZ MARTÍNEZ⁸¹, descarta que esta sea la mejor solución y sugiere la aplicación analógica del párrafo tercero del art. 96, de modo que sería la atención al interés del progenitor más necesitado de protección el criterio decisivo, a no ser que el interés preferente de los hijos aconseje que no salgan de la vivienda familiar y sean los progenitores los que, alternativamente, lo hagan (este caso podría darse en el supuesto de haber algún discapacitado con necesidades especiales y aquélla ya estuviera adaptada).

Dentro de esta opción cabe otra alternativa y es que en vez de existir tres viviendas, haya sólo dos. Esto es, que se atribuya el domicilio a los hijos y al progenitor que en cada momento ostente la guarda y custodia y haya otra vivienda que comparten los progenitores, en la que convivirá cada uno de ellos cuando no tenga la guarda y custodia de los menores. Solución que es acogida por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla nº 7 de 28 de enero de 2011 (54/2011) por la que se atribuye la vivienda familiar a los hijos, permaneciendo en la misma el progenitor que en cada momento tenga su custodia; además, por la superior situación económica del marido, se le impone la obligación de alquilar una vivienda cercana en la que residirá cuando no le corresponda la custodia y en la que además residirá la esposa cuando no le corresponda a ella la custodia de los hijos, es decir cuando sea el marido el que habite la vivienda familiar⁸².

- Atribución de la vivienda a uno solo de los progenitores y sean los hijos los que cambien de domicilio.

Este supuesto acontece cuando el cónyuge al que se le atribuya la vivienda no pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos cuando los tenga en su compañía, haciéndose en todo caso tal atribución con carácter temporal y hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, o extinción del condominio por un plazo de

⁸¹ DÍAZ MARTÍNEZ, A.: «Comentario al art. 96» en *Comentarios al Código Civil...*, Tirant lo Blanch, 2013, pág. 1007.

⁸² De modo similar se manifiesta la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón de 3 de octubre de 2008 (AC 2008/1963) por la que se atribuye el derecho de uso a los hijos y al progenitor que en cada momento ostente la guarda y custodia, y se autoriza al otro progenitor para que resida durante ese tiempo en otra vivienda del matrimonio en tanto no se venda.

tiempo razonable⁸³. Con esta opción serán los hijos los que tengan que cambiar de domicilio para estar con los dos progenitores. Esta solución también la han adoptado los tribunales en varias ocasiones, así, por ejemplo, puede citarse la SAP de Barcelona (sección 18ª) de 18 de septiembre de 2012 (JUR 2012/347835) que establece la atribución de la vivienda familiar al padre porque la capacidad o posibilidades económicas de ambos progenitores son similares (por tanto ninguno tiene un interés más necesitado de protección) y el domicilio es de titularidad exclusiva del padre, estando situado además en una finca en la que se halla otra vivienda ocupada por el hermano del mismo (y se entiende que no recibiría positivamente la presencia de la nueva pareja)⁸⁴.

Para MORENO VELASCO⁸⁵, esta solución, a efectos prácticos, puede identificarse con una custodia exclusiva de uno de los progenitores con un régimen amplísimo de comunicación y estancia.

A su vez, esta opción puede dividirse en dos: puede acordarse que, temporalmente, cambie el progenitor que se quede en la vivienda familiar⁸⁶ o que el progenitor que quede en la vivienda familiar sea siempre el mismo. En este último caso, para el autor es una solución justa que el progenitor que se quede en la vivienda familiar contribuya al pago del alquiler de la vivienda que debe ocupar el otro progenitor y que ambos contribuyan a los gastos de la vivienda familiar. Esta última consideración tiene sentido en la medida en que el progenitor que tiene que abandonar la vivienda familiar no se vea

⁸³ DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: «Custodia compartida y el derecho de uso...», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2012, pág. 2306.

⁸⁴ En la misma línea, la Sentencia del TSJ de Aragón (sección 1ª) de 30 de abril de 2013 (RJ 2013/4812) atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre porque tiene, objetivamente, más dificultades de acceso a una vivienda, limitando la duración de la misma a 3 años; la SAP de Murcia (sección 4ª) de 22 de diciembre (JUR 2012/8887) atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre por poseer el padre unos ingresos muy superiores y, por tanto, la madre tiene más dificultades económicas para alquilar o adquirir otra vivienda; por último, la SAP de Santa Cruz de Tenerife (sección 1ª) de 10 de junio de 2013 (JUR 2013/317947) le atribuye a la madre por ser el progenitor más necesitado de protección.

⁸⁵ MORENO VELASCO, V.: «La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y EE.UU». *Diario La Ley*, nº 7179, mayo de 2009, refª. D-183, pág. 1764.

⁸⁶ SJPI de Madrid, nº 28, de 19 de julio de 2007 (JUR 2007/276116); SAP de Valencia (sección 10ª) de 21 de febrero de 2011 (JUR 2011/76122); SAP de Santa Cruz de Tenerife (sección 1ª) de 7 de octubre de 2013 (JUR 2014/104379).

excesivamente perjudicado. Sin embargo, para poder llevarla a cabo es necesario que el progenitor beneficiario del uso disponga de los medios económicos suficientes (y puede que si la atribución se hizo en consideración a ser su interés el más necesitado de protección esto no sea posible) para contribuir a esos gastos y a los suyos propios manteniendo un nivel de vida digno tanto para sus hijos como para él mismo, en caso contrario creo que esta opción no podría efectuarse⁸⁷.

Con esta solución uno de los progenitores se quedará en la vivienda familiar y el otro tendrá que adquirir o arrendar otra, pero también podría pensarse que, si la familia contaba con más de una vivienda se atribuya la que se considera como familiar a uno de los progenitores y la otra vivienda al otro progenitor, aunque esta es la posición minoritaria, así, por ejemplo en la SAP de Madrid (sección 24ª) de 25 de mayo de 2001 (JUR 2001/262699) en la que se dice que, como el matrimonio poseía dos viviendas, la vivienda familiar se le atribuye a la esposa y la otra al esposo, siendo lo más adecuado para satisfacer todos los intereses en juego⁸⁸. Aunque esta opción, desde la Sentencia del TS de 9 de mayo de 2012 (RJ 2012/5137), no sería posible puesto que establece que 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 acuerdo. Por tanto, aunque en un principio hubo pronunciamientos judiciales que acogieron esta alternativa, desde el 2012, con la referida Sentencia del TS, no es posible atribuir una vivienda distinta a la vivienda familiar (sin acuerdo de las partes).

Como esta solución implica que los hijos se trasladen de domicilio, es conveniente que se cumplan unos requisitos mínimos, así el IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia⁸⁹, señala que uno de los presupuestos objetivos para favorecer el establecimiento de un régimen de custodia compartida es la «proximidad y/o compatibilidad geográfica de los domicilios de los progenitores, en los casos de custodia conjunta con domicilio rotatorio de los hijos en el de cada uno de progenitores»; de esta forma intentan reducirse los perjuicios que se generan para el

⁸⁷ MORENO VELASCO, V.: «La problemática del uso de la vivienda familiar...», *Diario La Ley*, 2009, refª. D-183, pág. 1764.

