



Atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en el régimen de guarda y custodia compartida

(Análisis de la jurisprudencia más reciente)

ROSA SOTO RUIZ

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	PÁG. 3
2. CUSTODIA COMPARTIDA Y VIVIENDA FAMILIAR	PÁG. 3
2.1 CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	PÁG. 3
2.2 CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR.....	PÁG. 4
3. ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	PÁG. 5
3.1 CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	PÁG. 5
3.1.A <i>El artículo 96 del Código Civil</i>	PÁG. 5
3.1.B <i>El “favor filii” o interés superior del menor</i>	PÁG. 6
3.1.C <i>Modalidades de uso de la vivienda familiar</i>	PÁG. 8
3.1.C.1 Modalidad en la que los hijos permanecen en la vivienda familiar.....	PÁG. 9
3.1.C.2 Modalidad en la que los hijos se trasladan al domicilio de cada uno de los progenitores.....	PÁG. 9
3.2 TEMPORALIDAD EN EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.....	PÁG. 9
3.2.A <i>Supuestos con límite temporal</i>	PÁG. 9
3.2.B <i>Supuestos con ausencia de límite temporal</i>	PÁG. 11
3.3 PROBLEMÁTICA DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.....	PÁG. 11
3.3.A <i>Problemática respecto a algunos derechos reales</i>	PÁG. 11
3.3.A.1 Derecho a la propiedad privada.....	PÁG. 11
3.3.A.2 Supuestos de arrendamiento.....	PÁG. 12
3.3.B <i>Problemas económicos</i>	PÁG. 13
4. MENCIÓN ESPECIAL DEL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL EN CASOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO	PÁG. 13
5. CONCLUSIONES	PÁG. 15
6. FUENTES	PÁG. 17
6.1 BIBLIOGRAFÍA.....	PÁG. 17
6.2 JURISPRUDENCIA.....	PÁG. 17
6.2.A <i>Tribunal Supremo</i>	PÁG. 17
6.2.B <i>Tribunal Constitucional</i>	PÁG. 17
6.2.C <i>Tribunal Superior de Justicia</i>	PÁG. 17
6.2.D <i>Audiencia Provincial</i>	PÁG. 17
6.3 LEGISLACIÓN.....	PÁG. 17
6.3.A <i>Legislación estatal</i>	PÁG. 17
6.3.B <i>Legislación autonómica</i>	PÁG. 18

1. Introducción.

La atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges en los casos de cese de la convivencia conyugal (o convivencia *more uxorio* en el caso de que no se trate de un matrimonio), es una decisión compleja que han de tomar los mismos o, en su defecto, la autoridad competente para ello.

Tiene especial relevancia tomar la decisión de forma correcta, debido a que se contempla la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a uno de los miembros del matrimonio, pero también hay que tener presente los derechos del otro cónyuge, que es titular o cotitular de la vivienda pero se le ha despojado del uso y disfrute de su posesión.

En la actualidad, se trata de un tema controvertido que ha sido ampliamente discutido por la doctrina y la jurisprudencia, debido a que cada vez tienen en consideración un número más amplio de factores que tienen como consecuencia la declaración de un límite temporal del uso y disfrute de la vivienda familiar por parte del cónyuge al cual se ha atribuido inicialmente este derecho.

2. Custodia compartida y vivienda familiar.

2.1. Concepto de guarda y custodia compartida.

La guarda y custodia compartida se podría definir como la modalidad de ejercicio de la guarda y custodia de los menores tras la ruptura del matrimonio o de la convivencia *more uxorio*. Este régimen se introdujo en el ordenamiento jurídico español a través de la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio¹. Hasta ese momento, el criterio utilizado por los Tribunales civiles españoles consistía en otorgar la guarda y custodia de los menores a la madre, que llevaba consigo la atribución de la vivienda familiar, y establecer un derecho de visitas a favor del padre. En algunas ocasiones los progenitores pactaban la custodia compartida, aunque no sucedía con frecuencia.

La Ley 15/2005 modificaba la redacción del artículo 92 del Código Civil, introduciendo de esta forma el modelo de guarda y custodia compartida de la siguiente forma:

“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”².

Una de las medidas más controvertidas de la nueva redacción del artículo 92 del Código Civil fue la necesidad de que el Ministerio Fiscal emitiese un informe favorable para el otorgamiento del régimen de custodia compartida cuando éste era solicitado por uno solo de

1 Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

2 Artículo 92.5 del Código Civil.

los progenitores³. La mayoría de la doctrina entiende que se exigía este informe favorable del Ministerio Fiscal para conceder el régimen de guarda y custodia compartida, tomando como criterio interpretativo el sentido literal del precepto⁴.

