

Trabajo de Fin de Grado

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DENTRO DEL RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL

DOBLE GRADO DE ADE Y DERECHO

Trabajo realizado por: Nerea Díaz Navarro

Dirigido por: Rafael Cardenal Carro

Febrero 2021



ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: PRESUPUESTOS.....	6
2.1. Guarda y custodia: una aproximación a la guarda y custodia compartida en el régimen del Código Civil.....	7
2.2. Significado jurídico: vivienda familiar y ajuar doméstico.....	11
3. CRITERIOS LEGALES DE ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS SUPUESTOS DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	18
3.1. El interés superior del menor como criterio rector de la decisión.....	18
3.2. El acuerdo de las cónyuges sobre la atribución del uso de la vivienda familiar..	20
3.3. La decisión judicial sobre la atribución del uso de la vivienda familiar: el interés más necesitado de protección.....	21
4. LA MATERIALIZACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS LEGALES: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.....	25
4.1. La atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos.....	26
4.2. La atribución del uso de la vivienda familiar a uno solo de los progenitores.....	29
4.3. La no asignación de la vivienda familiar a ninguno de los cónyuges.....	33
5. LUGAR DE RESIDENCIA DE LOS HIJOS A EFECTOS DE EMPADRONAMIENTO.....	34
6. CONCLUSIONES.....	36
BIBLIOGRAFÍA	40
JURISPRUDENCIA.....	43

ABREVIATURAS

AAPP: Audiencias Provinciales.

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

AP: Audiencia Provincial.

CC: Código Civil.

CCAA: Comunidades autónomas.

CCC: Código Civil de Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia).

CDCFN: Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

CDFa: Código del Derecho Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas).

CE: Constitución Española.

FD: Fundamento de Derecho.

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

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LRFPV: Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

1. INTRODUCCIÓN.

Cuando se produce la desintegración del núcleo familiar, y el consecuente fin de la vida en común de la pareja, se vuelve necesario reordenar las relaciones entre los hijos menores y sus padres.

Hasta hace unos años, lo habitual era la atribución de la custodia a uno sólo de los progenitores –prácticamente siempre a la madre–. En 2013 se registraron un total de 99.781 divorcios y separaciones, de los cuales 53.030 requirieron decidir sobre el ejercicio de la guarda y custodia: en el 81,77% de los casos se concedió la custodia exclusiva, y tan sólo un 17,91% de las crisis matrimoniales se resolvieron con la custodia compartida. Ahora bien, lo que hasta hace unos años era lo normal, ha dejado de serlo. Y es que, los avances que ha experimentado nuestra sociedad se han traducido en un mayor protagonismo de la custodia compartida: en 2019, ésta se otorgó en el 37,46% de los supuestos, reduciéndose la concesión de la custodia exclusiva al 62,15%¹.

Tabla 1. Atribución de la custodia en los casos de separación y divorcio.

	Total Divorcios y Separaciones	Custodia exclusiva Padre	Custodia exclusiva Madre	Custodia compartida	Otros	No procede ejercer custodia
2013	99.781	2.942	40.422	9.497	170	46.751
2014	104.907	2.960	41.031	11.929	232	48.755
2015	100.327	2.710	37.042	13.074	191	47.310
2016	99.818	2.654	35.022	14.954	242	46.945
2017	101.178	2.323	33.896	15.757	199	49.004
2018	98.199	2.153	31.497	17.294	219	47.036
2019	94.126	1.997	28.447	18.350	193	45.138

Nota. Elaboración propia a partir de los datos del Instituto Nacional de Estadística.

En vista de los datos, es innegable el protagonismo que ha cobrado la custodia compartida. Sin embargo, pese a ser una realidad cada vez más habitual, el Código Civil pasa de puntillas por su regulación, sin pronunciarse sobre las principales medidas que la materializan, entre ellas, la atribución del uso de la vivienda familiar.

¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, “Divorcios entre cónyuges de diferente sexo según tipo de divorcio y cónyuge que deba ejercer la custodia”, <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=20692#!tabs-tabla>, visto el 15 de noviembre de 2020 y “Separaciones entre cónyuges de diferente sexo según tipo de separación cónyuge que debe ejercer la custodia”, <https://ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=20507#!tabs-tabla>, visto el 15 de noviembre de 2020.

