



El domicilio familiar en las crisis matrimoniales

AUTOR: Ana J. Ribot Navarro

TUTOR: Beatriz Verdera Izquierdo

Índice

<u>INTRODUCCIÓN</u>	3
<u>1. EL INTERÉS DEL MENOR</u>	3
<u>1.1. MEDIDAS CORRELATIVAS A LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA</u>	5
<u>1.2. PERIODOS DE ALTERNANCIA</u>	5
<u>2. USO Y DISFRUTE DEL DOMICILIO FAMILIAR. RÉGIMEN DE DESPLAZAMIENTOS ENTRE LOS DOMICILIOS DE LOS PROGENITORES</u>	6
<u>2.1. JURISPRUDENCIA DONDE SE IMPONE UNA CUSTODIA COMPARTIDA CON ALTERNANCIA DE DOMICILIO</u>	7
<u>2.2. JURISPRUDENCIA DONDE SE IMPONE LA ATRIBUCIÓN DEL DOMICILIO AL MENOR Y AL CÓNYUGE CUSTODIO</u>	10
<u>3. ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR. RELACIÓN EXISTENTE ENTRE EL CONCEPTO DE VIVIENDA Y EL INTERÉS DEL MENOR EN SU DESARROLLO COMO PERSONA</u>	12
<u>3.1. SIGNIFICACIÓN DE LA VIVIENDA</u>	12
<u>3.2. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR EXTRAÍDO DE LA JURISPRUDENCIA</u>	133
<u>3.3. LA VIVIENDA Y EL ENTORNO SOCIAL DE LOS HIJOS MENORES</u>	144
<u>3.4. EL ART. 96 COMO NORMA PROTECTORA DEL MANTENIMIENTO DEL ENTORNO DE VIDA DE LOS HIJOS MENORES</u>	155
<u>4. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN</u>	166
<u>4.1. LA ATRIBUCIÓN COMO PRESTACIÓN ECONÓMICA</u>	177
<u>4.2. LA FUERTE VINCULACIÓN DE UNO DE LOS CÓNYUGES CON LA VIVIENDA</u>	188
<u>4.3. OTROS CASOS MERECEDORES DEL INTERÉS PROTEGIDO</u>	188
<u>5. LOS INTERESES DE LOS CÓNYUGES</u>	199
<u>LA NECESIDAD GENÉRICA DE LA VIVIENDA DE UN CÓNYUGE COMO ELEMENTO JUSTIFICATIVO DE LA ATRIBUCIÓN AL MISMO</u>	199
<u>A) Derecho a la vivienda y protección de la familia</u>	199
<u>B) Relevancia limitada de la necesidad de vivienda</u>	221
<u>6. ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO DE LEY</u>	22
<u>NUEVA POSIBLE REGULACIÓN EN LO REFERENTE A ATRIBUCIÓN DEL DOMICILIO FAMILIAR SEGÚN EL ANTEPROYECTO DE LEY</u>	255
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	277

Introducción

Las separaciones matrimoniales están a la orden del día. Lo que en un principio podemos creer que resulta sencillo, es decir, llevar a cabo la separación formal de dos personas, en la práctica puede convertirse en algo realmente complejo cuando existen hijos comunes. La percepción que tiene un menor sobre la realidad es ligeramente diferente a la que tiene un adulto, de modo que, aunque la separación de los padres sea algo beneficioso para ambos, el menor puede experimentar una serie de sentimientos y pensamientos que poco tengan que ver con el bienestar; para él la realidad es que su familia se destruye y sus padres ya no viven juntos.

En este trabajo pretendo analizar qué entendemos por interés del menor cuando sucede un caso de separación o divorcio, qué criterios existen para determinar quién se queda con la vivienda, algo sumamente importante ya que es el entorno más íntimo del menor, su hogar; cómo afecta a los menores y a los padres, cuál será la nueva regulación con el Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y finalmente qué postura tienen los tribunales ante este tipo de situaciones.

1. El interés del menor

El tema más importante. Una de nuestras prioridades, por no decir la primera de ellas, debe ser asegurar la continuidad de las relaciones entre padres e hijos. Puede parecer simple, pero cuando tiene lugar una separación los cónyuges no lo ven siempre de ese modo, y en la mayoría de casos intentan no tener relación con su ex pareja, dejando en muchas ocasiones al hijo común aislado de uno de sus padres. Resulta fundamental mantener los lazos paterno-filiales ya que podría repercutir en el desarrollo de la vida del menor y en su formación como adulto. Debemos proteger al menor, puesto que se encuentra en una situación de vulnerabilidad y para ello evitaremos que el conflicto existente entre los padres resulte lo menos perjudicial para el hijo, intentando no causarle heridas que puedan acompañarle durante toda su vida.

La determinación de cual sea el interés del hijo menor, exige como premisa una referencia al criterio de protección integral del niño, consagrado constitucionalmente en el art. 39.2, como principio general informador de nuestro sistema jurídico.

El legislador utiliza un concepto jurídico indeterminado para concretar qué se entiende por interés del menor. Impone al sujeto obligado a aplicarlo un complementario proceso de valoración en el que deberán ser ponderadas todas y cada una de las particulares circunstancias concurrentes a fin de conseguir determinar en concreto y de una manera efectiva cuál sea el interés del menor en la específica situación que se pretende resolver. Resulta imposible el establecimiento de pautas de solución válidas para todos los supuestos. Podemos decir que el juez deberá analizar cada caso minuciosamente ya que las circunstancias harán que las medidas adoptadas sean diferentes.

Según CASTILLO MARTÍNEZ¹, el interés del menor aparece hoy arraigado como criterio rector del Derecho de Familia, podemos verlo reflejado en el art. 39.4 CE; “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”; y en diversos preceptos del Código civil, acordes con el Texto Constitucional, lo mencionan los artículos 92, párrafo 2º, 156 párrafo 5º, 159, 161, 170 párrafo 2º y 216. También se declara el interés superior del niño en numerosos textos internacionales tales como la declaración de Derechos del niño. En conclusión, la decisión de cualquier cuestión familiar suscitada en el marco de las relaciones de patria potestad debe valorar el beneficio del menor como interés prevalente.

En cuanto a la patria potestad, recordar que comprende un conjunto de facultades y deberes de ámbito personal y patrimonial, cuya adecuada aplicación exige su ejercicio siempre de acuerdo con la personalidad de los hijos, lo que implica la acomodación de la potestad paterna a las concretas circunstancias y necesidades del menor, a fin que éste pueda cumplir con el pleno desarrollo de su personalidad, para lo cual requiere tanto de figura paterna como materna.