El desacuerdo de la mayoría de la doctrina tuvo como consecuencia la interposición de la cuestión de inconstitucionalidad número 8912-2006, promovida por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, en relación con la necesidad de un informe favorable por parte del Ministerio Fiscal para poder conceder un régimen de guarda y custodia compartida, por entender que existía una posible contradicción con los artículos 14, 24, 39 y 117.3 de la Constitución española. Finalmente, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional y nulo en inciso "favorable" del artículo 92.8 del Código Civil⁵.

2.2. Concepto de vivienda familiar.

La vivienda o domicilio familiar es la que fijan los cónyuges de común acuerdo. En el caso de que faltase acuerdo la decisión la tomaría el Juez correspondiente teniendo en cuenta el interés de la familia.⁶ No tienen por qué coincidir la residencia habitual de cada uno de los cónyuges con la vivienda familiar⁷, aunque debe ser el lugar donde se cumplen los derechos y obligaciones derivados del matrimonio, entre los que se encuentra el deber de convivencia⁸.

No obstante, el concepto de domicilio conyugal es más amplio que el de vivienda familiar, aunque éste siempre coincide con el de domicilio conyugal. Por este motivo, se puede definir la vivienda familiar como la base física del domicilio conyugal o familiar fijado por los cónyuges⁹.

Nuestro ordenamiento jurídico protege la vivienda familiar, tanto en situación normal del matrimonio como en los casos de separación o divorcio. La protección se manifiesta en primer lugar creando el concepto de vivienda familiar como un bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario. Dicha protección se produce a través del derecho que la familia tiene al uso, es decir, que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, pero sí proteger el que la familia ya tenía¹⁰.

3 Artículo 92.8 del Código Civil.

4 SAP Murcia de 26 de febrero de 2007, SAP Girona de 21 de mayo de 2008, SAP Barcelona de 15 de enero de 2009.

5 STC de 17 de octubre

6 Artículo 70 del Código Civil.

7 La STSJ Aragón de 13 de junio de 1991 establece como requisitos para la determinación de la vivienda familiar la vinculación e intención de permanencia que no son cumplidos cuando se trata de una vivienda ocasional por ocupaciones temporales del esposo fuera de la localidad en que se ha mantenido y conservado la vivienda familiar.

8 Artículo 69 del Código Civil.

9 La STS de 18 de octubre de 1994 identifica vivienda protegida con el lugar en que haya sido localizado el domicilio conyugal.

La vivienda familiar se configura como un patrimonio al servicio de la familia que trasciende a los propios cónyuges, aunque se trate de un bien privativo de uno de ellos. La protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho al uso de la vivienda.

3. Atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en el régimen de guarda y custodia compartida.

3.1 Criterios de atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en el régimen de guarda y custodia compartida.

3.1.A. El artículo 96 del Código Civil.

El artículo 96 del Código Civil establece:

“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 precedente. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”.

El Tribunal Supremo defiende una interpretación literal de este artículo al considerar que no es posible 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 Juez¹¹.

La Ley 15/2005¹², que modificaba el Código Civil, no ha realizado ninguna previsión en materia de atribución del uso de la vivienda familiar en los regímenes de guarda y custodia compartida. Como consecuencia de ello, los jueces han tenido que aplicar en varias ocasiones por analogía el artículo 96.2 del Código Civil, debido a la ausencia de regulación específica respecto a este tema. Este precepto regula los supuestos en los que hay dos o más hijos comunes y unos quedan bajo la custodia de un progenitor, mientras que los restantes quedan bajo la custodia del otro. El Tribunal Supremo en ocasiones también aplica analógicamente este precepto en las uniones de hecho, justificando esta similitud en la existencia de hijos menores comunes y su protección¹³.

10 STS de 31 de diciembre de 1994.

11 STS de 11 de julio de 2002, STS de 1 de abril de 2011, STS de 14 de abril de 2011, STS de 21 de junio de 2011 y la mencionada STS de 16 de junio de 2014.

12 Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

13 STS de 27 de marzo de 2001, STS de 16 de diciembre de 1996

Sin perjuicio de la ausencia de regulación del Código Civil respecto a este tema, sí que ha sido objeto de regulación en diversas leyes autonómicas. El Código Civil de Cataluña atribuye el uso al cónyuge más necesitado con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron¹⁴. El Código del Derecho Foral de Aragón, atribuye el uso de la vivienda familiar al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares, teniendo en cuenta que la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso¹⁵. Por último, la Ley 5/2011 de la Generalitat Valenciana señala que en el régimen de guarda y custodia compartida, a falta de pacto entre los progenitores, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los menores y, siempre que fuera compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda (atribución que tendrá carácter temporal siendo la autoridad judicial la que fije el período máximo de dicho uso)¹⁶.