⁸⁸ Del mismo modo se pronuncia la SAP de Madrid (sección 24) de 13 de marzo de 2003 (JUR 2003/187703).

⁸⁹ VI jornadas nacionales de Magistrados, jueces de familia, fiscales y secretarios judiciales (Valencia 26, 27 y 28 de octubre de 2009).

menor por tener que trasladarse periódicamente del domicilio de un progenitor al del otro progenitor. Esta proximidad garantiza la estabilidad del entorno del menor, implica el mantenimiento de puntos de referencia tales como el colegio, acaso de la ruta escolar, del círculo de amistades del menor, pediatra, canguro, actividades extra-escolares... Incluso, aunque los domicilios estén en la misma ciudad, aunque no cercanos, podría ser adecuada la custodia compartida alternativa, que, sí en cambio parece desaconsejable en caso de residir en ciudades distintas (cambio de colegio, de entorno...)⁹⁰. Sin embargo, en ocasiones los tribunales la aconsejan incluso residiendo los progenitores en localidades distintas, así ocurre en la SAP de las Islas Baleares (sección 4ª) de 6 de septiembre de 2011 (JUR 2011/357925)⁹¹ que acuerda la custodia compartida viviendo los progenitores en ciudades separadas por una distancia de 20 kilómetros. Por lo que cabe concluir que la proximidad entre los domicilios no es un requisito indispensable pero sí conveniente.

Esta solución, en mi opinión, es mejor que la anterior, puesto que implica el mantenimiento de dos viviendas en vez de tres y considero que se darían menos conflictos entre los progenitores porque al residir cada uno en una vivienda distinta no habría discusiones sobre los gastos (diarios en la vivienda) que generan cada uno, ni sobre los objetos o distribución de los mismos en la vivienda común, puesto que no hay vivienda común; y al no haber tantos motivos de discusión entre los padres, repercute de manera positiva en los menores. No obstante esta opción no se encuentra exenta de inconvenientes, más que nada para los hijos, por la obligatoriedad de trasladarse de domicilio de un progenitor al del otro; y es que aunque se encuentren relativamente cercanos (ya he señalado que es aconsejable aunque, como se ha visto, no obligatorio)

⁹⁰ MARTÍN-CALERO GUILARTE, C.: «Criterios de atribución de la custodia compartida». *Indret revista para el análisis del derecho* (www.indret.com), Barcelona, julio 2010, pág. 16.

⁹¹ En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Alicante (sección 4ª) de 18 de abril de 2013 (TOL 3.892.502) pues, dado que la perito no considera un obstáculo insalvable la distancia de los domicilios donde se desarrollará la convivencia el del padre en Moraira y el de la madre en Campello, la Audiencia establece que el hecho de alternar la residencia en municipios distintos no ha de implicar necesariamente para los niños un cambio de hábitos, relaciones de amistad, familiares, etc. mayor que el que podrían experimentar si hubieran de vivir permanentemente en una gran ciudad. Además se señala que los desplazamientos que por razón de estudios se realicen, el colegio no se encuentra en ninguno de los domicilios sino en Alicante, que está más cerca del domicilio de la madre, pero desde el domicilio del padre cuentan con transporte escolar lo que supone que el trayecto no es mayor que el que realizan otros compañeros (pudiendo reducirse porque el padre realiza el mismo trayecto por razones laborales).

puede influir en sus hábitos de vida al no asentarse de manera permanente en ningún sitio. Pueden influir aspectos tales como la distancia del centro de estudios del menor, que si está mucho más cerca de un domicilio que del otro implicará un cambio en su horario ya que tendrá que levantarse más temprano; a simple vista puede parecer insignificante, pero en realidad no lo es tanto, porque estas situaciones pueden provocar un estrés en el menor ya que no se habitúa a unos horarios fijos (este inconveniente en concreto, creo que se daría en el caso de periodos de alternancia muy cortos entre los progenitores, por ejemplo correspondiendo la guarda y custodia a cada progenitor por el período de dos días como han establecido algunas sentencias)⁹². Teniendo esto en cuenta, creo que los perjuicios que puede suponer esta solución para los menores pueden paliarse, o por lo menos reducirse, estableciendo una alternancia con cada progenitor por períodos largos, o no demasiado cortos, ya que de esta forma no implicará un cambio tan brusco para el menor y sí podría conseguir estabilidad en su vida (por ejemplo periodos mensuales, quincenales o semanales, pero nunca por periodos inferiores a una semana).

Es necesario mencionar también que, respecto a esta opción, cabe otra posibilidad, cual es dividir materialmente la vivienda familiar en base a lo establecido en el art. 96 CC, según establece la STS de 30 de abril de 2012 (RJ 2012/5235). Sentencia que no aborda un caso de guarda y custodia compartida sino exclusiva a la madre (y patria potestad compartida) pero, a mi juicio, creo que es perfectamente aplicable a los supuestos de guarda y custodia compartida. En este caso el propietario de la vivienda es el marido y es quien solicita la división de la misma, pidiendo que se le atribuya a su mujer e hija la planta alta y a él la planta baja y el sótano, comprometiéndose él a separar ambas plantas para que tengan accesos independientes. A raíz de esta Sentencia, el TS acaba señalando la siguiente doctrina jurisprudencial: «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 sea posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad». Esta solución es viable siempre y cuando se cumplan tres requisitos: posibilidad material de división, que las viviendas resultantes sean habitables y tengan

⁹² SAP Navarra (sección 2ª) de 19 de febrero de 2014 (JUR 2014/103293), se atribuye la guarda y custodia de los hijos por períodos de dos días a cada progenitor.

autonomía funcional, y, finalmente, que no existan relaciones conflictivas entre los cónyuges.

Esto es jurídicamente posible porque en el ordenamiento español no se contiene ninguna previsión sobre la posibilidad de dividir el inmueble, pero tampoco se prohíbe. De todos modos, si la finalidad primordial que inspira y a que responde el art. 96 CC es la atribución del uso de la vivienda buscando la protección del interés más digno de protección (los hijos), y si el citado precepto no contiene un elenco tasado de soluciones posibles, parece que la división material puede tener engarce en dicha norma, aún cuando no esté expresamente regulado en su texto⁹³.

Por último, hay una cuestión controvertida en esta división y es quién tiene que hacerse cargo de los gastos ordinarios de cada una de las viviendas resultantes. En el caso presentado en la Sentencia, al ser el marido el titular de todo el edificio tendrá que seguir sufragando los gastos y cargas derivados de tal propiedad: los necesarios para la conservación del inmueble así como los tributos. Ahora bien, aunque en este caso no se establece, el juez podría haber fijado una cuantía a cargo del cónyuge atributivo del derecho de uso de parte de la vivienda como contribución a los gastos derivados de tal uso. En este caso la solución es esta porque no existe división horizontal de la propiedad, si hubiese esta división la solución dada cambiaría⁹⁴.