Para que el menor se encuentre cómodo en este nuevo cambio de rumbo que va a dar su vida se deben tener en cuenta los siguientes puntos, siguiendo el esquema establecido por CASTILLO MARTÍNEZ²:

- “Debe procurarse que los menores tengan el mayor contacto posible con ambos progenitores, a no ser que el mismo se revele perjudicial para el hijo.

¹ CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen. *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, LA LEY, Madrid, 2010, p. 29.

² CASTILLO MARTÍNEZ, Op. Cit., p. 30.

- Los pactos que realicen los progenitores no serán homologables si resultan lesivos para el hijo.
- No olvidar el principio de libre desarrollo de la personalidad art. 10.1 de la Constitución.
- El objetivo de la protección constitucional es favorecer la formación y desarrollo del menor.”

1.1. Medidas correlativas a la atribución de la custodia compartida

Siguiendo con la opinión de CASTILLO MARTÍNEZ³, considera que: “de la misma manera que sucede cuando en un convenio regulador o en una resolución judicial se establece un sistema de guarda exclusiva, la fijación de la custodia compartida exige la adopción de una serie de medidas derivadas de su establecimiento, básicamente la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, en estrecha vinculación con la extensión temporal de los períodos de alternancia acordados, y la pensión con la que los progenitores deben contribuir al sostenimiento de los hijos comunes menores de edad o económicamente dependientes”.

1.2. Periodos de alternancia

Respecto a los periodos de alternancia, CASTILLO MARTÍNEZ⁴ comenta que:

“La extensión del tiempo en la alternancia de la custodia compartida entre los progenitores admite la determinación de períodos temporales bastante amplios que pueden llegar a durar un semestre o incluso un año, hasta la práctica ordinariamente más frecuente por la que se fija la alternancia de uno a tres meses. Esta última posibilidad se viene estimando como la más adecuada a fin de garantizar la estabilidad emocional del menor”

Pero también, nuestros Tribunales, en ocasiones, acuerdan la fijación de períodos de tiempo más cortos, de duración semanal o quincenal, que por su propia esencia podrían permitir la exclusión de visitas por parte del progenitor no custodio en cada tramo temporal, llegando alguna resolución a establecer incluso períodos de duración inferior a la semanal.

³ CASTILLO MARTÍNEZ, op. Cit., p. 115.

⁴ CASTILLO MARTÍNEZ, op. Cit., p. 115.

Sin duda, en la elección de cada una de las modalidades expuestas va a tener mucha relevancia la solución que consensuadamente ofrezcan los progenitores, así como, de manera esencial, la consideración de que la opción planteada sea la que más adecuadamente favorezca el interés de los menores.

En el siguiente apartado se analizará jurisprudencia sobre distintos juzgados y tribunales en lo relativo a la fijación de períodos de la custodia compartida, puesto que existen distintos supuestos. La atribución de la custodia resulta fundamental para el tema que nos ocupa, ya que en la medida en que la custodia sea compartida o no la atribución de la vivienda familiar será para uno o para otro; es decir, siempre se le atribuirá prioritariamente al menor, pero puede suceder, entre otros muchos distintos supuestos que pueda fijar el juez, que sólo se le otorgue la custodia a uno de los progenitores; éste será quién ostentará junto con el menor el uso de la vivienda o se le otorgará una custodia compartida con períodos alternos, en la cual los padres alternen su residencia en el domicilio familiar para evitar el desplazamiento del menor.

2. Uso y disfrute del domicilio familiar. Régimen de desplazamientos entre los domicilios de los progenitores

En el supuesto de que los progenitores establezcan el sistema de custodia mediante un acuerdo integrado en el convenio regulador, también deberán concretar las restantes medidas correlativas a la modalidad de custodia, entre las que destaca el uso y disfrute de la vivienda familiar. En este sentido, el art. 96 del CC otorga carácter preferente al acuerdo que, en principio y respecto de dicha atribución, será válido. No obstante, si el procedimiento matrimonial no es consensuado sino contencioso, el referido precepto impone al órgano judicial que la atribución de la guarda determine asimismo la del derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar al progenitor custodio.

En cuanto al régimen de desplazamientos de un domicilio a otro, en la mayor parte de los supuestos se establece que sea el propio menor quien se desplace, aunque como veremos existe jurisprudencia que valora favorablemente que quiénes se desplacen sean los padres para evitar cualquier posible perturbación del menor con su entorno.

Varios ejemplos de que existen diversas modalidades de atribución de la vivienda se verían reflejadas en las sentencias dictadas por los distintos tribunales nacionales. Como hemos comentado existen varias posibilidades, una de ellas, la que comentaremos en el siguiente apartado, sería que el domicilio familiar sea atribuido a los hijos, de modo que los padres deban alternar su residencia en el domicilio familiar. Este supuesto le crea mayor estabilidad al hijo menor pero en la mayoría de supuestos resulta inviable, ya que se necesitan 3 viviendas, una para los hijos y una para cada uno de los padres; sin embargo, existen supuestos en los que no resulta un problema y se considera la mejor solución.

2.1. Jurisprudencia donde se impone una custodia compartida con alternancia de domicilio

El claro ejemplo sería la SAP de Valencia de 21 de Febrero de 2011 (JUR\2011\76122) en la cual se comenta un caso de relevancia actual, ya que se trata de una familia que no posee segundas viviendas y en la cual uno de los cónyuges pasa por una situación laboral difícil. La audiencia provincial tiene en cuenta el momento delicado que vive esta persona y comenta que desgraciadamente es un caso habitual; asimismo falla que disponen de 18 meses para efectuar la venta del inmueble y si transcurrido dicho período la venta no se ha producido, los padres alternarán por períodos su residencia en la vivienda familiar para prestar cuidado a su hija. A continuación cito los párrafos de la sentencia que he considerado relevantes:

“La controversia acerca el uso de la vivienda conyugal lleva consigo el estudio de la finalidad perseguida por el legislador con la atribución del uso de dicha vivienda plasmada en el artículo 96 del Código Civil , que ha sido, y es, fuente constante de problemas para las partes, que, muchas veces se ven abocadas a penurias económicas, al ser imposible su mantenimiento, y a la que solo se ven abocados por la falta de acuerdo sobre dicho extremo, pese a ser claramente perjudicial para los intereses, a veces, de ambos. Llama, cuando menos, la atención el que los propios cónyuges puedan válidamente pactar en su convenio la venta de la vivienda por ser más beneficioso para sus propios intereses, sin que ni el Ministerio Fiscal ni el Juzgado opongan la más mínima objeción argumentando que, de esta manera, queda el menor sin vivienda, pues la pura lógica revela que el que los progenitores decidan vender la hasta entonces vivienda familiar, no supone desprotección alguna para los hijos, y sí, por el contrario, el que todas las partes -progenitores e hijos- van a

poder, de esta forma, tener cada uno su propia vivienda, bien comprada, bien alquilada; en efecto, si bien todas las parejas que se separan ven disminuidas sus recursos económicos, sin embargo la mayor parte de ellas lo ven hasta el punto de no poder seguir manteniendo un nivel de vida, a veces, ni siquiera aceptable o digno, dadas las numerosas deudas a las que, si bien juntos podían hacer frente, ahora resultará prácticamente imposible; siendo la parte más onerosa la correspondiente a la vivienda, lo que conlleva indagar sobre el verdadero interés del Legislador al plasmar el citado artículo 96 del Código civil”