La decisión sobre la atribución del uso de la vivienda familiar se revela esencial por las importantes implicaciones económicas, sociales, e incluso, sentimentales que lleva aparejadas. De ahí que resulte especialmente llamativo que el legislador estatal –a diferencia del de algunas CCAA con derecho civil propio que sí ha legislado al respecto– no haya previsto nada sobre quién debe permanecer en el uso de la vivienda familiar cuando la custodia de los hijos menores es compartida.

Este vacío legal es el que, precisamente, ha hecho centrar el objeto de estudio del presente trabajo en el régimen del Código Civil y, consecuentemente, descartar el análisis en profundidad de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores –la cual desplazó la aplicación del Código Civil en el ámbito territorial de la comunidad autónoma vasca a partir de su entrada en vigor–. Nuestra comunidad autónoma cuenta con una base legal expresa sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, pero ¿a qué deben atenerse las CCAA sometidas al régimen común a la hora de adoptar una decisión tan controvertida y trascendente como aquella en un procedimiento matrimonial contencioso?

El objetivo del trabajo es dilucidar cómo se ha abordado la atribución del uso de la vivienda familiar en la custodia compartida dentro del régimen del Código Civil. Ante la superficial e insuficiente regulación del artículo 96 CC, este estudio se ha afrontado haciendo especial énfasis en las soluciones propuestas por la Doctrina y la Jurisprudencia, sin obviar lo establecido por las distintas normativas autonómicas.

De suerte que en las líneas que siguen, una vez contextualizada la decisión sobre la atribución del uso, se ha entrado a definir la noción de vivienda familiar, delimitando las notas que la caracterizan e identificando los elementos que quedan excluidos de dicho concepto. A continuación, se ha pasado a analizar los criterios que rigen la asignación del uso de la vivienda familiar, distinguiendo entre la existencia o no de acuerdo de los cónyuges al respecto. En último lugar, se ha realizado un análisis sobre los pros, los contras y las implicaciones de las principales formas de atribución del uso de la vivienda familiar y se han aclarado cuestiones de relevancia práctica, como el lugar de empadronamiento del menor.

2. LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: PRESUPUESTOS.

La atribución del uso de la vivienda familiar y el ajuar doméstico es una de las medidas que más controversia suscita en los procesos de separación, divorcio y nulidad y, sin lugar a dudas, guarda estrecha relación con la guarda y custodia de los hijos menores, resultando especialmente conflictiva en la modalidad de custodia compartida.

La problemática en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar no es casual, pues la vivienda familiar constituye, en la inmensa mayoría de los casos, el activo más valioso del patrimonio de los cónyuges y esto, no sólo desde una perspectiva económica sino también, social y emocional².

Así, la vivienda familiar es, probablemente, el bien más costoso en que invierte una pareja durante su relación, pero su trascendencia no queda reducida a una cuestión puramente monetaria, puesto que de aquella depende la satisfacción de algunas necesidades básicas. En este sentido, el inmueble permite satisfacer ciertas necesidades fisiológicas –dota de refugio, de alojamiento– y de seguridad, al mismo tiempo que proporciona intimidad y bienestar³. Además, el lugar en que radica el inmueble se convierte, en muchas ocasiones, en el epicentro de la vida social de aquellos que lo habitan. Y todo ello, sin obviar el valor sentimental que la vivienda puede tener para los cónyuges.

De ahí que la decisión sobre a quién corresponde el uso de la vivienda familiar revista una importancia vital en los procesos de crisis matrimonial, especialmente, en contextos marcados por la crisis económica, la destrucción de empleo y las dificultades de acceso al mercado laboral, en los cuales se agudizan los perjuicios que acarrea el alquiler o la compra de otro inmueble para el cónyuge no usuario. Dada la trascendencia práctica de esta medida, es necesario que las pretensiones relativas al uso de la vivienda familiar no se vean contaminadas por los intereses económicos de los progenitores.

² CHAPARROS MATAMOROS, P., *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 55-57.

³ GARCÍA PRESAS, I., *Los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis de pareja*, Madrid, Reus, 2019, p. 17.

2.1. Guarda y custodia: una aproximación a la guarda y custodia compartida en el régimen del Código Civil.

El artículo 154 del Código Civil, relativo a la patria potestad, recoge los derechos y deberes que ostentan los progenitores, respecto de los hijos menores no emancipados, en el ejercicio de dicha función:

“1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes”.