En mi opinión, en primer lugar, considero que puede aplicarse esta solución a los casos de custodia compartida igualmente que los de exclusiva porque como establece la propia Sentencia lo que se pretende es proteger el interés de los hijos y estando las dos viviendas “juntas” tienen más posibilidades de pasar tiempo con sus dos progenitores que, al fin y al cabo, creo que siempre es lo mejor para ellos. Además, creo que es muy beneficiosa tanto para los hijos, por lo que acabo de decir, además de porque no implicaría un cambio brusco en su forma de vida (de hecho provocaría un cambio mínimo) y para los progenitores puesto que es una solución económica ya que ninguno tiene que realizar gastos mayores de los que venía realizando en la situación de normal matrimonio. Esto, por supuesto, siempre que se den los requisitos que impone el TS, ya que si, por ejemplo, existe relación de conflictividad entre los cónyuges esta solución

⁹³LEGERÉN MOLINA, A.: «Sentencia de 30 de abril de 2012: Posibilidad de dividir materialmente la vivienda familiar en supuestos de crisis matrimonial en base a lo establecido por el artículo 96 CC». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 90, 2012, pág. 392.

⁹⁴*Ibidem*, Pág. 397.

sería inviable porque al tener conflictos y estar viviendo tan cerca acabaría afectando a los menores.

- Que no se adjudique la vivienda a ninguno de los cónyuges.

En este supuesto no se atribuirá el uso de la vivienda familiar a ninguno de los progenitores con objeto de evitar los conflictos y lograr acuerdos relativos a la realización del bien o autorizar cualquier acto de administración conjunta como por ejemplo, arrendar la vivienda o venderla que se presenta como la opción más adecuada, si el inmueble está gravado con una carga hipotecaria con largas y costosas amortizaciones cuyo pago resulta imposible de atender después de la ruptura familiar⁹⁵.

Con esta solución se pretende que los progenitores adquieran los medios económicos necesarios para poder hacer frente a la custodia compartida, por ejemplo, comprando o arrendando dos viviendas (una cada uno) para poder quedarse con sus hijos.

Esta opción también ha sido acogida por varias resoluciones jurisprudenciales como, por ejemplo, la SAP de Valencia (sección 10ª) de 21 de febrero de 2011 (JUR 2011/72122) en la que se impone la liquidación de la vivienda, bien adjudicándose a uno de los esposos, bien vendiéndola, en un plazo de 15 meses, durante los cuales será usada por la madre, y, transcurrido dicho plazo, será usada alternativamente hasta su venta por ambos progenitores⁹⁶. Para llegar a aplicar esta solución, en el fundamento jurídico 9º establece la Audiencia que «puestos a aplicar la rigidez de la norma del citado artículo 96, en los casos de custodia compartida como quiera que el uso de la vivienda es para los menores, en puridad habría que atribuir el uso de la vivienda

⁹⁵ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, E. L.: *La custodia compartida, síndrome de alienación parental e interés del menor (trabajo de investigación)*, I Curso de Experto en Derecho de Familia organizado por la Universidad Internacional de Andalucía en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga, Málaga, 2009, pág. 49; GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida”. *Revista la Ley*, 29 de junio de 2009, págs. 16-19.

⁹⁶ En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Zaragoza (sección 2ª) de 30 de junio de 2014 (JUR 2014/192338), en la que se establece que la vivienda familiar se pondrá a la venta pudiendo ocuparla el marido hasta el último día de diciembre de 2014, salvo que ésta se venda antes; la SAP de Zaragoza (sección 2ª) de 18 de marzo de 2014 (JUR 2014/98355) también prevé la venta de la vivienda familiar, si bien, atribuyendo a las hijas y a su madre el uso y disfrute de la misma por un período de 5 años, transcurrido el cual si no se ha vendido pasará a usarla las hijas y el padre.

conyugal a los hijos y a los progenitores de forma alterna en los periodos en que ostentasen la custodia, con lo cual 1º sería, seguro, fuente de conflictos y 2º cada cónyuge, para los períodos de tiempo en que no fuese el custodio, tendría que tener otra vivienda con lo cual serían tres, nada menos, las viviendas que habrían que tener otra vivienda con lo cual serían tres, nada menos, las viviendas que habrían que tener dichos progenitores. Ello no es, ni puede ser, lo querido por el Legislador, por lo que esta Sala estima que carece de la más pura lógica la aplicación e interpretación rígida de dicho precepto y en consecuencia estima debe acordarse que deben proceder las partes a la liquidación de la vivienda, bien adjudicándosela uno de los esposos bien vendiéndola en un plazo de 15 meses, durante los cuales será usada por la madre, y transcurrido dicho plazo será usada alternativamente hasta su venta por ambos progenitores».

Ahora bien, proceder a la venta de la vivienda también presenta un inconveniente y es que los menores van a dejar de habitar el que, hasta el momento, había constituido el domicilio, su hogar, cuando ya estaban familiarizados con él; sin embargo, no debe descartarse la ventaja que puede representar para el hijo el abandono de un hogar que ha sido permanentemente un verdadero campo de batalla de los padres. El alejamiento de un lugar ligado tan tristemente a dolorosos recuerdos puede beneficiar al menor en la medida que le produce una verdadera liberación⁹⁷.

Dejando aparte ese posible inconveniente, yo creo que es una buena solución en los casos en que la vivienda sea de propiedad de ambos cónyuges puesto que con su venta ninguno saldría más perjudicado ni más beneficiado que el otro y además se terminarían las tensiones que pudiesen existir entre ellos en relación al domicilio familiar.

4. Breve consideración a los problemas económicos derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar.

El hecho de que la vivienda familiar se atribuya a uno sólo de los progenitores puede acarrear muchísimos problemas y dificultades económicas para el otro progenitor no beneficiario.

En los supuestos en que la vivienda familiar fuese privativa de uno de los cónyuges, lo adecuado sería respetar el derecho de propiedad privada del cónyuge titular integrando una solución alternativa para satisfacer el derecho de habitación del menor

⁹⁷ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, E. L.: *La custodia compartida, síndrome de alienación.....*, Málaga, 2009, pág. 49.

sin perjudicar los derechos dominicales del progenitor titular de la vivienda. Pero si se da el caso de que el cónyuge no propietario tiene inferior capacidad económica y no puede adquirir de ninguna forma otra vivienda cercana al domicilio para desarrollar la guarda y custodia en los períodos que le corresponda, se le atribuirá a éste el uso de la vivienda y será el propietario de la misma el que deberá abandonar la vivienda de su propiedad y acceder a otra.