“Hace ya tiempo que los que se dedican a esta parte del derecho claman por una urgente necesidad de que se modifique a derecho de uso regulado en el citado artículo 96 , pues partiendo de que debe protegerse siempre de forma prioritaria los intereses del menor, ello no obsta para que tal derecho quede perfectamente garantizado sin necesidad de mantener a ultranza la atribución del uso de la vivienda al citado menor. Por ello, en las conclusiones del II Encuentro de Jueces y Abogados de Familia ya se dijo que el derecho de habitación del menor puede quedar garantizado sin necesidad de hacer atribución del uso del domicilio familiar al menor y al progenitor con el que resida, y en una de las conclusiones del III Encuentro de Jueces y Abogados de Familia se mantuvo que la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar debe contemplarse como un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos, lo que dio lugar a que en el IV Encuentro de Jueces y Abogados de Familia se aprobase la siguiente conclusión en relación con el derecho de uso de la vivienda familiar: "5ª a) Se propone la reforma del artículo 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, 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 Cataluña. La venta o adjudicación del inmueble, sede de la vivienda familiar, extinguirá automáticamente el derecho de uso constituido judicialmente.

b) Hasta que se produzca la reforma legal del artículo 96 CC, se acuerda que el mismo sea interpretado de forma que:

- La asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos.
- En todo caso, la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar, en los supuestos en que

proceda, se haga siempre con carácter temporal. c) No existe obstáculo para la aprobación de cláusulas contractuales incluidas en el convenio regulador por las que se establezca la extinción del derecho de uso por la convivencia marital del titular del derecho con una tercera persona en el domicilio familiar. En caso de no haberse pactado en el convenio la extinción del derecho de uso por tal circunstancia, podrá solicitarse y obtenerse dicha medida a través del proceso de modificación de medidas, al considerar que la unidad familiar a cuyo favor se hizo la atribución del uso ha quedado sustancialmente alterada en su composición, dando lugar a una nueva unidad familiar, generándose una desafectación de la vivienda familiar respecto del uso inicialmente atribuido".

“Ello, además, hará posible la custodia compartida -cuando la misma sea beneficiosa para los menores-, pues, 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 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 adjudicándosele 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”.

En la misma tesitura encontramos la SAP de Tarragona de 3 de Mayo de 2012 (JUR\2012\59558):

“En el caso concreto resuelto en la citada sentencia de 5 de septiembre de 2008 desaconseja el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya la atribución del uso del hasta entonces domicilio familiar a los hijos de modo que fuesen los padres los que alternasen la convivencia en dicha vivienda en cada período temporal que ostenten la custodia. Se refiere a ello, en ese supuesto concreto, como "una incomodidad para todos, amén de una fuente segura de conflictos, que casa mal con la institución de la guarda y custodia compartida". No obstante, aclara, a continuación, en armonía con la norma aplicable que en los casos de guarda y custodia compartida "se faculta a los órganos jurisdiccionales para que adopten la solución más adecuada sobre la atribución del uso del

que en su día constituyó el hogar conyugal, en función, obviamente, de la situación fáctica resultante como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial".

Por tanto, podemos deducir que en la mayoría de casos, sólo se trata de una medida temporal hasta que se constituya la venta del inmueble y de ese modo vuelva a cambiar la situación de los progenitores, ya que tras la venta estarán posibilitados económicamente para buscar una nueva vivienda independiente. Los Tribunales son reacios a atribuir la alternancia del domicilio familiar a ambos cónyuges ya que en la mayoría de ocasiones resulta de difícil aplicación, todo ello sin mencionar el caos en el que podría sumirse la familia ya que no debemos olvidar que se trata de una separación familiar reciente y el hecho de compartir la misma casa por periodos alternos puede crear conflictos; entre otros citar : los relativos al cuidado de la casa, a la decoración, a cómo se realizan las tareas del hogar o se distribuyen los objetos de la casa... En muchos casos, si los progenitores no tienen una conexión armónica entre ellos resultará difícil compartir la misma casa en periodos alternos.

Finalmente comentar, que existen casos puntuales en los que si resulta viable el tipo de atribución de la vivienda por periodos alternos, puesto que si existe un segundo inmueble los cónyuges podrían alternar su residencia en el domicilio familiar atribuido a los hijos menores, de este modo se evitaría pagar un alquiler durante el tiempo que no les corresponde la guarda y custodia de los menores.

2.2. Jurisprudencia donde se impone la atribución del domicilio al menor y al cónyuge custodio

Otra de las posibilidades, quizás la mayoritaria, sería la atribución del domicilio familiar al cónyuge que ostenta la patria potestad. En este sentido es preciso citar la STS de 14 abril de 2011 (JUR\2011\3590) en la cual se establece que el domicilio familiar será para el menor y para el cónyuge custodio. Además en esta sentencia encontramos doctrina relativa al primordial interés del menor en el sentido de que no se le puede limitar el uso de la vivienda familiar, ya que este hecho en un momento concreto podría producir la inseguridad de que el menor no tuviera un

techo donde vivir. Todo ello viene a raíz de la posible venta del inmueble que constituye la vivienda familiar, hecho que suscita un debate puesto que en la citada sentencia se contradicen dos doctrinas diferentes y contrapuestas; aunque finalmente el Tribunal Supremo manifiesta su conformidad con la doctrina que se posiciona de parte del menor:

“Dicha doctrina, que se repite, establece que la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el Art. 96 CC”.

Exactamente el mismo párrafo de doctrina puede ser extraído de la STS de 1 de abril de 2011 (RJ\2011\3139) y en la misma tesitura encontramos la STS de 21 de junio de 2011 (RJ\2011\7325) , al afirmar que el art. 96 del CC:

“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, 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”.