3.1.B El *favor filii* o interés superior del menor.

La mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia entiende que el uso de la vivienda familiar corresponde al cónyuge al cual se le confía la guarda y custodia de los hijos, siendo un criterio decisivo de atribución. Este criterio está basado en el principio *favor filii*, que es un principio general del Derecho que ha de prevalecer ante otros derechos que entran en juego en los casos de atribución de vivienda en regímenes de custodia compartida, como los derechos de los progenitores¹⁷.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 2008 es clara respecto a este tema, manifestando lo siguiente:

“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

14 Artículo 233 del Código Civil de Cataluña, redactado por la Ley 25/2010, de 29 de julio, relativo a la persona y la familia.

15 Artículo 81 del Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas.

16 Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

17 STC 29 de mayo de 2000: “*Construye doctrina consolidada de este Tribunal, con fundamento en las citadas normas internas e internacionales dictadas para la protección de los menores de edad, que en materia de relaciones paternofiliales (entre las que se encuentra lo relativo al régimen de guarda y custodia de los menores por sus progenitores) el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aún siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable*”.

negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores debe ceder frente al interés de éste.”

A la hora de atribuir la vivienda familiar a uno de los cónyuges, el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. La Constitución española incorporó al ordenamiento jurídico español en los artículos 14 y 39 estos derechos, que con posterioridad han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor, habiendo señalado la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo como doctrina jurisprudencial la siguiente: “*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 artículo 96 del Código Civil*”¹⁸.

Comúnmente se ha planteado si el criterio del interés superior o *favor filii*, en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar, es una presunción *iuris et de iure* o más bien se trata de una presunción *iuris tantum*:

- PRESUNCIÓN *IURIS ET DE IURE*: Diferentes resoluciones de la Jurisprudencia menor entienden que el artículo 96.1 del Código Civil es de aplicación imperativa cuando se trate de un matrimonio con hijos menores. Desde este punto de vista, la vivienda conyugal sería atribuida a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, sin que se proceda a una armonización de los intereses concurrentes que, en algunas ocasiones, son contrapuestos: el del cónyuge titular de la vivienda familiar cuya titularidad quedaría frustrada al no dejarle disponer de ella y, por otro lado, el interés de los hijos menores. Si se trata de una presunción *iuris et de iure*, el artículo 96.1 del Código Civil considera en todo caso que debe prevalecer el interés de los hijos del matrimonio y, de manera subsidiaria, el del cónyuge en cuya compañía quedan.¹⁹
- PRESUNCIÓN *IURIS TANTUM*: Frente al punto de vista anterior, ha prevalecido en la mayoría de la doctrina²⁰ y la jurisprudencia una interpretación que, más que atendiendo a la interpretación literal de la norma, atiende a su finalidad. Esta interpretación consiste en que el interés de los hijos menores se satisface mediante la atribución del uso de la vivienda familiar, pero existe la posibilidad de satisfacer el interés superior del menor de otra manera²¹.

Respecto a este tema, el Tribunal Supremo ha manifestado que la norma general es el cumplimiento literal del artículo 96.1 del Código Civil. Considera que existe la presunción *iuris tantum* de que el interés de los menores se satisface mediante la atribución de la vivienda familiar, pero contempla la posibilidad de que el interés del menor se pueda satisfacer de otra

18 STS de 16 de junio de 2014.

19 SAP Málaga de 1 de septiembre de 2005, SAP Huelva de 29 de octubre de 2002, SAP Las Palmas de 11 de junio de 2004, SAP Navarra de 22 de septiembre de 2004.

20 MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: Teoría y práctica jurisprudencial*. Civitas-Aranzadi, 2005, p.149.

21 SAP Córdoba de 25 de octubre de 2001, SAP Baleares de 9 de abril de 2001.

forma²². No obstante, hay excepciones a esta norma general, teniendo siempre en cuenta que en todo caso ha de satisfacer el interés y el bienestar de los menores²³:

- CUANDO SE ESTÉ USANDO OTRA VIVIENDA DISTINTA DE LA FAMILIAR QUE SATISFAGA SUS NECESIDADES: Esta circunstancia supondría la atribución de la vivienda familiar al progenitor no custodio. Si el menor no precisa de la vivienda familiar porque la vivienda alternativa es idónea para satisfacer el interés prevalente del mismo, el Juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada²⁴
- CUANDO SE PRODUZCA UNA SITUACIÓN DE MAYOR NECESIDAD CON CARENCIA DE OTRA VIVIENDA DEL CÓNYUGE NO CUSTODIO SIEMPRE QUE EL CÓNYUGE CUSTODIO CUENTE CON MEDIOS PARA PROVEER DE VIVIENDA A LOS MENORES: En este caso, también supondría la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio. No obstante, no es fácil probar esta situación de mayor necesidad y muchas veces no prospera la solicitud de atribución del uso de la vivienda familiar²⁵.
- CUANDO EXISTA LA POSIBILIDAD DE DIVISIÓN MATERIAL DE LA VIVIENDA FAMILIAR (*ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO*): En ocasiones se procede a la división material de la vivienda familiar, ya que de esta forma se cubren las necesidades de ambos progenitores y los menores²⁶. No obstante, esta solución no siempre es posible, debido a que debe tratarse de un inmueble amplio que permita su división material y que se den unas condiciones mínimas de habitabilidad²⁷.