Esta solución supone una situación muy perjudicial para el propietario de la vivienda ya que siendo de su exclusiva propiedad no puede disfrutar de ella y además no se prevé ninguna compensación económica por la pérdida de ese uso; es decir, el que no es propietario puede residir gratuitamente en una vivienda que no es suya hasta que los hijos adquieran la mayoría de edad. Sin embargo esta solución no es unánime en todo el territorio español puesto que algunas leyes autonómicas establecen precisamente lo contrario. Así, puede citarse el derecho catalán, que en el art. 233-20.7 de su Código Civil, prevé que «tanto si la vivienda pertenece en todo o en parte al cónyuge no beneficiario, la atribución del uso de la vivienda, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge». De modo similar se pronuncia el derecho valenciano, en el art. 6.1 de la Ley 5/2011, al establecer que «en el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores».⁹⁸

Otra de las circunstancias que se deben tener en cuenta es el pago del préstamo hipotecario que puede recaer sobre la vivienda familiar. Sobre esta cuestión tiene una relevancia fundamental la STS de 28 de marzo de 2011 (RJ 2011/939) que establece doctrina jurisprudencial, e indica que «el pago de las cuotas correspondientes a la

⁹⁸ IGLESIAS REINA, M.: *Custodia compartida y...*, Universidad Complutense de Madrid, septiembre de 2013, págs. 92 y 93.

hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el art. 1362, 2º CC y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 CC»; por tanto, en caso de que la vivienda sea privativa de uno sólo deberá ser abonado íntegramente por el propietario de la vivienda, ya que no es carga matrimonial. Si a ello se le suma que este progenitor ha de abonar también una determinada renta para poder residir en una nueva vivienda, próxima a la familiar, además de hacer frente a la pensión de alimentos de los hijos y en su caso a la pensión compensatoria en favor de su ex-cónyuge, objetivamente, el coste económico del divorcio o separación resulta extraordinario para una parte y, como contrapartida, prácticamente gratuito para la otra⁹⁹.

Lo que quiero poner de relieve haciendo estas pequeñas menciones respecto a la falta de compensación del beneficiario al propietario y sobre el préstamo hipotecario, es que considero que se pueden dar situaciones extremadamente injustas, ya que, según la actual redacción del Código Civil, si se otorgara la custodia a uno sólo de los cónyuges y éste no fuera el propietario de la vivienda, le sería también atribuido el uso y disfrute de la misma teniendo el propietario que salir de su propia vivienda (lo mismo ocurre cuando sea guarda y custodia compartida y se atribuya la vivienda a uno sólo de los progenitores), teniendo que abonar una determinada cantidad mensual para acceder a otra vivienda y todo esto sin recibir ningún tipo de compensación de ningún tipo. Esto supondría que el propietario de la vivienda tuviese que hacer frente a todos los gastos (incluyendo los de la vivienda que habrá tenido que adquirir para vivir, ya que no puede disponer de la suya propia) mientras que el beneficiario de la vivienda familiar habitaría prácticamente de forma gratuita, teniendo que hacer frente únicamente a los gastos diarios derivados de su vida en dicha vivienda. Por lo que, desde mi punto de vista, debería establecerse algún tipo de compensación para el propietario que pierde el uso de la vivienda, tal y como ya han hecho legislaciones autonómicas como la catalana y valenciana.

⁹⁹ IGLESIAS REINA, M.: *Custodia compartida y vivienda...*, Universidad Complutense de Madrid, septiembre de 2013, pág. 94.

5. Comentario al Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, de 2014.

El 19 de julio de 2013, el Congreso de los Diputados aprobó el “anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio”. Este proyecto nace como consecuencia del anuncio que el Ministro de justicia, Alberto Ruíz Gallardón, hacía de impulsar un cambio en el Código Civil para "acabar con el rígido sistema monoparental" en separaciones y divorcios. Además el Ministro de Justicia se muestra a favor de la custodia compartida porque "favorece la continuidad en la vida familiar del niño tras una ruptura matrimonial", "reduce el fracaso escolar", "reduce el sentimiento de pérdida en los hijos" y "también el sentimiento de culpabilidad de los hijos".

Este Anteproyecto fue remitido, el 31 de julio de 2013, al Consejo Fiscal y al Consejo General del Poder Judicial, para que emitieran sus respectivos informes. El Consejo Fiscal emitió su informe el 13 de septiembre, mientras que el Pleno del CGPJ emitió el suyo el 19 de septiembre. Estos informe proponían una serie de cambios y corrección de errores sobre todo referentes a la redacción pues presentaba defectos de estilo, gramaticales y sintácticos. A raíz de ello, en 2014 se dio una nueva redacción y se cambió el título del mismo, pasando a denominarse “anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia”.

El Anteproyecto realiza una modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de otras leyes civiles. En relación a este trabajo sólo me centraré en la modificación del Código Civil, con ella se reforman varios artículos del mismo y se añade un art. 92 bis; voy a centrarme sólo en los artículos 92, 92 bis y 96 CC, que son los que mayor relación tienen con la materia objeto de estudio.

Este Anteproyecto, como pone de manifiesto su Exposición de Motivos, propone que desaparezcan las rigideces y las preferencias por la custodia monoparental del actual artículo 92, pero sin establecer la custodia y guarda compartida como preferente o general, debiendo ser el Juez en cada caso concreto, y siempre actuando, no en interés de los progenitores, sino en interés de los hijos, quien determine si es mejor un régimen u otro, y quien regule los distintos aspectos y el contenido de las relaciones parentales, sin que la guarda y custodia compartida implique necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero sí en un tiempo

adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia, debiendo existir, en todo caso, una asistencia real a los hijos; de tal forma que lo que ahora se conoce como régimen de visitas amplio y flexible, tales como fines de semana alternos desde el viernes hasta el lunes más una tarde a la semana con pernocta, pueden calificarse como custodia compartida¹⁰⁰.

Antes de referirme a los artículos mencionados, como lo primero que hay que tener en cuenta en las situaciones de crisis matrimonial, es el acuerdo que realizan los progenitores aprobado judicialmente, cabe mencionar que mediante el Anteproyecto se pretende una modificación del art. 90 CC referente al contenido del convenio, según el cual se introduce un plan de ejercicio de la patria potestad, que a juicio de la Fiscalía General del Estado parece acertado al considerar en su informe que «la introducción del plan de ejercicio de la patria potestad, con un contenido meticulado y minucioso, parece acertada, tanto en su denominación como en su detalle, que es de esperar redunde en una reducción de los conflictos, pues puede dar soluciones por anticipado a los problemas que con más frecuencia suelen plantearse, al tiempo que aclara algo que ya de *lege data* puede extraerse en una interpretación sistemática de la Ley: que el ejercicio de la patria potestad es conjunto aunque los padres vivan separados». Dejando a un lado esta aclaración procederé ya a analizar los preceptos anteriormente mencionados.

Hay un cambio fundamental respecto a la actual regulación de la custodia compartida en el CC y la que propone el Anteproyecto, y es que mientras actualmente se requiere acuerdo de los padres para adoptarla o por lo menos que lo solicite uno de ellos, con la implantación del art. 92 bis que pretende el Anteproyecto se permite que el juez establezca la guarda y custodia compartida sin que ninguno de los progenitores la haya solicitado, con tal de que ambos pidan la custodia exclusiva para sí mismos¹⁰¹. Esto es perfectamente posible, puesto que el hecho de que no exista acuerdo en cuanto a la constitución del régimen no quiere decir que no vaya a haber colaboración una vez

¹⁰⁰ SÁNCHEZ VIDANES, C.: «*Custodia compartida: situación actual y Anteproyecto de ley*» (8 de enero de 2014). Asociación libre de abogados (<http://ala.org.es/custodia-compartida-situacion-actual-y-anteproyecto-de-ley/>).