La figura de la guarda y custodia queda subsumida en el primero de los citados derechos y deberes⁴, pues consiste en “cuidar y custodiar a los menores en todos aquellos aspectos ordinarios de su vida”⁵, lo que implica convivir diariamente con ellos, acompañándolos y asistiéndolos, y como no puede ser de otra forma, garantizando de manera plena sus derechos⁶.

De suerte que, con carácter general, el ejercicio de la guarda y custodia permite materializar el contenido de la patria potestad⁷. Así, mientras los progenitores desarrollan en común la vida familiar, la guarda y custodia de los hijos menores se inserta en el ejercicio ordinario de la patria potestad, correspondiendo conjuntamente a ambos padres. Ahora bien, cuando sobreviene la nulidad, separación o divorcio de los cónyuges y cesa la convivencia simultánea de los progenitores, se vuelve necesario precisar quién va a quedar a cargo de los hijos menores⁸, esto es, se revela imprescindible plantear la manera de dar continuidad a las relaciones entre padres e hijos, en definitiva, la manera de resolver sobre la guarda y custodia.

⁴ MARTINEZ CALVO J., “La regulación de la guarda y custodia de los hijos en el entorno europeo”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 12, febrero 2020, pp. 700-701.

⁵ ZABALGO, P., “La custodia compartida en la jurisprudencia actual dictada por el Tribunal Supremo”, *Diario La Ley*, nº 9088, noviembre 2017, p.1.

⁶ El Código Civil español no contiene definición alguna del término “guarda y custodia” a pesar de las numerosas referencias que se hacen a esta figura en su articulado, de modo que ha sido la Doctrina la que ha tratado de arrojar luz sobre el mencionado concepto delimitando sus líneas principales.

⁷ MORERA VILLAR, B., “Guardia y custodia compartida impuesta”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 9, agosto 2018, p.423.

⁸ MARTÍNEZ CALVO, J., “La regulación de...”, *op. cit.*, p.701.

A este respecto, se presentan diversas posibilidades: la guarda y custodia exclusiva, unilateral o monoparental, a favor de uno de los progenitores⁹; la guarda y custodia partida o distributiva¹⁰, en virtud de la cual se atribuye la custodia de uno o varios hijos a un progenitor y del resto a otro¹¹; y la guarda y custodia compartida o alternativa, en la que ambos progenitores convienen en distribuir de forma justa y proporcional la convivencia y la atención de las necesidades materiales de los hijos menores¹².

Tres son, por tanto, las modalidades de concesión de guarda y custodia que se prevén en la actualidad¹³. Sin embargo, el Código Civil no siempre ha considerado todas ellas.

La legislación vigente con anterioridad al año 2005 no contenía una previsión expresa sobre la guarda y custodia compartida¹⁴, y es que, ésta no se reguló en el Código Civil hasta la promulgación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, la cual dio una nueva redacción al artículo 92 CC introduciendo esta figura en sus apartados quinto y octavo¹⁵.

De manera que desde que se acometió la reforma, el apartado quinto¹⁶ contempla la posibilidad de que el Juez establezca la guarda compartida cuando ambos progenitores, de común acuerdo, así lo convengan. Y, por su parte, el apartado octavo¹⁷ establece los

⁹ De acuerdo con MORERA VILLAR, B., *op. cit.*, p. 423, este régimen se caracteriza por la convivencia habitual de los menores con uno de los progenitores, quien se encarga de su cuidado y asistencia, así como de la adopción de decisiones cotidianas de menor importancia, mientras que el otro progenitor, el no custodio, disfruta de un régimen de visitas y participa en cuestiones de mayor envergadura.

¹⁰ El propio Código Civil presenta ciertas reticencias a este sistema en el artículo 92.5, el cual establece explícitamente que se debe procurar no separar a los hermanos.

¹¹ CATALÁN, M.J., *et al.*, “La custodia compartida: concepto, extensión y bondad de su puesta en escena. Debate entre psicología y derecho”, *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 17, 2007, p. 134.

¹² ORTUÑO MUÑOZ, J.P., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Madrid, Civitas, 2006, p.60.

¹³ Es de mencionar también la guarda y custodia a favor de un tercero que, si bien no se ha incluido por constituir una solución excepcional, se trata de una opción igualmente prevista en el Código Civil.

¹⁴ VIÑAS MAESTRE, D., “Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda”, *Indret: Revista Para el Análisis del Derecho*, nº3, 2012, p.4.