La titularidad del derecho de uso corresponde al cónyuge que tiene la guarda y custodia según la doctrina mayoritaria, aunque su derecho se encuentre justificado por el hecho de ostentar esta guarda y custodia. En el caso de los regímenes de guarda y custodia compartidas, se entenderá que tiene la guarda y custodia el progenitor que en ese momento tenga a su cargo a los menores, mientras que el otro progenitor será no custodio durante este período de tiempo y viceversa.

3.1.C Modalidades de uso de la vivienda familiar.

Los Tribunales civiles españoles atribuyen el uso de la vivienda familiar de acuerdo a dos modalidades generales, sin perjuicio de casos específicos que necesiten la aplicación de un criterio adaptado a sus necesidades concretas.

22 STS de 29 de marzo de 2011, STS de 1 de abril de 2011, STS de 14 de abril de 2011, STS de 21 de junio de 2011, STS de 30 de septiembre de 2011, STS de 10 de octubre de 2011.

23 STS de 30 de septiembre de 2011.

24 STS de 10 de octubre de 2011, STS de 5 de noviembre de 2012, STS de 29 de marzo de 2011.

25 SAP Baleares de 9 de abril de 2001, SAP Barcelona de 26 de mayo de 2003.

26 SAP Burgos de 30 de junio de 2006.

27 SAP Pontevedra de 20 de diciembre de 1999, entre otras.

3.1.C.1 Modalidad en la que los hijos permanecen en la vivienda familiar.

En esta modalidad, los hijos permanecen en la vivienda familiar y son los progenitores los que van rotando en el uso de la vivienda familiar por períodos de tiempo alternos.

Cada progenitor disfruta de un derecho de uso sobre la vivienda familiar, pero éste es de carácter temporal, es decir, se aplica en el período correspondiente al tiempo en que cuente con la guarda y custodia del menor. Por este motivo, cada uno de los progenitores tiene que disponer de otra vivienda en la que residir en el período en el que sean progenitores no custodio.

Debido al coste económico que causaría a los progenitores, entre otros motivos, la jurisprudencia mayoritaria considera que no es la mejor manera de atribuir la vivienda familiar y normalmente no se aplica.

3.1.C.2 Modalidad en la que los hijos se trasladan al domicilio de cada uno de los progenitores.

En esta modalidad, son los padres los que disponen de un domicilio fijo y los menores se van trasladando al domicilio de cada uno de los progenitores durante los períodos en que cada uno tiene la guarda y custodia sobre los mismos. Es la modalidad que se acuerda con más frecuencia a la hora de establecer un régimen de guarda y custodia compartida.

En relación a los períodos de convivencia del menor con cada progenitor, los tribunales suelen fijar períodos largos, hay criterios que van desde la alternancia semanal y quincenal hasta la alternancia mensual.

3.2 Temporalidad en el uso de la vivienda familiar.

La atribución del uso de la vivienda familiar es una medida de carácter temporal, deducible de lo regulado en el artículo 96 del Código Civil, en el que se habla del caso de hijos de menores de edad que quedan a cargo de uno de los cónyuges o de que uno de los cónyuges tuviera la necesidad de residir en esa vivienda, siempre y cuando no tuvieran hijos o se pudiera garantizar de otra forma el interés superior del menor. De hecho, la jurisprudencia ha puesto reiteradamente de manifiesto que el derecho de uso de la vivienda familiar tiene carácter temporal y que su uso con carácter indefinido contravendría los caracteres esenciales de este derecho²⁸.

3.2.A. Supuestos con límite temporal.

En los casos en los que existen hijos menores de edad, la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar se hace de acuerdo a lo que más les beneficie, sin perjuicio del beneficio indirecto que obtiene el progenitor custodio al residir también en la vivienda familiar.

De esta forma, se puede considerar como causa principal de la atribución de la vivienda familiar la minoría de edad de los hijos del matrimonio, causa que perderá su razón de ser

28 STS de 22 de abril de 2004.

cuando los hijos del matrimonio alcancen la mayoría de edad. Es una manifestación del carácter temporal del derecho de uso de la vivienda familiar, sin perjuicio de que se pueda extinguir el mismo por una alteración sustancial de las circunstancias, mediante la interposición de la correspondiente Modificación de Medidas.