¹⁰¹ Esto se desprende la redacción del art. 92 bis: Podrá establecer, a instancia de uno de los progenitores, el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos si el otro progenitor también insta la guarda y custodia para sí, aun cuando no medie acuerdo entre ellos. Excepcionalmente, aunque ninguno de los progenitores solicite su ejercicio compartido, el Juez podrá acordarlo si con ello se protege adecuadamente el interés superior de los hijos.

instaurado; y por otro lado, en caso de configurarse el acuerdo como necesario para el establecimiento de la custodia compartida, el progenitor que más probabilidades tiene de obtener la custodia individual dispondría de una especie de “derecho de veto”, ya que si éste no quiere acordarla, no se establecerá la custodia compartida¹⁰².

Respecto a esta posibilidad, la Fiscalía General del Estado, en el informe que emitió, se muestra partidaria porque «lo decisivo es el interés del menor y teniendo presente que quien pide lo más (custodia individual) puede llegar a entenderse que pide lo menos (custodia compartida). Únicamente debería excluirse la constitución de la guarda compartida sin acuerdo solamente en el caso de que existiese consenso de los padres en el sistema de guarda individual, es decir, cuando estuvieran conformes en cuanto a quién debe ser guardador y quién debe ser titular del régimen de comunicación y estancia. También debiera excluirse la constitución de la guarda compartida sin acuerdo cuando uno de los progenitores hubiera explicitado su voluntad contraria a ejercer la guarda. Esta parece ser la *voluntas* del Anteproyecto cuando se refiere a la posibilidad de custodia compartida cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí».

Por el contrario el CGPJ, en su informe, no es partidario de esta posibilidad porque considera que, si ninguno de los cónyuges estiman pertinente el establecimiento del sistema de guarda conjunta que exige de aquéllos una especial predisposición para facilitar que las relaciones con los hijos se desarrollen de manera adecuada, tal dato alumbra un pronóstico desfavorable acerca de su funcionalidad, pues la actitud reacia de los principales protagonistas no augura una voluntad adecuada para mantener, en el futuro, la colaboración necesaria para que el ejercicio de las facultades tuitivas y educativas sea fructífero. Si ninguno de los padres solicita la implantación de este modelo es evidente que descartan esta opción por inadecuada al caso y, de ahí que resulte difícil entrever que el establecimiento del sistema compartido de custodia sea una opción que se acompace con la salvaguarda del superior interés del menor.

De esta forma la guarda y custodia compartida deja de ser excepcional, pero tampoco se considera preferente frente a la exclusiva sino que será el Juez, siempre velando por el interés superior del menor, el que ha de determinar qué régimen satisface

¹⁰² GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: «Comentarios a la regulación de la custodia compartida en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental. (1 de abril de 2014)» en *El Derecho (grupo Francis Lefebvre)* http://www.elderecho.com/tribuna/civil/custodia_compartida-corresponsabilidad_parental_11_712555002.html.

en mayor medida las necesidades del menor. Para ello habrá de recabar el informe del Ministerio Fiscal, que carece de carácter vinculante, así como las alegaciones de las partes, el dictamen de los expertos y los deseos expresados por el menor que tenga suficiente juicio.

Personalmente opino igual que la Fiscalía General y considero que será el Juez el que tenga que decidir, no siendo necesario que solicite la custodia compartida ninguno de los progenitores.

Además de esto, en el Anteproyecto, concretamente en el art. 92 bis.4, se recoge un catálogo de aspectos que el juez tendrá que valorar a la hora de decidir la guarda y custodia, cuestiones que no son recogidas actualmente en ningún precepto del Código Civil, por ello ha tenido que ser la jurisprudencia la que estableciera estas pautas, concretamente en la STS de 29 de abril de 2013 (RJ 2013/3269).

Por otro lado, en cuanto a las prohibiciones de establecer la guarda conjunta, aunque ya el vigente art. 92.7 CC establece que no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos; ni cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica; el Anteproyecto, en su art. 92 bis.5, va mucho más lejos al disponer que no procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal, tras lo cual será el Juez quien deba valorar si procede tal concesión. Tampoco se le atribuirá la guarda y custodia, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los atentados antes referidos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Y tampoco procederá cuando el Juez del procedimiento civil advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito.

Como se observa de las dos redacciones, actualmente si alguno de los padres está incurso en un proceso penal no podrá acordarse la custodia compartida, pero nada se dice respecto al régimen de comunicación o visitas, por lo que sí estaría permitido la comunicación con sus hijos; en cambio, el Anteproyecto es mucho más restrictivo al no permitir siquiera la comunicación, estancias o visitas entre los hijos y el progenitor que esté inmerso en un proceso penal.

Para valorar esta previsión debe partirse de la idea de que los menores tienen derecho a estar protegidos frente a comportamientos violentos. Incluso puede afirmarse que tienen derecho a no ser testigos de comportamientos violentos. En cambio, hay que tener presente que bajo la etiqueta violencia doméstica o de género se encuadran conductas de muy diversa gravedad, por lo que cualquier intento de simplificar o generalizar puede llevar a gravísimos errores en su aplicación. Uno de esos posibles errores es el de la generalización en la respuesta, el no distinguir suficientemente entre los diferentes tipos de violencia doméstica, o entre las diferentes gravedades y diferentes riesgos, y, por supuesto y como consecuencia directa, entre las distintas posibilidades de respuesta que cada caso requiere. Por tanto, debe dejarse al Juzgador un margen de maniobra muy superior al que el Anteproyecto le reconoce¹⁰³, y es que los menores, en principio, tienen derecho a mantener el contacto con ambos progenitores, este derecho sólo cede si se pone en peligro la salud física o psíquica del hijo¹⁰⁴.

Aunque todo el Anteproyecto supone modificaciones importantes, la más relevante, a efectos de este trabajo, es la relativa al art. 96 CC que se refiere a la atribución de la vivienda familiar. En su día cuando, en 2005, se introdujo la custodia compartida en el Código Civil, nada se dispuso sobre la atribución de la vivienda, quedando, a este respecto, un vacío legal que ha tenido que suplirse aplicando analógicamente el art. 96 II en el que se dispone que el juez resolverá lo procedente. Para paliar estas deficiencias en la regulación, y corregir los defectos con que actualmente cuenta el art. 96, el Anteproyecto hace una reforma integral de este precepto.

En primer lugar, comienza este artículo, en su redacción dada por el Anteproyecto, estableciendo que el juez acordará lo que considere procedente para la protección del interés superior de los hijos debiendo quedar garantizado su derecho a una vivienda. Respecto al actual apartado I de este artículo que dispone que, cuando la custodia sea

¹⁰³ Según establece la Fiscalía General del Estado en su informe emitido el 13 de septiembre de 2013.