En este mismo sentido, el Tribunal Supremo también expone que el domicilio familiar será atribuido al menor y al cónyuge que ostente su custodia, hasta el punto de que en este caso el domicilio familiar pertenece al padre y se le atribuye el uso del domicilio familiar al menor y a su madre, puesto que es quién ostenta la guardia y custodia. [STS de 17 octubre de 2013 (RJ\2013\7255)]

Para finalizar con la jurisprudencia dictada sobre este tema, mencionar la SAP de Murcia de 10 mayo, la cual establece que la vivienda familiar se atribuye a la hija menor de edad y al cónyuge en cuya compañía queda. En esta sentencia sin embargo, el padre apela la sentencia dictada con anterioridad afirmando que el domicilio familiar está vacío puesto que su esposa e hija ya no viven allí y él mismo no tiene lugar donde vivir; encontrándose en esta situación pide si se le puede atribuir la vivienda ya que nadie hace uso de ella. La Audiencia dictamina, dejando inequívocamente claro el interés del menor comentado en apartados anteriores:

“Que no procede atribuir el uso de la vivienda familiar al apelante, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 CC, dicho uso corresponde a la hija menor de edad y al cónyuge en cuya compañía quede, no existiendo datos para poder afirmar que el supuesto cese en el uso de la vivienda familiar sea prolongado y con visos de revestir carácter permanente en el tiempo, en

términos tales que permita sostener que ha desaparecido el presupuesto de necesidad que inspira el artículo 96 CC, careciendo de justificación, en tal caso, el mantenimiento de la atribución del uso de la vivienda familiar”.

3. Atribución de la vivienda familiar. Relación existente entre el concepto de vivienda y el interés del menor en su desarrollo como persona

En el estudio de la atribución del uso de la vivienda familiar no se deben perder de vista los dos elementos básicos que le caracterizan esencialmente; el primero, la atribución únicamente del uso, puesto que no se trata de una transmisión del entero derecho del titular; el segundo, el ser la vivienda familiar y no otra el objeto sobre el que se articula la medida.

En lo que ahora interesa, nos centraremos en el segundo de los elementos enunciados, la vivienda familiar, para tratar de descubrir aquello que la hace especial para los hijos.

3.1. Significación de la vivienda

Uno de los temas más importantes en la sociedad actual es, sin lugar a dudas, el de la vivienda. Se trata de un bien de consumo muy costoso y, al mismo tiempo imprescindible, lo cual le otorga una posición de privilegio, tanto desde el punto de vista del general sistema económico como desde el de cualquier economía doméstica.

La verdadera importancia de la vivienda radica en ser un bien destinado a un fin muy específico: la morada humana. El concepto de vivienda va unido a la idea de afectación a la habitabilidad, de forma que en aquél predomina la idea de uso del bien, sobre la identificación o individualización del inmueble.

La vivienda también es mucho más que un lugar donde vivir. No se trata de una entidad aislada y centrada en sí misma, sino que su uso delimita un marco o dimensión espacial de carácter

primario e imprescindible para la vida no solo personal, sino también social del individuo, además de lo importante que resulta para el desarrollo de la vida familiar.

Debemos tomar el concepto de vivienda no solo como la edificación que es en sí, sino como el lugar que la rodea, el espacio externo, su entorno. En él podemos encontrar equipamiento comunitario sanitario y cultural, zonas verdes, espacios abiertos al uso público... En definitiva, la vivienda representa el interior de la casa y lo que la rodea una vez que traspasamos la puerta de salida.

3.2. Concepto de vivienda familiar extraído de la jurisprudencia

Existen infinidad de definiciones acerca de qué se entiende por vivienda familiar. Nombrar únicamente una no nos aseguraría haber definido el concepto de forma generalizada ya que a lo largo de los años, cada Tribunal ha determinado su propio concepto de vivienda familiar. Sin embargo, como todos ellos son similares expondré la definición de vivienda familiar según el libro de TORRERO MUÑOZ⁵, el cual hace referencia a la Audiencia provincial de Barcelona que define la vivienda como:

“el lugar donde real y habitualmente tiene su morada o vive una persona, y si el vocablo real responde a la posibilidad ya admitida en nuestro ordenamiento jurídico de un domicilio diferente para marido y mujer, al término habitual hay que alejarlo de un concreto sentido de cronología amplia, pues es costumbre social sacralizada la de que, por motivos que van desde lo laboral a lo económico, alcanzando lo suntuario, una familia varíe a lo largo de su común singladura el lugar de residencia acercándolo en cambio hacia el de constituir el cobijo familiar en un momento determinado”. [SAP de Barcelona de 13 de noviembre de 1990].

TORRERO MUÑOZ⁶ en este sentido también destaca un párrafo extraído de una sentencia, el cual comenta:

⁵ TORRERO MUÑOZ, Magdalena, *Las crisis familiares en la jurisprudencia*, Editorial Práctica de Derecho S.L, Valencia, 1999, p. 120.

⁶ TORRERO MUÑOZ, op. cit ., p. 120.

“no puede identificarse, en principio, con una determinada finca, sino que podrá englobar también aquellos elementos complementarios que están asignados y sirven para el normal desarrollo de la familia ya desde antes de la crisis matrimonial y continúen siendo precisos para el normal desarrollo de quienes permanezcan en el uso del domicilio, siempre que así se solicite y se acredite esa asignación y utilidad”.

Es decir, constituye el lugar donde se desarrolla la vida de familia tanto en las relaciones interpersonales como para con terceros. En esta definición no se incluyen las segundas viviendas, ni viviendas de temporada por carecer de la habitualidad.

3.3. La vivienda y el entorno social de los hijos menores

Una vez establecido el concepto de vivienda, es lógico pensar, que ya que el tema que nos ocupa es la vivienda familiar, qué relación puede existir entre la vivienda y los menores. Los hijos menores de un matrimonio separado se encuentran en una situación distinta a la habitual, de repente, su mundo y la percepción que tienen de él cambia. La vivienda es uno de los factores más importantes en la vida de un niño, ya que éste siente apego por el ambiente que le rodea. A esto debemos añadir que la vivienda no la concebimos como un simple lugar donde dormir, ya que nos referimos al entorno del menor, su colegio, sus amigos, sus vecinos, las actividades extraescolares y deportivas que realice...todas estas cosas pueden verse afectadas cuando tiene lugar una separación.

El entorno del menor puede verse afectado negativamente si se le atribuye la guardia y custodia al progenitor que no sea titular de un derecho que le permita el uso exclusivo de la vivienda familiar. Esto es debido a que el menor se vería obligado a alejarse de su entorno habitual y ello le provocaría una inestabilidad emocional y afectiva. El alejamiento del menor puede impedir el mantenimiento de éste con los lugares y las personas a las que se siente ligado.