¹⁵ De ahí que con anterioridad a la Ley 15/2005, la guarda y custodia compartida se concediera de manera aislada y extraordinaria.

¹⁶ Artículo 92.5 CC. “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. [...]”.

¹⁷ Artículo 92.8 CC. “Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

tres requisitos exigidos para que el Juez, aun no existiendo acuerdo de los progenitores, pueda adoptar la custodia compartida a instancia de una de las partes¹⁸. Estos requisitos son:

- Petición de parte. La guarda y custodia compartida debe ser solicitada, necesariamente, por una de las partes. En definitiva, el Juez no puede acordar la guarda y custodia compartida de oficio. De hecho, así lo ha confirmado el Tribunal Supremo en diversas sentencias en las que afirma que “un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores”¹⁹.
- Informe favorable del Ministerio Fiscal. Respecto a la exigencia de informe favorable del Ministerio Fiscal, conviene matizar que el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 17 de octubre de 2012 (EDJ 2012/224014) declaró inconstitucional y nulo el inciso “favorable” previsto en el citado precepto. De suerte que, si bien el informe continúa siendo imprescindible, corresponde exclusivamente al Juez verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen de guarda y custodia compartida, con independencia del sentido en que se pronuncie el Ministerio Fiscal.
- Que la guarda y custodia compartida sea el único medio que permita la protección del interés superior del menor. La postura de la jurisprudencia es firme en lo que a prevalencia del interés del menor se refiere. En este sentido, el TS recalca que se debe primar el interés de los menores y que la interpretación del artículo 92 del CC debe estar fundada en el interés de los mismos²⁰.

En vista de lo expuesto, se puede afirmar que la Ley 15/2005, de 8 de julio, no entró a regular la guarda y custodia compartida de manera detallada, pues ni previó un listado de criterios a valorar por el Juez a la hora de determinar el régimen de guarda más conveniente a acordar²¹, ni entró a regular las medidas complementarias subsiguientes a

¹⁸ MARTÍNEZ CALVO, J., “La regulación de...”, *op. cit.*, pp.704-705.

¹⁹ STS de 19 de abril de 2012 (ROJ:2905/2012), FJ. 5º, STS de 29 de abril de 2013 (ROJ: 2246/2013), FJ. 2º, STS de 15 de junio de 2016 (ROJ: 2877/2016), FJ. 3º, entre otras.

²⁰ ATS de 27 de noviembre de 2019 (ROJ: 12659/2019), STS de 16 de enero de 2020 (ROJ: 61/2020).

²¹ Cuestión que sí ha sido abordada por el TS, que ante la ausencia de criterios legales, se ha pronunciado señalando aquellos criterios a los que el Juez deberá atender en la toma de esta decisión. En este sentido, la citada STS de 29 de abril de 2013, declara como doctrina jurisprudencial que se habrá de atender a criterios

la ruptura de la convivencia de pareja para el sistema de custodia compartida: el régimen de visitas, la contribución de los progenitores al mantenimiento de los hijos menores – pensión de alimentos y reparto de gastos extraordinarios– y la atribución del uso de la vivienda familiar. En definitiva, se limitó simplemente a introducir la posibilidad de su adopción.

Ahora bien, las críticas que ha suscitado esta reforma del año 2005 no giran únicamente en torno a la superficialidad de su regulación, sino también en torno al carácter excepcional con el que ha contemplado la implantación de la guarda y custodia compartida: el propio artículo 92.8 CC comienza con la palabra “excepcionalmente”.

Sin embargo, el TS no se ha ceñido al tenor literal de la ley y ha venido realizando una interpretación extensiva de la misma, mostrándose partidario de la adopción del mencionado régimen. La trascendental STS de 29 de abril de 2013 declaró como doctrina jurisprudencial que:

La redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea²².

Esta doctrina se ha ido reiterando en sucesivas resoluciones consolidando la custodia compartida como un sistema normal e incluso deseable²³.

Y precisamente, en un intento de normalizar a nivel legislativo el sistema de guarda y custodia compartida se trató de impulsar, si bien resultó fallido, el Anteproyecto de Ley

tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

²² Este razonamiento se puede encontrar también en STS de 7 de julio de 2011 (ROJ: 4824/2011), STS de 22 de julio de 2011 (ROJ: 4924/2011), ATS de 13 de febrero de 2019 (ROJ: 1545/2019), STS de 18 de julio de 2019 (ROJ: 2564/2019).