¹⁰⁴ Así lo pone de relieve la STS de 9 de julio de 2002 (RJ 2002/5905).

exclusiva a uno de los progenitores, la vivienda se atribuirá, en defecto de acuerdo, a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, objeto de múltiples críticas, como ya se ha visto, se suprime y en su lugar se dispone que «el Juez atribuirá el uso de la vivienda familiar, de los enseres y del ajuar existente en la misma en atención a lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos, a criterios de necesidad y a la titularidad de la vivienda (art. 96.2)». De esta redacción se desprende que el Juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel progenitor que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos, objetivamente tuviere mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro progenitor a quien correspondiere la guarda y custodia tuviere medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los hijos y fuere compatible con el interés superior de éstos, esta posibilidad se contempla expresamente en el art. 96.2 II del Anteproyecto¹⁰⁵.

En el supuesto de que alguno de los hijos quede en compañía de un progenitor y los restantes en la del otro, al art. 96 únicamente dispone que el juez resolverá lo procedente; en cambio, el Anteproyecto (art. 96.2) establece que el juez resolverá atendiendo al interés más necesitado de protección. Aunque en la actual redacción del precepto no se establece expresamente, los tribunales suelen tener en cuenta, tal y como dispone el Anteproyecto, el interés más necesitado de protección, que puede referirse a los hijos más necesitados, al cónyuge más necesitado de protección y en caso de que ninguno precise una protección superior, se atiende a la titularidad de la vivienda.

En caso de que se establezca la guarda y custodia compartida, el actual art. 96 no prevé ninguna solución sobre la atribución de la vivienda, en cambio el Anteproyecto sí hace mención a este respecto en el art. 96.2. III que de forma literal dispone que «si la guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores y no fuera atribuido el uso de la vivienda familiar por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda». De este párrafo se desprende que el prelegislador ha optado por el criterio preferente de atribuir la vivienda por periodos alternos entre los dos progenitores y, en su defecto, se adjudicará al que tenga más dificultades de acceder a otra vivienda. Estas dos soluciones dadas, aunque actualmente no se recojan expresamente en el Código Civil, son dos de

¹⁰⁵ Si bien aunque este criterio no estuviera expresamente reconocido ya había sentencias que consideraban esta solución, así la STS de 5 de noviembre de 2012 (RJ 2012/10135), legitima la decisión de atribuir la vivienda al padre porque la madre, titular de la custodia, había adquirido otra vivienda idónea para la satisfacción de la necesidad de habitación del hijo.

las posibilidades que los tribunales adoptan para resolver estos casos aunque no se otorga preferencia a ninguna de ellas sobre la otra, como parece que sí hace el Anteproyecto, a tenor de la redacción dada del precepto.

En cuanto a la última situación que regula el art. 96, que es el caso de que no haya hijos, únicamente dispone que podrá atribuirse al cónyuge no titular siempre que las circunstancias lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección, añade además que esta atribución será temporal «por el tiempo que prudencialmente se fije». La regla general que se desprende de este artículo es que, si no hay descendencia, el uso se atribuye al titular de la vivienda, siendo ésta de uno solo de los cónyuges, cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio. La coincidencia entre titularidad y uso del inmueble simplifica las relaciones jurídicas, incluso con terceros y resulta más adecuada a la justicia material porque no se priva de la posibilidad de utilización a su propietario¹⁰⁶. El Anteproyecto, en este caso, opta por la misma solución ya que dispone, en el art. 96.2 IV, que «cuando no haya hijos o la custodia no le sea atribuida a ninguno de los progenitores el Juez, para atribuir el uso de la vivienda familiar, prestará especial atención a su titularidad y a criterios de necesidad».

El apartado 3 de este art. 96 del Anteproyecto tiene por objeto delimitar temporalmente la atribución de la vivienda familiar a uno de los progenitores, siempre que fuera un bien privativo del otro progenitor o común de ambos, solución que no se contempla en el actual art. 96 CC. Este precepto contempla dos posibilidades: la primera es que si se le atribuye la vivienda a uno sólo de los progenitores, por ostentar la guarda y custodia exclusiva o compartida de los hijos, y la vivienda fuera privativa del otro o común de ambos, tendrá el uso hasta que cese la obligación de prestarles alimentos; la segunda posibilidad es que siendo la vivienda de titularidad exclusiva de un progenitor o común de ambos, se atribuya al no titular pero no se haga tal atribución en consideración a la guarda y custodia de los hijos, es decir, que se le atribuya, por ejemplo, por representar el interés más necesitado de protección (y se otorgue la custodia al otro progenitor que garantiza que el derecho de vivienda de los hijos queda cubierto de otra forma), en estos casos el tiempo de atribución será por un máximo de dos años, pudiendo solicitar la prórroga por otro año más. Aunque en el actual art. 96 no se hacía mención expresa a la temporalidad (únicamente en su apartado III «por el

¹⁰⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, A.: «Comentario al art. 96» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Comentarios al...*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 1005.

tiempo que prudencialmente se fije»), la atribución se hacía de forma temporal, porque parecía injusto que se atribuyese la vivienda al cónyuge no titular por tiempo indefinido (excepto cuando existan hijos menores tal y como estableció el TS¹⁰⁷), aún así me parece correcto que el Anteproyecto lo regule de forma expresa y que además especifique el tiempo concreto.

El número 4 de este art. 96 redactado por el Anteproyecto expresa que la atribución de la vivienda a uno solo de los cónyuges se tendrá en cuenta a la hora de fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la pensión compensatoria; por tanto, el problema al que antes aludía respecto a que el beneficiario (no siendo el titular) pudiese residir en la vivienda prácticamente de forma gratuita, porque no se preveía ninguna compensación económica a su titular, queda solucionado o por lo menos reducido, porque aunque sigue sin preverse una compensación económica (que sí se prevé en la legislación valenciana), por lo menos se tendrá en cuenta a la hora de fijar las pensiones de alimentos y compensatoria. Además de esto, el apartado 5 hace mención expresa sobre a quién corresponderán los gastos ordinarios y de conservación, previsión que no regula el actual art. 96 CC y que a mí me parece necesaria para evitar posibles problemas, de este modo establece este apartado 5 que «mientras se mantenga la atribución de uso de la vivienda, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de la comunidad de propietarios y los suministros, y las tasas municipales correrán a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo el pago de los gastos extraordinarios y de los impuestos y arbitrios que recaigan sobre la vivienda a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título. Cuando se atribuya el uso de la vivienda a ambos cónyuges por periodos alternos, el abono de los gastos ordinarios será a cargo de aquél que los haya devengado, y los que no pudieren determinarse conforme a este criterio, en proporción al periodo que cada uno ocupare la vivienda».

¹⁰⁷ STS de 17 de junio de 2013 (RJ 2013/4375). En esta sentencia el TS establece que el artículo 96 del Código Civil no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor.