Por tanto, en este punto de la exposición vemos como todo lo mencionado está reflejado en el art. 96 del CC:

“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

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

Este artículo es conocido como el principio de mantenimiento de los hijos menores en el entorno habitual.

SALAZAR BORT⁷ comenta y profundiza este tema considerando que: “en atención al interés del menor, una situación previamente no existente no debe ser modificada, salvo cuando se hayan alterado las circunstancias, lo cual coincide con la interpretación que el interés del menor hace la psicología moderna en el sentido de que el niño necesita estabilidad en sus relaciones, puntos de referencia...”

Actualmente podemos decir que este principio está muy presente en nuestra cultura jurídica. Sin embargo, como continúa comentando SALAZAR BORT⁸, la norma que mejor consagra este principio es el apartado 4 del art. 139 CFC, el cual en lo relativo al ejercicio de la potestad del padre y de la madre en el marco de la vida separada de éstos, señala lo siguiente:

“Salvo que la autoridad judicial lo disponga de otro modo, el padre o la madre que ejerza la potestad necesita el consentimiento expreso o tácito del otro para decidir el tipo de enseñanza, para variar el domicilio del hijo o hija menor de forma que lo aparte de su entorno habitual y para disponer de su patrimonio más allá de lo necesario para atender a sus necesidades ordinarias...”.

Por tanto, lo que se pretende es no apartar al menor de su entorno habitual. No se protege la residencia del menor en una vivienda en cuanto a tal, sino en la medida que el hecho de habitar en ella condiciona cuál sea el entorno del menor.

3.4. El art. 96 como norma protectora del mantenimiento del entorno de vida de los hijos menores

En la medida de lo posible se debe evitar la peregrinación domiciliaria a partir de la separación e intentar conservar el mismo ambiente escolar y social y círculo de amigos. En última instancia el

⁷ SALAZAR BORT, Santiago, *La atribución del Uso de la Vivienda Familiar en las Crisis Matrimoniales, Amplio estudio Jurisprudencial*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001, p. 81.

⁸ SALAZAR BORT, op. Cit., p. 82.

artículo 96.1º C.C pretende exclusivamente ofrecer un marco estable para los hijos con la finalidad de reducir los perjuicios psicológicos y afectivos que implica la crisis matrimonial de sus padres. Este interés legítimo velará por los menores exclusivamente, aunque podemos incluir a los hijos mayores de edad pero incapacitados.

Ante la pregunta de ¿Por qué es beneficioso el mantenimiento del entorno de vida de los menores?, podríamos dar las siguientes respuestas, siguiendo la opinión de SALAZAR BORT⁹:

- “Un desarrollo normal de la personalidad crea seguridad. El niño necesita saber que es miembro de un grupo, que tiene un lugar reconocido en él. Aquí empezarán sus primeros pasos hacia la independencia y la autodeterminación.
- Los cambios originan tensiones en el menor y le arrancan la anhelada tranquilidad. La estabilidad de todo aquello que le rodea y a lo que se halla fuertemente ligado es básica para él.
- Además ese cambio de entorno se produce en un momento delicado. El impacto de una crisis matrimonial siempre acaba notándose en los hijos de la pareja. En este sentido podemos decir que existen tres factores para evitar que el niño se encuentre angustiado por la nueva situación:
 - la armonía de la relación continuada de los padres
 - la estabilidad de la vida del niño
 - la adecuación de la solución para el cuidado de los niños”.

4. Criterios de atribución

Pasemos a ver los criterios de atribución que la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia han marcado. CASTILLO AYNAT¹⁰ considera que los criterios básicos establecidos por el legislador para la atribución de la vivienda son los siguientes:

- “La existencia o no de hijos, sean mayores o menores de edad.

⁹ SALAZAR BORT, op. Cit., p. 100 y ss.

¹⁰ CASTILLO AYNAT, Elin, *El domicilio familiar ante la crisis matrimonial: abuso en el uso*, Actualidad Jurídica Aranzadi num.850/2012 parte Comentario Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2012 BIB 2012\3137.

- El interés del más necesitado de protección.
- La ocupación real de la vivienda en el momento de determinarse su uso.
- La existencia de malos tratos.
- El desequilibrio causado por la separación o el divorcio.
- La convivencia con personas dependientes.
- El ejercicio de alguna profesión en el mismo”.

4.1. La atribución como prestación económica.

La obtención de un beneficio de tipo económico por parte del beneficiario, y la correlativa pérdida del uso del bien inmueble por parte de su titular. A primera vista, nada hay que objetar a estas observaciones. SALAZAR BORT¹¹ comenta ampliamente este tema de forma que a continuación transcribiré uno de sus párrafos que nos hará situarnos en la realidad actual en el que explica: “uno de ellos obtiene una vivienda en la que poder habitar, con lo que se está cubriendo su necesidad habitativa, la cual se incluye, a su vez, en el concepto de alimentos de los artículos 142 y siguientes CC. De hecho, todas las resoluciones que hacen uso de esta medida son conscientes del provecho económico que, con ella, están concediendo. El reflejo más habitual de ello se produce en el marco de la adopción o cuantificación de la pensión alimenticia y/o compensatoria que, en su caso, corresponda. Ningún tribunal pasa por alto la circunstancia de que, hoy por hoy, a dichas pensiones se acumula la atribución del uso de la vivienda familiar, de lo que se deducen las consecuencias que consideran oportunas: unos lo consideran como un instrumento de ejecución directa de la pensión alimenticia o compensatoria previamente asignada, cuya deuda pecuniaria resulta así parcialmente sustituida por una asignación; otros van más allá contemplando la atribución como un complemento a las mencionadas pensiones, como un plus de protección económica. En ambos casos, la noción “vivienda familiar” con la que se opera es la de un inmueble susceptible del aprovechamiento económico consistente en la cobertura de la necesidad habitativa. De esta forma, el interés protegido se identifica con el beneficio económico derivado del ahorro que representa el hecho de no tener que hacerse con otra vivienda”.

¹¹ SALAZAR BORT, op. Cit., p. 140.

4.2. La fuerte vinculación de uno de los cónyuges con la vivienda.

Este criterio tiene una finalidad muy concreta, permitir el mantenimiento del hijo menor en su entorno habitual de vida; impedir una modificación sustancial y altamente negativa de las condiciones de ejercicio de la actividad laboral; posibilitar la continuación del sujeto invidente en su entorno residencial o la del minusválido en el espacio especialmente acondicionado a sus circunstancias vitales, etc.