Los supuestos en los que se establece un límite temporal en relación al derecho de un progenitor de uso y disfrute de la vivienda familiar pueden ser varios:

- CASOS EN LOS QUE EXISTEN HIJOS MENORES DE EDAD Y SE ESTABLECE UN LÍMITE TEMPORAL: La jurisprudencia del Tribunal Supremo se mantiene uniforme respecto a este tema y reitera, en sentencias recientes como la de 29 de mayo de 2014, que “la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor”. Cuando se establece un límite temporal es debido a que cuando los menores cumplan la mayoría de edad perderá su razón de ser, aunque en ocasiones se establece como plazo la disolución de la sociedad de gananciales²⁹.
- CASOS EN LOS QUE NO EXISTEN HIJOS MENORES DE EDAD Y SE ESTABLECE UN LÍMITE TEMPORAL: Son casos en los que aunque los hijos sean mayores de edad, concurren otras causas que hacen que se atribuya la vivienda familiar a uno de los progenitores, estableciendo un límite de tiempo del derecho de uso de la vivienda para el mismo. Se presume que cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad gozarán de independencia económica, no obstante, es una presunción *iuris tantum*, es decir, no tiene por qué gozar de independencia económica y en estos casos pervivirá la obligación de alimentos de sus progenitores³⁰.
- CASOS EN LOS QUE SE DECLARA UN LÍMITE TEMPORAL PORQUE LA TITULARIDAD DE LA VIVIENDA ES DE UNO DE LOS CÓNYUGES: Son casos en los que la vivienda familiar es privativa de uno de los cónyuges y, por tanto, entra en juego el derecho a la propiedad que ostenta esta persona, sin perjuicio de que el interés que prevalezca siga siendo el interés del menor. La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha manifestado recientemente respecto a este tema en la sentencia de 24 de octubre de 2014, que dice lo siguiente:

“Tiene que haber una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, o de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil³¹.”

29 SAP Vizcaya de 26 de septiembre de 2005, SAP Madrid de 14 de abril de 2005, entre otras.

30 SAP Baleares de 21 de abril de 2005, SAP Tarragona de 17 de enero de 2005, entre otras.

31 Fragmento extraído de la STS de 24 de octubre de 2014 (Fundamento de Derecho número 3). El Tribunal Supremo también establece esta doctrina jurisprudencial en sentencias recientes como la de 3 de abril de 2014 y la de 16 de junio de 2014.

3.2.B. Supuestos con ausencia de límite temporal.

La norma general es que se establezca un límite temporal al derecho de uso de la vivienda familiar, ya sea por que el hijo alcance la mayoría de edad o se disuelva de forma definitiva la sociedad de gananciales, entre otras causas. No obstante, no es óbice para que en determinados casos los tribunales no establezcan un límite temporal.

Uno de los casos que se pueden dar, son aquellos en los que existen hijos menores de edad pero no se ha determinado de forma clara un límite temporal del derecho de uso de la vivienda familiar. No se aplica un límite temporal al derecho de uso de la vivienda familiar en casos en los que el Juez o Tribunal considera que hay que atender a las circunstancias específicas que se den en un determinado momento, sin establecer uno en concreto, ya que de no ser así se produciría un perjuicio para el menor, contradiciendo el principio general del Derecho *favor filii* o interés superior del menor. Un ejemplo representativo de estos supuestos es el de la Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 20 de julio de 2005, que no estableció un límite temporal y manifestó que “los hijos permanecerán en él (domicilio conyugal) mientras objetivamente lo precisen y las circunstancias lo aconsejen”.

3.3 Problemática del derecho de uso de la vivienda familiar.

3.3.A. Problemática respecto a algunos derechos reales.

3.3.A.1 Derecho a la propiedad privada.

De acuerdo al criterio familiar más necesitado de protección, el cónyuge que acredite que posee menos capacidad económica que el otro será el que tenga el derecho de uso de la vivienda familiar.

Se trata de un derecho que se puede que inscribir en el Registro de la Propiedad, por ese motivo, es un derecho oponible *erga omnes*. La vivienda cuya titularidad sea de uno o ambos cónyuges y se encuentre gravada por un derecho de uso permitirá que, ante un embargo o ejecución hipotecaria del inmueble, el derecho de uso que se halle inscrito sea respetado en todo caso, lo que tiene como consecuencia que el cónyuge beneficiado por este derecho de uso podrá seguir residiendo en la vivienda hasta que cese su derecho, con independencia del cambio de titular de la misma.