²³ SEIJAS QUINTANA, J.A., “Estudio de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo”, en Consejo general del poder judicial, *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*, 2020, p. 61.

sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia²⁴.

Este intento del legislador estatal de abordar la regulación de la guarda y custodia compartida resultó, por tanto, infructuoso, lo que contrasta con lo sucedido a nivel autonómico, donde algunas CCAA con derecho civil propio entraron a regular esta materia, y a diferencia de la Ley 15/2005, estas normas autonómicas no sólo introdujeron la guarda y custodia compartida²⁵, sino que también establecieron las pautas a seguir para resolver sobre las medidas que permiten materializarla²⁶.

De modo que, mientras las CCAA con legislación civil o foral especial han regulado con detalle esta institución, a día de hoy la normativa propia del Estado continúa presentando importantes carencias que han sido suplidas por la ardua labor de la Jurisprudencia, la cual, a través de sus pronunciamientos, ha ido fijando las directrices básicas para el desarrollo de la guarda y custodia compartida, directrices que, entre otras cuestiones, se han centrado en abordar la atribución del uso de la vivienda familiar y ajuar doméstico.

2.2. Significado jurídico: vivienda familiar y ajuar doméstico.

El Código Civil alude al concepto de vivienda familiar en varios artículos. Así, su artículo 91 señala que el Juez determinará, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no

²⁴ El ACP no pretendía establecer la guarda y custodia compartida como sistema preferente, sino equipararla a la guarda y custodia monoparental, y todo ello, suprimiendo las preferencias existentes en la actualidad por esta última modalidad, de tal modo que se encomendaba al Juez, actuando en interés del menor, la determinación del régimen de guarda y custodia más conveniente.

²⁵ Mientras que la Comunidad Valenciana y el País Vasco parecen decantarse a favor de la modalidad de la guarda y custodia compartida, la Comunidad Foral de Navarra y Aragón –desde la reforma acometida por la Ley 6/2019, de 21 de marzo–, han optado por equiparar los regímenes de custodia compartida y exclusiva. En lo que respecta a Cataluña, si bien de la redacción del CCC puede deducirse una preferencia por el sistema de custodia compartida, el TSJ catalán ha aclarado que “no caben sistemas “preferentes” sino que debe establecerse en cada caso en función del superior interés de los menores afectados” (STSJ de Cataluña de 25 de mayo de 2015 (ROJ: 5187/2015)).

²⁶ Es el caso de Aragón mediante la Ley 2/2010, de 26 de mayo, cuyo contenido fue incorporado al CDFA por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que fue modificado posteriormente por la Ley 6/2019, de 21 de marzo; Cataluña mediante el CCC; en la Comunidad Foral de Navarra se incorporó a la CDCFN mediante la Ley 3/2011, de 17 de marzo, que ha sido modificada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la CDCFN; y el País Vasco mediante la LRFPV. La Comunidad Valenciana abordó la regulación de la custodia compartida a través de la Ley 57/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, sin embargo, la STC de 16 de noviembre de 2016 (EDJ 2016/211063), de 16 de noviembre, declaró la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de dicha Ley por ausencia de competencia autonómica en la materia, por ello, en adelante, no se hará mención a la misma.

aprobación del mismo, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con la “vivienda familiar” en las sentencias de nulidad, separación o divorcio. Por su parte, el artículo 96 CC se refiere a la “vivienda familiar” al abordar la problemática de la atribución de su uso. El artículo 103.2 CC prevé entre las medidas provisionales a adoptar por el Juez, a falta de acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente, la de decidir quién ha de continuar en el uso de la “vivienda familiar”. El artículo 1320 CC manifiesta la protección especial de la que goza “la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia” al señalar que se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial, para disponer de los derechos de uso sobre aquellos, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges. Finalmente, el artículo 1357.2 CC, relativo al régimen de gananciales, hace alusión a la “vivienda y ajuar familiares”.

Pese a estas referencias, el Código Civil no ofrece definición alguna de “vivienda familiar”, habiendo tenido que cubrir esta carencia la Doctrina y la Jurisprudencia.