4.3. Otros casos merecedores del interés protegido.

Debemos tener en cuenta que cada grupo familiar es diferente, en algunos casos los hijos son mayores de edad, en otros menores, en otros conviven mayores y menores de edad; también se puede repartir la custodia de dichos menores o mayores de edad de forma que uno de los padres se quede con alguno y el otro con el resto... Teniendo lugar situaciones tan variopintas, es lógico pensar que no se actuara igual ante todas ellas, pero entonces ¿Quién es el miembro que merece especial protección? Los sujetos citados anteriormente no merecen la misma protección de modo que ofrecer un trato desigual a los iguales es tan injusto como tratar de la misma forma a quienes se hallan en situaciones sustancialmente distintas.

En este sentido SALAZAR BORT¹² comenta un claro ejemplo de este tipo de desigualdad, la atribución de la guarda y custodia a uno de los cónyuges, el cual a su vez ostentará la vivienda familiar, ya que está se concede especialmente a los hijos. Podemos suponer que éste es el grupo familiar débil, aunque la realidad puede ser muy distinta. Además debemos tener en cuenta que el cónyuge que no quede con los hijos deberá contribuir a su sostenimiento con una pensión alimenticia, que será determinada por el Juez.

Respecto a la atribución de la vivienda al cónyuge más débil, la Audiencia Provincial de Huesca, manifiesta en este caso que aunque la custodia es compartida y la atribución de la vivienda es para el menor, no se pueden aceptar las pretensiones del padre, el cual pretende suprimir la atribución de la vivienda familiar a su ex-esposa, puesto que la mujer no tiene recursos

¹² SALAZAR BORT, Op. Cit., p. 143 y ss.

económicos suficientes para buscarse una vivienda independientemente; y aunque tiene unos recursos mínimos, su ex-marido dobla y supera dicha cantidad, por tanto el Tribunal no considera procedente suprimir el uso de la vivienda a la mujer, que en este caso, es la parte débil. [SAP Huesca de 11 febrero de 2014 (JUR\2014\71037)]

5. Los intereses de los cónyuges

Aunque el interés del menor resulte prioritario, no podemos olvidar que los padres también están vinculados a esa vivienda y ambos, en la mayoría de casos, querrán conservarla.

La no disponibilidad de otras viviendas resulta ser uno de los factores relevantes en la atribución de la vivienda familiar; como anteriormente hemos comentado, quién no tiene una segunda vivienda al margen del domicilio familiar para poder habitarla se considera la parte débil. También se considera parte débil a aquel que de los dos progenitores tiene menos medios económicos para poder alquilar una vivienda.

El fundamento propuesto radica, en esta ocasión, en la satisfacción del derecho a la vivienda del cónyuge y de los hijos que, eventualmente, queden con él, con apoyo último en lo establecido por el art. 47.1 CE.

La necesidad genérica de la vivienda de un cónyuge como elemento justificativo de la atribución al mismo.

A) Derecho a la vivienda y protección de la familia.

SALAZAR BORT¹³ dedica en su libro varias páginas bajo este mismo título y en ellas menciona el art. 47 CE, el cual se ocupa del derecho a la vivienda, proclamándolo en los siguientes términos: “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho...”.

¹³ SALAZAR BORT, op. Cit., p. 155.

Este precepto constitucional, como veremos más adelante, viene a ser una especie de principio informador en el sentido de declarar lo que realmente anhela el legislador, puesto que en la práctica sería muy difícil seguir al pie de la letra dicho precepto; por tanto como el mismo indica, los poderes públicos deben velar por hacer efectivo este derecho y en nuestro caso concreto, velar porque el menor y los cónyuges no se encuentren desamparados en el sentido amplio de la palabra, con un futuro incierto en lo relativo a su hogar. Todo ello no supone que cualquier persona en cualquier situación pueda exigir una vivienda digna, sino que dentro de la propia limitación del derecho se intentará buscar el remedio más favorable para todas aquellas personas a las que sea posible adjudicarle a una vivienda.

Se ha podido afirmar que el origen de dicha regulación especial acerca de la vivienda familiar, se halla en la creciente preocupación legislativa por el tema de la vivienda, ofreciéndole, por lo tanto, también a través de estas medidas una respuesta a la llamada crisis del alojamiento. También debemos conectar esto con la protección de la familia, sancionada en el art. 39.1 CE: “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. De hecho la conexión de estos dos elementos se produce a nivel constitucional.

Según SALAZAR BORT¹⁴, “en base a lo establecido han sido varios los autores que han situado el fundamento último de la regulación de la vivienda familiar, incluyendo la establecida para los casos de crisis matrimonial, en la protección constitucional a la familia, art. 39.1 CE y a la vivienda art. 47.1 CE. De esta forma se mantiene que ha sido la influencia de dichos preceptos, la que ha dado lugar a la línea de desarrollo legislativo ordinario consistente en la consideración autónoma del derecho a la vivienda familiar en el campo del Derecho civil, caracterizada por una alteración de las reglas tradicionales de los derechos sobre los bienes. Se trataría pues de una plasmación del derecho de familia a la vivienda.

Todo lo cual permitiría, en el concreto ámbito del art. 96 CC, plantear la atribución como una medida dirigida a evitar “el posible perjuicio del derecho a la vivienda de alguno de los miembros del grupo familiar”, lo cual “justifica la regulación sobre el destino de la vivienda familiar”, “considerando el carácter vital de esta necesidad. Es decir, que bastaría la confirmación de la necesidad por parte de uno de los cónyuges de una vivienda en la que habitar, para poder atribuirle el uso de la residencia familiar a modo de satisfacción, atendiéndose a la peor situación económica en caso de que ambos carecieran de alojamiento”.

¹⁴ SALAZAR BORT, Op. Cit., p. 156 y ss.

B) Relevancia limitada de la necesidad de vivienda.

Siguiendo el magnífico comentario de SALAZAR BORT¹⁵ comentar que el autor considera que el hecho de que el objeto de nuestra medida esté constituido por la facultad de uso de una vivienda provoca que, necesariamente, en la decisión judicial deba influir, en cierto grado, la circunstancia de uno de los cónyuges de no disponer de un lugar en el que habitar. La atribución del uso de la vivienda familiar puede permitir una completa satisfacción de dicha necesidad inherente al ser humano. Es decir, cualquier persona necesita saberse poseedor de un lugar donde habitar, de tener un techo donde dormir, por tanto no resulta extraño que cuando alguno de los cónyuges tiene una carencia de este tipo, su felicidad como persona sea máxima al ver cubierta dicha necesidad. Es innegable que la atribución del domicilio dota de seguridad al cónyuge al cual se le atribuye, por lo que es lógico pensar que la atribución se vea en cierta manera influida por las características personales de los cónyuges.