Por último, cabe mencionar que en cuanto al pago del préstamo hipotecario, otro de los problemas que anteriormente mencionaba brevemente, el Anteproyecto incorpora la doctrina del TS de su sentencia de 11 de marzo de 2011 (RJ 2011/939)¹⁰⁸, al establecer que «las cargas hipotecarias y las obligaciones contraídas por razón de la adquisición o mejora de la vivienda familiar, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deberán satisfacerse por los cónyuges deudores, de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución».

El Anteproyecto añade 3 apartados más (6, 7 y 8) que no procede ya comentar porque no constituyen el tema de este trabajo, simplemente mencionar que el apartado 6 se refiere a la situación de que los cónyuges poseyeran la vivienda mediante un título que no fuera la propiedad; el 7 al requisito necesario para disponer de la vivienda (ya contemplado en el actual art. 96 CC); y, por último, el 8 se refiere a la posibilidad de anotar el derecho de uso en el Registro de la Propiedad.

Personalmente considero que, en general, este Anteproyecto ha hecho una buena reforma de los artículos comentados, buena en el sentido de acertada, puesto que la opción de custodia compartida deja de ser excepcional y sobre todo, lo que más me ha llamado la atención es que por fin se ha hecho una modificación del art. 96 CC respecto a la automaticidad de la aplicación de su apartado I, que considero que era muy necesaria, además de que también se ha completado, al regular de forma expresa los criterios a tener en cuenta a la hora de atribuir el derecho de uso de la vivienda en las situaciones de custodia compartida o especificando la temporalidad de dicha atribución, que, si bien, ya se venía aplicando un uso temporal (excepto en el caso de hijos menores) no había ninguna norma que regulase específicamente dicha temporalidad, pudiéndose ocasionar dudas al respecto, que, como ya he dicho, con este Anteproyecto quedan resueltas. Sin embargo, aunque en general me parece bueno, he de señalar también que actualmente una de las posibilidades respecto a la atribución de uso de la vivienda familiar es que no se le atribuya a ninguno de los progenitores y se proceda, en cambio, a su venta, esta para mí era una de las mejores soluciones puesto que creo que es la más imparcial, por cuanto ni beneficia ni perjudica a ninguno de los dos en mayor grado que al otro; sin embargo esta solución no se contempla en el citado Anteproyecto.

¹⁰⁸ Esta Sentencia se pronuncia en los siguientes términos: «el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el art. 1362, 2º CC y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 CC».

Salvando esta cuestión, estoy de acuerdo con el resto modificaciones hechas y me parece además que era muy necesario hacerlas.

V. CONCLUSIONES.

En la actualidad se reconocen tres momentos para poder otorgar el uso de la vivienda familiar: antes de presentar la demanda de nulidad, separación o divorcio (medidas previas); una vez presentada la demanda (medidas provisionales); y por último en la sentencia de nulidad, separación o divorcio (medidas definitivas). Dentro de estas medidas definitivas hay dos criterios de asignación: criterios convencionales, se refiere al convenio regulador; o criterios legales recogidos expresamente en el art. 96 CC, aunque este art. 96 presenta bastantes deficiencias, además de estar incompleto porque no regula supuestos tan importantes como la custodia compartida.

Actualmente, aunque se reconozca la posibilidad de la custodia compartida, sigue prevaleciendo la exclusiva, puesto que la compartida se trata como una excepción, salvo en algunas comunidades autónomas que se establece la custodia compartida como preferente (Valencia, Cataluña o Aragón). Este defecto trata de subsanarse con el “Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia” que mantiene una postura neutra, es decir, no muestra preferencia por ningún tipo de custodia, porque lo que debe primar a la hora de decidir entre un tipo de custodia u otro es el interés del menor y difícilmente podrá respetarse ese interés si se subordina la aplicación de un régimen legal a otro, ya que esta materia no sigue un patrón común en todas las familias, sino que para poder garantizar la satisfacción de las necesidades del menor, y consecuentemente actuar respetando su interés, deberá atenderse a las circunstancias concretas de cada caso otorgando discrecionalidad al Juez para que valorando todas las variantes, establezca el régimen de custodia más adecuado.

A la hora de decantarse por uno u otro régimen de custodia debe prevalecer en todo momento el interés superior del menor, premisa básica del derecho de familia, es más, prácticamente es lo único que se tiene en cuenta. Sin embargo, con el Anteproyecto además del interés superior del menor, también se tendrá en cuenta los intereses del cónyuge con más dificultades para encontrar una nueva vivienda.

El acuerdo de ambos progenitores o por lo menos que uno de ellos lo solicite es esencial a la hora de poder otorgar el régimen de custodia compartida. Este acuerdo, en

la práctica, es muy difícil que se adopte, puesto que tal y como está redactado el art. 96 I CC, el cónyuge que se quede con la custodia de los hijos se quedará también con la vivienda familiar, y esto por la actual crisis económica que atravesamos es una opción a tener muy en cuenta. Por lo tanto, el cónyuge que considera que tiene más opciones de que se le otorgue la custodia de los hijos nunca va a pactar la custodia compartida porque de ese modo podría no atribuírsele la vivienda, sabiendo que esa atribución está prácticamente garantizada en caso contrario (si se le otorga la custodia exclusiva). A este respecto, el Anteproyecto introduce un nuevo precepto, el art. 92 bis, en el que se establece que podrá acordarse la custodia compartida incluso cuando ninguno de los progenitores la solicite, siempre y cuando cada uno solicite para sí la custodia exclusiva; porque, por regla general, el progenitor que solicita para sí la custodia exclusiva estará más conforme si el Juez establece un régimen de custodia compartida que si atribuye la custodia exclusiva al otro progenitor. En este sentido, el progenitor que solicita para sí la custodia individual y obtiene la custodia compartida, ve estimada parcialmente su pretensión de reparto de los tiempos de convivencia de los hijos con uno y otro progenitor y, por ello, su oposición a la custodia compartida será siempre menor que a la atribución de la custodia exclusiva al otro progenitor, pues esta última alternativa de custodia sí supone para él una desestimación total de su pretensión de guarda y custodia.

La atribución de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales es una de las medidas que más se solicitan en los procesos contenciosos, quedando regulados los criterios legales en el art. 96 CC, si bien se encuentra incompleto porque hay situaciones que no contempla, como por ejemplo, los supuestos de custodia compartida, debiendo aplicarse por analogía el apartado II del mismo. A este respecto, la Jurisprudencia viene aplicando tres soluciones: adjudicar la vivienda a los hijos y que se turnen los padres; atribuir la vivienda a uno de los padres, desplazándose los hijos; y por último vender la vivienda. Esto dejará de ser así, porque el Anteproyecto de 2014 hace una modificación, prácticamente integral, de este artículo incluyendo en su redacción los supuestos de atribución de uso de la vivienda familiar en la custodia compartida; considerando preferente la atribución por periodos alternos y en su defecto se otorgará al progenitor con mayores dificultades para acceder a otra vivienda.