Así, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA la define como “el lugar donde se desarrolla la vida familiar, el lugar de residencia habitual de los miembros de la unidad familiar en la que se ejercen las funciones y derechos y deberes propios e inherentes a la familia”²⁷. Para GONZÁLEZ COLOMA la vivienda familiar es aquella “que se utiliza de forma permanente y que se erige como centro de los intereses económicos y jurídicos de la familia y en la que se desarrolla la convivencia marital, de pareja y/o familiar”²⁸.

Por su parte, el TS en la STS de 31 de diciembre de 1994 (EDJ 1994/10330) definió la 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”. Y en la STS de 16 de diciembre de 1996 (ROJ: 7256/1996) señaló que:

La vivienda familiar es el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos.

²⁷ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a., “La vivienda familiar en caso de custodia compartida sus implicaciones en el derecho de cosas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 736, 2013, p. 1133.

²⁸ GONZÁLEZ COLOMA, G., *Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 2019, p. 108.

Un concepto que sí entra a delimitar el Código Civil –y que guarda evidente relación con la vivienda familiar– es el de “domicilio”, que se perfila como el lugar de residencia habitual de las personas naturales. De suerte que, este término permite fijar el lugar al que se ha de atender para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles de las personas²⁹, en definitiva, permite “localizar a las personas a ciertos efectos”³⁰. Así, el domicilio constituye la sede jurídica de la persona³¹.

De modo que, siguiendo esta línea argumental, el “domicilio conyugal”, al que se refiere el artículo 70 CC, es la sede jurídica de ambos cónyuges³². Esto es, frente a terceros, es el lugar de localización de los cónyuges para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, y entre los esposos, es el lugar en que discurre la relación jurídica matrimonial³³. Y, en este contexto, podría decirse que la vivienda familiar es “la base física del domicilio conyugal fijado por los cónyuges”³⁴.

De hecho, son varias las sentencias que se han pronunciado en este sentido en su empeño por clarificar la noción de vivienda familiar. La STS de 19 de noviembre de 2013 (ROJ: 5509/2013) identifica la vivienda familiar con aquella

[...] que constituya la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Es en este sentido que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar, que es un concepto no definido en el Código Civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el art. 70 CC, en relación al domicilio de los cónyuges.

De lo expuesto se desprende que no existe una única definición de vivienda familiar, sino que se entenderá por tal aquella que tenga el carácter de familiar, para lo cual deberá reunir una serie de requisitos:

²⁹ Artículo 40 CC.

³⁰ HUALDE SÁNCHEZ J.J., “Localización de la persona”, en PUIG I FERRIOL, L., GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., GIL RODRÍGUEZ, J. y HUALDE SÁNCHEZ, J.J., *Manual de Derecho Civil I: Introducción y derecho de la persona*, 3ª edición, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001, p. 264.

³¹ CUENA CASAS, M., “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, en YZQUIERDO TOLSADA, M., (Dir.) y CUENA CASAS, M. (Dir.), *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. 3, Aranzadi Thomson Reuters, 2011, p.291.

³² *Ibidem*, p.291.

³³ GARCÍA PRESAS, I., *op. cit.*, p.19.

³⁴ CUENA CASAS, M., *op. cit.*, p. 291.

A) Habitualidad. La vivienda familiar será aquella en que se desarrolle la convivencia familiar de forma habitual y, presumiblemente, continuada³⁵.

La necesidad de que concurra la nota de la habitualidad ha sido puesta de relieve por la Jurisprudencia en diversas sentencias en las que el TS ha identificado la vivienda familiar con aquella “[...] que constituya la residencia habitual de la unidad familiar [...]”³⁶.

El carácter habitual que debe revestir la convivencia en la vivienda familiar para su consideración como tal conlleva la exclusión de dicho concepto de “las segundas residencias, fincas de recreo, los locales destinados exclusivamente a uso profesional o, el piso adquirido a tal fin por uno de los cónyuges, pero aún no ocupado”³⁷. Y es que las segundas residencias o las fincas de recreo no tienen por objeto servir al desarrollo de la vida familiar de manera continua, sino temporal y, como es sabido, los locales destinados al ejercicio de una actividad industrial no están destinados a cumplir esta función, ni siquiera de forma estacional.

Por ello, y en la medida en que no constituyen la vivienda familiar, el TS ha señalado que, en aplicación de los artículos 91 y 96 CC y 774.4 LEC, no cabe la atribución del uso de los “segundos domicilios u otro tipo de locales que no constituyan vivienda familiar” en los procedimientos matrimoniales contenciosos, es decir, seguidos sin consenso de las partes³⁸. De suerte que la discusión sobre su atribución debe quedar reservada al correspondiente procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial³⁹, debiendo limitarse el Juez en el

³⁵ BERROCAL LANZAROT, A.I., “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 743, 2014, pp. 1349-1350.