Sin embargo, no resulta posible pensar que la situación en la que se encuentran los cónyuges respecto a su domicilio familiar les genere un derecho a adoptar medidas en favor del cónyuge necesitado. Y ello porque, a pesar de los términos en que se pronuncia el artículo 47.1 CE, no existe en nuestro ordenamiento jurídico un derecho subjetivo a la vivienda, entendido como la facultad de obtener una prestación en dicho sentido: “el art. 47 no ha estructurado el derecho a la vivienda como la exigencia frente a los poderes públicos de una prestación de una unidad de vivienda para todos los ciudadanos”. No supone un derecho de los ciudadanos a que el Estado les facilite una vivienda; solamente implica un derecho a que se les allane el camino para conseguirla, con una ley de arrendamientos, favorecedora de su alquiler y una ley de viviendas de protección oficial, favorecedora de su adquisición, amén de medidas o incentivos fiscales.

De lo cual se deduce, la imposibilidad de accionar tal pretensión frente a otros particulares- el cónyuge o el progenitor, en nuestro supuesto-, ante una situación de falta de vivienda en la que habitar. No puede ser éste el interés que permita forzar la cesión del uso de una vivienda de un particular a otro particular, actuación que es, en definitiva, la contemplada por el art. 96 CC, y ello porque no es ése el contenido del art. 47.1 CE.

¹⁵ SALAZAR BORT, OP. Cit., p. 158 y ss.

La eventual obligación de uno de los cónyuges de abandonar el hogar familiar, unida a la indisponibilidad de vivienda alguna en la que residir, también es tenida en cuenta en el marco de otras medidas del proceso matrimonial, ya que constituye, por ejemplo, un importante criterio a la hora de determinar y cuantificar la correspondiente pensión compensatoria o alimenticia.

Por lo tanto de ninguna forma puede afirmarse que tal derecho sea desatendido, puesto que su satisfacción queda garantizada a través de aquella pensión de forma mediata o indirecta, con cargo al otro cónyuge y en la medida de las posibilidades económicas de éste último.

Puede darse el caso de que ambos grupos familiares creados tras la separación, estén en la posición de beneficiarios de la atribución de la vivienda, sería el caso de los hijos que se quedan con uno de los padres en buena situación, y el otro que se encuentra en una situación difícil. En este caso se protegería al cónyuge no custodio. Lo decisivo es la falta de una vivienda, si el padre que se queda con los hijos tiene una vivienda, la vivienda familiar puede ser para el progenitor que no la tenga.

6. Análisis del Anteproyecto de Ley

Actualmente, está en marcha la posible aprobación del nuevo Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad en caso de nulidad, separación y divorcio de 19 de Julio de 2013. Entre las materias cuya regulación se pretende cambiar encontramos:

La creación de un plan de ejercicio de la patria potestad, como corresponsabilidad parental, en relación con los hijos; se mantendrá la prioridad de lo acordado con los padres con la innovación de que se necesitará la aprobación judicial para que sea válido dicho acuerdo, intentando velar en todo momento por el interés del menor; se incorpora la posibilidad de que los padres puedan acudir en cualquier momento a la mediación familiar, aunque después dicho acuerdo también deba aprobarse por el Juez.

Este último resulta interesante, puesto que recurrir a la mediación es un asunto relativamente novedoso que pretende descargar el volumen de trabajo al que se enfrentan los Tribunales en asuntos litigiosos, puesto que en la mayoría de casos podrían resolverse por medio de la mediación, obteniendo de este modo un acuerdo rápido y consensuado.

Siguiendo con las novedades que nos aportará la nueva Ley si se aprobara, encontramos: El ejercicio de la patria potestad será conjunto, aun cuando los padres vivan separados. De este modo se mantienen las responsabilidades parentales de los artículos 90, 92 y 156. Sin embargo, se introduce un nuevo artículo (92 bis) en el Código civil que tiene como objeto introducir 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 quién determine el mejor de los regímenes en favor de los menores.

En lo relativo al concepto de visitas el legislador del nuevo Anteproyecto considera que este término limita mucho la naturaleza del concepto; es decir, hablar de visitas, puede sonarnos a algo puntual y aislado en el tiempo que puede en ocasiones carecer de habitualidad, lo cual no resulta beneficioso para el cónyuge que se encuentra en dicha situación (la de visitar a sus hijos). El legislador pretende cambiar esta situación y subraya la relevancia del contacto cotidiano y frecuente entre los progenitores y sus hijos. De este modo considera que estaremos ayudando al desarrollo físico y emocional de cada menor, aspecto que resulta muy importante y que ya ha sido comentado al principio de este trabajo, en el título el interés del menor. Hasta tal punto considera el legislador importante las relaciones familiares que amplía el núcleo de relaciones familiares de los menores en caso de separación hasta otros parientes y allegados, aparte de abuelos, que ya los consideraba incluidos.

Otra cuestión relativa al ámbito de la guardia y custodia es la nueva medida de no otorgar la guardia y custodia, ni individual, ni compartida a aquellas personas que hayan sido condenadas por sentencia firme en casos de violencia doméstica o de género hasta la extinción de la responsabilidad penal. Si ambos progenitores se encontraran en la citada situación el Juez procederá a atribuirles a otros familiares la guardia y custodia de los menores.

Las cargas matrimoniales pasan a llamarse cargas familiares y tendrán el mismo significado, es decir, se tratará de cubrir la necesidades ordinarias y previsibles de los hijos y los gastos devengados de sus necesidades extraordinarias o imprevisibles; todo ello, teniendo en cuenta la determinación de los gastos ordinarios, la capacidad económica de los cónyuges, las necesidades

de los menores, la contribución a las cargas familiares, la atribución de la vivienda familiar y el tiempo de permanencia de éstos con cada uno de sus padres. En este punto, nos adentramos en el tema concreto que nos ha ocupado a lo largo de todo el trabajo, la atribución del domicilio familiar.

La nueva regulación prevé que el Juez acordará las medidas que sean necesarias buscando siempre el beneficio de los menores y su derecho a una vivienda digna. En lo que respecta a la asignación de la vivienda, prevalecerá el interés del menor por encima de cualquier otra consideración y se atenderán los intereses del cónyuge que más dificultades tenga para acceder a una vivienda tras la separación matrimonial. Resulta un gran paso en los tiempos que corren, puesto que anteriormente no estaba regulado este hecho en sí, sino que simplemente la doctrina había fijado una posición de preferencia del cónyuge más débil a la hora de determinar quién ostentaba la residencia en el domicilio familiar. Con esta nueva regulación, el cónyuge más débil no se encontrara en situación de desamparo. El legislador añade en la nueva regulación:

“sobre la base de este criterio general, el precepto tiene en cuenta si se está ante un supuesto de régimen de convivencia compartida o de atribución de la convivencia individual, y se prevén diversas soluciones dependiendo de si la vivienda familiar es común a ambos progenitores o un bien privado del progenitor que no resulta adjudicatario del régimen de convivencia”.