En el artículo 96.4 del Código Civil se dispone que en los supuestos en los que concurra un derecho de uso se precisará del consentimiento de ambos progenitores para proceder a su venta. Dicho consentimiento versa sobre la posibilidad de disponer de la vivienda libre de cargas con el consentimiento del cónyuge beneficiario. Si no concurriese el consentimiento, la vivienda podrá ser enajenada, aunque el derecho de uso habrá de ser en todo caso respetado. Si el derecho de uso está inscrito en el Registro de la Propiedad, el comprador ya no se encuentra protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria³².

32 Ley Hipotecaria, aprobada por el Decreto de 8 de febrero de 1946.

En los supuestos en los que la vivienda privativa de uno de los cónyuges ha sido utilizada como vivienda familiar, hay que intentar respetar el derecho de propiedad privada del cónyuge titular, intentando encontrar una solución alternativa para satisfacer el interés superior del menor sin perjudicar el derecho del propietario. No obstante, si la capacidad económica del cónyuge no propietario es inferior a la del cónyuge titular, se determinará la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no propietario y será el propietario el que deba acceder a otra vivienda para poder continuar con el régimen de guarda y custodia compartida, sin recibir una compensación económica por la vulneración de su derecho de acuerdo con lo establecido en el Código Civil³³.

En estos supuestos, es necesario establecer un límite temporal en la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar, ya que se está privando el derecho a la propiedad privada del progenitor, vulnerando así el artículo 33 de la Constitución española³⁴ y el artículo 348 del Código Civil³⁵. La jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo³⁶ considera que de no establecerse un límite temporal el derecho del titular de la vivienda quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele disponer de ella.

En conclusión, se trata de una manifestación de la función social del derecho a la propiedad, según la cual las posibilidades de aprovechamiento del derecho a la propiedad no son absolutas ni ilimitadas, debido a que siempre están subordinadas a los intereses colectivos. Por este motivo, cuando el derecho a la propiedad entra en juego con la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar, el aprovechamiento de la vivienda se encuentra subordinado al interés del menor³⁷.

3.3.A.2 Supuestos de arrendamiento.

El artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos³⁸ regula:

“1. En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil que resulte de aplicación. El cónyuge a quien se haya atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, pasará a ser el titular del contrato.

2. La voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda.”

33 En algunas leyes autonómicas sí que se contempla una compensación económica, como es el caso del artículo 6.1 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

34 El artículo 33 de la Constitución española afirma que “se reconoce el derecho a la propiedad privada” y que “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos salvo por causa justificada”.

35 El artículo 348 del Código Civil define que “la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”.

36 STS de 24 de octubre de 2014.

37 El artículo 33.2 de la Constitución Española dice al respecto que “se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.”

38 Artículo 15 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

Este precepto contempla el caso de atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular del arrendamiento. Además debe tratarse de una atribución en la sentencia que haya puesto fin al proceso de nulidad, separación o divorcio. La falta de notificación al arrendador traería consigo la falta de subrogación del cónyuge no arrendatario, continuando como titular en el arrendamiento el cónyuge no adjudicatario del uso³⁹.

3.3.B. Problemas económicos.

En los casos en los que cada uno de los progenitores deba contar con otra vivienda en la que residir durante los períodos que no le corresponda ejercer la guarda y custodia, supondrá un desembolso económico de gran notoriedad que muchas personas no pueden soportar, ya sea por la compra del inmueble como por los gastos ordinarios del mantenimiento de la misma (agua, luz, gas, impuestos varios, etc.)

4. Mención especial del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en casos de nulidad, separación y divorcio.

El 19 de julio de 2013 el Congreso de los Diputados aprobaba el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en casos de nulidad, separación y divorcio. Este Anteproyecto tiene como finalidad establecer una regulación uniforme respecto al régimen de guarda y custodia compartida, que hasta el momento no se había producido.

La regulación relativa a la atribución del uso de la vivienda es objeto de una reforma sustancial, aunque el criterio fundamental para la asignación continúa siendo el interés superior del menor (*favor filii*). En los casos de custodia compartida, el Juez habrá de atribuir el uso de la vivienda al progenitor que tuviera mayores dificultades de acceso a la vivienda, siempre que dicha medida fuese compatible con los intereses de los hijos. Esta medida es extensible al progenitor que no ostenta la custodia de los hijos, siempre que acredite que su interés es el más necesitado de protección y que el progenitor custodio tiene medios suficientes para cubrir sus necesidades y la de sus hijos⁴⁰.

39 PÉREZ UREÑA, La atribución de la vivienda familiar arrendada en la crisis matrimonial. El interés casacional civil. *Diez años de Abogados de familia*, 2003, p.508-509.