³⁶ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 19 de noviembre de 2013 (ROJ: 5509/2013).

³⁷ BERROCAL LANZAROT, A.I., *op. cit.*, pp. 1349-1350.

³⁸ Así lo plasmó en la STS de 9 de mayo de 2012 (ROJ: 3057/2012) y posteriormente, lo reiteró en la STS de unificación de doctrina, de 3 de marzo de 2016 (ROJ: 793/2016) y en la STS de 11 de diciembre de 2019 (ROJ: 4022/2019).

³⁹ En este sentido, la ya mencionada STS de 9 de mayo de 2012 establece que “la atribución de otras residencias de la familia o de otros locales debe efectuarse de acuerdo con las reglas del régimen económico matrimonial que rijan las relaciones entre los cónyuges”.

procedimiento de separación o divorcio a decidir sobre la atribución de la que fuera la vivienda familiar⁴⁰.

Ahora bien, lo que sí permite el TS es sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otra residencia propiedad de uno o ambos miembros de la pareja si esta última es idónea para satisfacer el interés prevalente del menor⁴¹, como así se recoge también en las normativas autonómicas vasca y catalana, en los artículos 12.6 LRFPV y 233-30.6 CCC, respectivamente⁴².

Como se ha adelantado anteriormente, la calificación de la vivienda como familiar exige el desarrollo en su seno de la vida familiar, lo que implica que aquella debe estar efectivamente ocupada por la familia, y esto con independencia del tiempo que ésta lleve en su posesión. En palabras de BERROCAL LANZAROT y CUENA CASAS: “tan habitual es la que está ocupada desde hace muchos años como la que se habita recientemente”⁴³. En definitiva, la habitualidad no está reñida con el tiempo que se viene disfrutando del uso de la vivienda sino, más bien, con la voluntad de permanencia.

Así lo manifiestan algunas Audiencias Provinciales al definir la noción de vivienda familiar. La SAP de Palma de Mallorca, de 19 de enero de 1998 (ROJ: 2974/1998) señala que:

Por vivienda familiar ha de entenderse aquella que constituye la residencia normal de la familia, donde de manera estable y permanente han venido habitando los esposos y los hijos hasta el momento de producirse la crisis del matrimonio cualquiera que sea el título jurídico en virtud del cual la tengan a su disposición.

⁴⁰ Así lo señala la SAP de Cádiz de 10 de enero de 2018 (ROJ: 35/2018) al declarar que “no existiendo la denominada “casa nido”, no cabe realizar pronunciamiento alguno sobre la atribución de una segunda vivienda”.

⁴¹ Así lo reconoció expresamente en la STS de 5 de noviembre de 2012 (ROJ: 7071/2012).

⁴² El Propio Tribunal Superior de Justicia catalán ha matizado en la STSJ de 5 de octubre de 2015 (ROJ: 11002/2015) que el artículo 233-20.6 CCC no menciona que el Juez pueda atribuir, además de la familiar, el uso de otras residencias, sino que lo que establece dicho precepto es la posibilidad de sustituir o subrogar el uso de la vivienda familiar por otra residencia cuando sea idónea para satisfacer las necesidades de vivienda. De la misma forma han interpretado los tribunales vascos su artículo 12.6 LRFPV, tribunales que, en sentencias como la SAP de Álava de 27 de noviembre de 2017 (ROJ: 686/2017) o la SAP de Álava de 4 de enero de 2018 (ROJ: 19/2018) invocan la doctrina del TS para rechazar la atribución de uso y disfrute de la segunda vivienda por exceder del objeto de un proceso de divorcio.

⁴³ BERROCAL LANZAROT, A.I., *op. cit.*, p. 1350. En el mismo sentido, CUENA CASAS, M., *op. cit.*, p. 300.

Por su parte, la STS de 20 de noviembre de 2018 (ROJ: 3882/2018) sólo considera vivienda familiar:

Aquella en que la familia haya convivido, con una voluntad de permanencia de manera que usando este criterio consideramos que desaparecida esa familia, bien unida o disgregada, la vivienda ha de perder también la consideración de vivienda familiar. No puede calificarse de familiar a la vivienda que no sirve a los fines del matrimonio [...].