En cualquiera de los casos, se trata de una medida temporal.

Dejando de lado el tema central de nuestro trabajo, debemos continuar con las modificaciones que se llevarán a cabo. El legislador destaca en el texto del Anteproyecto, la liquidación del régimen económico matrimonial desde el inicio, catalogándola de “una de las novedades más importantes de la reforma”. Continúa explicando que uno de los grandes conflictos sufridos a la hora de la separación es la liquidación de régimen económico, puesto que es una cuestión que se alarga en el tiempo y crea gran ansiedad en los cónyuges, repercutiendo negativamente en las relaciones de los progenitores con sus hijos. Con esta nueva regulación deberá reformarse el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, tanto en lo referente a procesos matrimoniales (Arts. 770 y ss.) como a la liquidación del régimen económico matrimonial (Artículos 806 y ss.)

Para finalizar este breve resumen de novedades que incorporará la posible nueva regulación, destacar la adaptación de las medidas provisionales que pueden adoptarse judicialmente antes de

dictarse una resolución definitiva, atendiendo a nuevos criterios con el fin de que se apliquen medidas ajustadas lo máximo posible a las que pudieran ser las definitivas. En cuanto a las normas procesales: “se incluye la necesidad de aportar el plan para el ejercicio de la corresponsabilidad parental en el convenio regulados, o con la demanda contenciosa, así como el inventario y la liquidación del régimen económico matrimonial y adjudicación de bienes”.

Las medidas adoptadas en relación con los hijos con la capacidad completada judicialmente, anteriormente conocidos como “personas incapacitadas judicialmente”, establecen la posibilidad de aplicar a los hijos mayores con la capacidad judicialmente completada en el momento de la ruptura de sus padres, o que lo fueran con posterioridad, las mismas medidas que a los hijos menores, teniendo en cuenta siempre su capacidad.

Nueva posible regulación en lo referente a atribución del domicilio familiar según el Anteproyecto de Ley

El artículo 96 tendrá una nueva redacción, cuyos pilares principales serán según el artículo 9 del Anteproyecto de Ley: la garantía del derecho a una vivienda digna para los menores, protegiendo el interés superior de éstos.

En el segundo apartado se comenta que cuando no se hubiera podido decidir un destino definitivo a la vivienda y todo lo que ésta engloba (enseres, ajuar...), la atribución de uso de la misma la efectuará el juez, velando en todo momento por el interés de los menores. Como hemos comentado en innumerables ocasiones, en este mismo precepto se dispone que: “siempre que no fuera atribuido a su uso por periodos alternos a ambos progenitores, y fuera compatible con los intereses de los hijos, atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda”.

Incluso excepcionalmente, el legislador da la opción, siempre que el Juez lo considere pertinente, de atribuir el uso de la vivienda al cónyuge que no tiene la guarda y custodia pero que sin embargo es el más necesitado, siempre que el progenitor custodio tenga medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de sus hijos.

Esta nueva regulación resultaría muy favorable en el actual momento de crisis económica, puesto que es muy probable que pueda haber un abismo entre los medios económicos que ostenten uno y otro cónyuge. De este modo si el cónyuge al que se le ha otorgado la patria potestad dispone de medios o de otras viviendas, es lógico pensar, que el interés del menor estará cubierto con él ya que dispone de medios suficientes para cubrir sus necesidades; sin embargo, el otro cónyuge estaría en una posición muy desmejorada si no pudiera acceder a otra vivienda y tampoco se le facilitara la vivienda familiar, por tanto, siempre que el Juez lo considere oportuno, considero que es una de las mejores nuevas medidas que han integrado esta posible nueva regulación, muy adecuada a la actualidad social.

El tercer punto del nuevo artículo 96 regulará algo ya manifestado por la doctrina de los diferentes tribunales. El uso de la vivienda familiar siempre que se le haya atribuido a uno de los cónyuges, privando al otro, será temporal, de modo que sólo será una medida efectuada hasta que se acabe la obligación de prestar alimentos a los menores o se liquide la vivienda.

Finalmente, me gustaría comentar la disposición adicional segunda titulada de acceso a las viviendas sociales. En ella, la posible nueva regulación dispone:

“El Gobierno propondrá a las Comunidades Autónomas el establecimiento de unas directrices en las políticas de vivienda de alquiler social y VPO, de modo que en las situaciones de nulidad, separación y divorcio se priorice el acceso a una vivienda digna a las personas de este colectivo en situación de necesidad, siempre que haya menores a su cargo”.

Es probable no tenga demasiado que ver con el tema que nos ocupa, pero me parece muy interesante tener en cuenta a este colectivo ya que cada vez son más las personas que pueden encontrarse en esta situación. Esta disposición me parece sin duda la más clara manifestación del art. 47 de la Constitución, en todo caso, sólo falta que realmente se haga de forma efectiva, puesto que si fuera posible, el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental sería un éxito.

Bibliografía

- CASTILLO AYNAT, Elin, El domicilio familiar ante la crisis matrimonial: abuso en el uso. *Actualidad Jurídica Aranzadi num.850/2012* parte Comentario Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012. BIB 2012/3137.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, *La privación de la Patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*. 2ª edición, Editorial La Ley, Madrid, 2010, ISBN 978-84-8126-369-5.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María. El cambio de residencia del hijo por el progenitor custodio: problemática jurídica. *Actualidad Jurídica Aranzadi num.834/2012* parte Comentario. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012. BIB 2012\106.
- SALAZAR BORT, Santiago, *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2001, ISBN 84-8410-817-1.
- TORRERO MUÑOZ, Magdalena. *Las crisis familiares en la jurisprudencia. Criterios para una mediación familiar*. Editorial Práctica de Derecho, S.L., Valencia, 1999, ISBN 84-89501-22-X.

Jurisprudencia citada:

- STS de 1 de abril de 2011 RJ\2011\3139
- STS de 14 abril de 2011 JUR\2011\3590
- STS de 21 de junio de 2011 RJ\2011\7325
- STS de 17 octubre de 2013 RJ\2013\7255
- SAP de Valencia de 21 de Febrero de 2011 JUR\2011\76122
- SAP de Tarragona de 3 de Mayo de 2012 JUR\2012\59558
- SAP de Murcia de 10 mayo de 2012 JUR\2012\231966
- SAP de Huesca de 11 febrero de 2014 JUR\2014\71037

Legislación:

- Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio de 19 de Julio de 2013.
- Código Civil
- Constitución Española de 1978