Aunque parezca que lo lógico sería atribuir la vivienda al cónyuge titular de la misma, es perfectamente posible atribuir el uso al cónyuge no titular, lo que implica muchas desventajas para el titular, ya que no se prevé ninguna compensación económica y, por lo tanto, el beneficiario estará habitando la vivienda prácticamente

gratis; mientras que el titular, además de haber “perdido” el uso de un bien del que es propietario debiendo hacerse cargo de los gastos del mismo, también tendrá que afrontar los gastos que le ocasione el acceso a otra vivienda. Para esto también prevé una solución el Anteproyecto y es que se tendrá en cuenta tal adjudicación para fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la pensión compensatoria que tenga que abonar el otro cónyuge.

La atribución de uso de la vivienda se realiza con carácter temporal, salvo para el supuesto de que los hijos sean menores de edad que no se permite establecer ningún límite, aunque en ningún precepto legal se especifique el tiempo determinado, dejando a discrecionalidad del Juez la determinación de tal límite. Esta situación cambia con el Anteproyecto que introduce un precepto en el que se establece específicamente el límite de tiempo de uso de la vivienda, siendo éste de dos años, prorrogable a uno más, o hasta que cese la obligación de prestar alimentos a los hijos, dependiendo del motivo de la adjudicación de la vivienda.

La interpretación del Tribunal Supremo de la duración del uso de la vivienda familiar, del art. 96.1 CC, impidiendo su limitación temporal mientras concurren menores de edad constituye una protección excesiva del interés del menor, dejando a un lado los intereses de los cónyuges que, si bien, deben ser subsidiarios a los del menor, también habrán de considerarse puesto que si no es de forma directa, influirán por lo menos de forma indirecta en el interés del menor. Para paliar estos perjuicios que se le ocasionan a los progenitores, los tribunales ya han previsto algunas soluciones como la realización o venta de la vivienda, la atribución del uso de la misma a su titular, o también se ha llegado a atribuir, en el caso de que la familia cuente con más de una vivienda, la vivienda familiar a uno de los progenitores y la otra vivienda (que puede ser la de vacaciones) al otro.

En materia de custodia compartida las legislaciones autonómicas van un paso por delante de la estatal, ya que ninguna la reconoce como excepcional, y además regulan aspectos concretos como la asignación de la vivienda familiar o la posibilidad de una compensación económica. El legislador estatal debería tener en cuenta estas legislaciones para adoptar una norma de rango nacional que corrigiese las actuales deficiencias que presenta la materia.

Hay un abundantísimo número de casos de divorcios al año, concretamente en el año 2011, según el INE, 110.651 y en el año 2012 esta cifra aumentó a 110.764, y sin embargo, aunque resulte difícil de creer, actualmente en el año 2014, sigue habiendo

vacíos significativos en la materia con los que los jueces tienen que lidiar a la hora de resolver los conflictos planteados sobre estas cuestiones. Afortunadamente se ha elaborado el “Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia” que pretende “llenar” esos vacíos, pero esto es sólo un Anteproyecto que inicialmente se presentó en 2013 y que en agosto de 2014 sigue siendo sólo un Anteproyecto.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

BETELU SEMINARIO, V.: «*La guarda y custodia compartida de los hijos*». Trabajo fin de máster de acceso a la abogacía, Universidad Pública de Navarra, 2014.

CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C.: «La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio». *Actualidad civil*, nº 15, quincena del 1 al 15 de septiembre de 2007, LA LEY.

DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: «Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar: análisis jurisprudencial». *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2012, nº 732.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: «Comentario al art. 96» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Comentarios al Código Civil (Tomo I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: *Definición y atribución del domicilio familiar*, Seminario Permanente de ciencias sociales de Cuenca, Documento de trabajo 2008/5, Facultad de ciencias sociales de Cuenca, 2008.

ELORRIAGA DE BONIS, F: *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

ESCUADERO BERZAL, B.: «Custodia compartida: atribución de la vivienda familiar», *Comunitania, revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, nº 6 julio de 2013.

GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, M.L: «La vivienda familiar en situaciones de normalidad y de crisis» en GARRIDO MELERO, M/ FUGARDO ESTÍVIL, J.M. (coord.) *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: constitución, gestión, responsabilidad, continuidad y Tributación*. Vol. 2, Bosch S.A, Barcelona, 2005.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: «A vueltas con la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos comunes (6 de octubre de 2010)» en *El Derecho (grupo Francis Lefebvre)* http://www.elderecho.com/tribuna/civil/vueltas-atribucion-vivienda-familiar-comunes_11_184555003.html.

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: «Comentarios a la regulación de la custodia compartida en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental. (1 de abril de 2014)» en *El*

Derecho (grupo Francis Lefebvre) http://www.elderecho.com/tribuna/civil/custodia_compartida-corresponsabilidad_parental_11_712555002.html.

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida”. *Revista la Ley*, 29 de junio de 2009.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, E. L.: *La custodia compartida, síndrome de alienación parental e interés del menor (trabajo de investigación)*. I Curso de Experto en Derecho de Familia organizado por la Universidad Internacional de Andalucía en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga, Málaga, 2009.

GONZÁLEZ-ESPADA RAMÍREZ, S.: *La guarda y custodia compartida. Una nueva institución de derecho de familia en España*. Trabajo final de máster en derecho de familia, Universidad Autónoma de Barcelona, 2013.

IGLESIAS REINA, M.: *Custodia compartida y vivienda familiar*. Máster universitario en derecho privado. Universidad Complutense de Madrid, septiembre de 2013.

LEGERÉN MOLINA, A.: «Sentencia de 30 de abril de 2012: Posibilidad de dividir materialmente la vivienda familiar en supuestos de crisis matrimonial en base a lo establecido por el artículo 96 CC». *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 90, 2012.

LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, M.C.: «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial» en : *El derecho de familia ante la crisis económica: la liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Dykinson, Madrid, 2010.

MARTÍN-CALERO GUILARTE, C.: «Criterios de atribución de la custodia compartida». *InDret revista para el análisis del derecho* (www.indret.com), Barcelona, julio 2010.

MORENO VELASCO, V.: «La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y EE.UU.». *Diario La Ley*, nº 7179, mayo de 2009, refª. D-183.

PINTO ANDRADE, C.: «La atribución judicial de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad». *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 30, mayo de 2013.

PORCEL GONZÁLEZ, I.: *La guarda y custodia compartida de los hijos. Comentarios a la ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio*. Trabajo final de carrera, Universitat Abat Oliba CEU, Barcelona, 2011.

RIVERA ÁLVAREZ, J.M.: «La custodia compartida: génesis del nuevo art. 92 del Código Civil», *Cuadernos de trabajo social*, volumen 18, Universidad Complutense de Madrid, 2005.

SÁNCHEZ VIDANES, C.: «*Custodia compartida: situación actual y Anteproyecto de ley*» (8 de enero de 2014). Asociación libre de abogados (<http://ala.org.es/custodia-compartida-situacion-actual-y-anteproyecto-de-ley/>).