40 Modificación del artículo 96.2 del Código Civil, que queda redactado de esta forma: "Cuando no se hubiera podido dar un destino definitivo a la vivienda familiar, enseres y ajuar existentes en el mismo, la atribución de su uso se hará por el Juez en función de lo que sea más conveniente para los intereses de los hijos. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. En todo caso, siempre que no fuera atribuido su uso por períodos alternos a ambos progenitores, y fuera compatible con los intereses de los hijos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el régimen de guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores o si los cónyuges no tuvieran hijos o éstos fueran mayores de edad. Excepcionalmente, aunque existieran hijos menores o con la capacidad judicialmente completada dependientes de los progenitores, el Juez puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda y custodia si es el más necesitado y el progenitor a quien corresponde la guarda y custodia tiene medios suficientes

La atribución de la vivienda familiar tendrá carácter temporal, es decir, se mantendrá hasta que cese la obligación de prestar alimentos a los hijos o se proceda a la venta del inmueble, en los casos de que la atribución se haya realizado como consecuencia de tener la guarda y custodia del menor. En el resto de supuestos, se mantendrá por un período de dos años prorrogables durante otro, en caso de mantenerse las dificultades de acceso a otra vivienda⁴¹.

Por último, se establece expresamente la inscripción en el Registro de la Propiedad de este derecho o, si se ha atribuido como medida provisional, la posibilidad de su anotación preventiva en el Registro de la Propiedad⁴².

para cubrir su necesidad de vivienda y la de sus hijos”

41 Modificación del artículo 96.3 del Código Civil, que queda redactado de esta forma: “En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos y ésta fuera privativa del otro progenitor o común de ambos, lo será hasta que tenga la obligación de prestarles alimentos o se liquide la vivienda. En los demás supuestos, lo será por un tiempo máximo de dos años, mientras se procede a la liquidación del inmueble en los términos indicados. De continuar teniendo dificultades para encontrar vivienda, o en el supuesto de no haber podido realizar su liquidación en este tiempo, con carácter excepcional, podrá solicitarse, con tres meses de antelación, una prórroga por un año, debiendo tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas”.

42 Modificación del artículo 96.8 del Código Civil, que queda redactado de la siguiente manera: “El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge se podrá inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad”.

5. Conclusiones.

1. El régimen de guarda y custodia compartida es un régimen relativamente reciente en el que ambos progenitores cumplen con las obligaciones y disfrutan de los derechos derivados de la guarda y custodia de forma equitativa. Sin perjuicio de ello, se trata de un régimen controvertido, debido a que supone un desajuste en la vida del menor y de sus progenitores.
2. El artículo 96 del Código Civil es el encargado de regular la atribución del uso de la vivienda familiar. No obstante, este precepto no prevé de forma específica la atribución del uso de la vivienda familiar en los regímenes de guarda y custodia compartida y muchas veces los tribunales han aplicado por analogía el párrafo segundo de dicho precepto. A pesar de que no haya una regulación estatal específica, diversas leyes autonómicas han regulado la atribución del uso de la vivienda familiar en los regímenes de guarda y custodia compartida, como es el caso del Código Civil de Cataluña, entre otras.
3. El criterio fundamental a la hora de decidir cuál es el régimen de guarda y custodia más conveniente es el interés superior del menor, conocido también como *favor filii*. Se trata de un principio general del Derecho que debido a su importancia tiene preferencia ante otros derechos que entran en juego en los regímenes de guarda y custodia compartida, como es el caso de los derechos de los progenitores. El Tribunal Supremo ha manifestado en su doctrina jurisprudencial que, aunque existe una presunción *iuris tantum* de que el interés superior del menor se satisface con la atribución de la vivienda familiar, contempla la posibilidad de que el *favor filii* se pueda satisfacer de otra forma.
4. Se puede afirmar que la titularidad del derecho de uso corresponde al cónyuge que tiene la guarda y custodia según la doctrina mayoritaria, aunque su derecho se encuentre justificado por el hecho de ostentar esta guarda y custodia. En el caso de los regímenes de guarda y custodia compartidas, se entenderá que tiene la guarda y custodia el progenitor que en ese momento tenga a su cargo a los menores, mientras que el otro progenitor será no custodio durante este período de tiempo y viceversa.
5. Los Tribunales civiles españoles atribuyen el uso de la vivienda familiar de acuerdo a dos modalidades generales, sin perjuicio de casos específicos que necesiten la aplicación de un criterio adaptado a sus necesidades concretas: la primera modalidad es aquella en la cual los hijos residen en la vivienda familiar y son los progenitores los que van rotando en el uso de la vivienda familiar por períodos alternos; la segunda modalidad es aquella en la que los hijos se trasladan al domicilio de cada uno de los progenitores, que es la modalidad más frecuente y son los hijos los que van cambiando de residencia por períodos alternos.

6. La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar tiene carácter temporal. De hecho, la jurisprudencia ha puesto reiteradamente de manifiesto este carácter y que su uso con carácter indefinido contravendría sus caracteres esenciales. En la mayoría de supuestos se establece como límite temporal el momento en el que los hijos alcancen la mayoría de edad o cuando se disuelva la correspondiente sociedad de gananciales. Sin perjuicio de ello, en algunas ocasiones los tribunales no fijan un período concreto del derecho de uso de la vivienda familiar, aunque se desprende de su naturaleza que se trata de un derecho temporal y no de carácter indefinido.

7. El derecho de uso de la vivienda familiar en los regímenes de guarda y custodia compartida puede derivar una cierta problemática de acuerdo a otros derechos. El derecho más importante es el derecho a la propiedad privada de los progenitores, que se ve afectado sobre todo en el caso de que se atribuya la vivienda familiar al progenitor no propietario atendiendo al interés superior del menor, debido a que es el interés que ha de prevalecer en todos los casos. En estos casos se tiene que establecer un límite temporal en el derecho de uso de la vivienda familiar. La jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo ha manifestado que de no establecerse un límite temporal el derecho del titular de la vivienda quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele disponer de ella. No obstante, también se pueden producir problemas en supuestos de arrendamiento, además de los problemas económicos derivados de la adopción del régimen de guarda y custodia compartida y la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar.

8. Finalmente, hay que realizar una mención especial del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en casos de nulidad, separación y divorcio, aprobado el 19 de julio de 2013 por el Congreso de los Diputados. Este Anteproyecto tiene como finalidad establecer una regulación uniforme respecto al régimen de guarda y custodia compartida, que hasta el momento no se había producido. Realiza una modificación sustancial en la regulación de la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los regímenes de guarda y custodia compartida, aunque el criterio principal continúa siendo el del interés superior del menor.

6. Fuentes.

6.1 Bibliografía.

MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: Teoría y práctica jurisprudencial*. Civitas-Aranzadi, 2005.

PÉREZ UREÑA, La atribución de la vivienda familiar arrendada en la crisis matrimonial. El interés casacional civil. *Diez años de Abogados de familia*, 2003.

6.2 Jurisprudencia.

6.2.A Tribunal Supremo.

STS de 18 de octubre de 1994 – STS de 31 de diciembre de 1994 – STS de 11 de julio de 2002 – STS de 1 de abril de 2011 – STS de 14 de abril de 2011 – STS de 21 de junio de 2011 – STS de 16 de junio de 2014 – STS de 27 de marzo de 2001 – STS de 16 de diciembre de 1996 – STS de 29 de marzo de 2011 – STS de 30 de septiembre de 2011 – STS de 10 de octubre de 2011 – STS de 5 de noviembre de 2012 – STS de 22 de abril de 2004 – STS de 24 de octubre de 2014

6.2.B Tribunal Constitucional.

STC de 17 de octubre – STC 29 de mayo de 2000

6.2.C Tribunal Superior de Justicia.

STSJ Aragón de 13 de junio de 1991

6.2.D Audiencia Provincial.

SAP Murcia de 26 de febrero de 2007 – SAP Girona de 21 de mayo de 2008 – SAP Barcelona de 15 de enero de 2009 – SAP Málaga de 1 de septiembre de 2005 – SAP Huelva de 29 de octubre de 2002 – SAP Las Palmas de 11 de junio de 2004 – SAP Navarra de 22 de septiembre de 2004 – SAP Córdoba de 25 de octubre de 2001 – SAP Baleares de 9 de abril de 2001 – SAP Barcelona de 26 de mayo de 2003 – SAP Burgos de 30 de junio de 2006 – SAP Pontevedra de 20 de diciembre de 1999 – SAP Vizcaya de 26 de septiembre de 2005 – SAP Madrid de 14 de abril de 2005 – SAP Baleares de 21 de abril de 2005 – SAP Tarragona de 17 de enero de 2005 – SAP León 20 de julio de 2005

6.3 Legislación.

6.3.A Legislación estatal.

Código Civil: Artículo 69 – Artículo 70 – Artículo 92 – Artículo 96 – Artículo 348

Constitución española: Artículo 14 – Artículo 24 – Artículo 33 – Artículo 39 – Artículo 117.3

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

Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

Ley Hipotecaria, aprobada por el Decreto de 8 de febrero de 1946.

6.3.B Legislación autonómica.

Código Civil de Cataluña, redactado por la Ley 25/2010, de 29 de julio, relativo a la persona y la familia.

Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas.

Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.