B) Habitabilidad. La vivienda familiar debe ser un lugar habitable⁴⁴. Esta nota característica puede inducir a error en tanto que el término “habitabilidad” puede llevar a equiparar dos conceptos que no han de ser tratados como sinónimos: vivienda habitable y vivienda digna.

De lo contrario, una vivienda que no reúna unos requisitos básicos de superficie, altura, confort, equipamiento o salubridad podría verse privada de la protección que otorga el Código Civil a la vivienda familiar por no resultar digna debido a su precariedad⁴⁵. Y es que, una vivienda, por indigna que sea, no deja de ser vivienda⁴⁶. Así, algunos autores consideran que no debe reunir unas condiciones mínimas de habitabilidad por más que el artículo 47 CE se refiera a una vivienda digna como premisa⁴⁷.

En este contexto cabe hablar de la problemática aparejada a la atribución del uso de garajes y trasteros que, si bien no constituyen vivienda como tal sí cumplen, en cierto sentido, una función doméstica⁴⁸. La Doctrina mayoritaria considera los garajes y trasteros vivienda familiar, pues forman parte del mismo inmueble⁴⁹.

Sin embargo, es posible encontrar posturas jurisprudenciales contrarias. La SAP de Alicante de 3 de abril de 2012 (ROJ: 2637/2012) entiende que los garajes y trasteros son “elementos que, por su ubicación y destino, forman parte de la atribución del uso de la vivienda familiar a la que están adscritos”. En

⁴⁴ BERROCAL LANZAROT, A.I., *op. cit.*, p. 1350; CUENA CASAS, M., *op. cit.*, p. 298.

⁴⁵ ORDÁS ALONSO, M., *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Madrid, Wolters Kluwer España, S.A., mayo 2018, p. 76.

⁴⁶ BERROCAL LANZAROT, A.I., *op. cit.*, p. 1350; CUENA CASAS, M., *op. cit.*, p. 298.

⁴⁷ BERROCAL LANZAROT, A.I., *op. cit.*, p. 1350; CUENA CASAS, M., *op. cit.*, p. 298.

⁴⁸ Ni el legislador estatal ni los legisladores de las CCAA con derecho civil propio han dilucidado qué consideración merecen estos elementos.

⁴⁹ BERROCAL LANZAROT, A.I., *op. cit.*, p. 1350; CUENA CASAS, M., *op. cit.*, p. 299.

contraposición, la SAP de Las Palmas de 17 de enero de 2005 (ROJ: 130/2005) señala que el garaje “no puede asimilarse a la vivienda conyugal (art. 96 CC)” y opta por disociar ambos elementos atribuyendo su uso de manera independiente.

C) Uso del inmueble. La vivienda familiar debe ser un bien inmueble destinado a proporcionar alojamiento a las personas. De ahí que queden excluidos lugares como locales de negocio, fábricas, establos o almacenes⁵⁰.

Dilucidados los caracteres que hacen del inmueble, efectiva y habitualmente ocupado por la familia, la vivienda familiar, cabe preguntarse si es posible la existencia de varias viviendas familiares habituales en aquellos casos en que la familia posee más de un inmueble. Si bien hay quien considera que puede haber varias viviendas habituales, la Doctrina mayoritaria se decanta por la existencia de una única vivienda familiar, presumiendo como tal aquella en la que los cónyuges hayan fijado el domicilio conyugal⁵¹.

Por último, a la vivienda familiar se vincula el ajuar doméstico, concepto al que alude en varias ocasiones el Código Civil. El artículo 90.1 c) CC establece que el convenio regulador deberá contener la atribución del uso de la vivienda y “ajuar familiar”. Por su parte, el artículo 96 CC hace referencia a que 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. Y, el artículo 103 CC señala que el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, determinará cual de ambos debe continuar en el uso de la vivienda familiar y de “los bienes y objetos del ajuar que continúan en esta”.

Si bien los citados preceptos emplean distinta nomenclatura, todos ellos se refieren al ajuar familiar, es decir, “al conjunto de bienes, muebles, objetos, electrodomésticos, vestuario, utensilios y demás enseres existentes en la vivienda familiar”⁵². No obstante, su concreción requerirá atender a las circunstancias económicas y sociales concurrentes

⁵⁰ CUENA CASAS, M., *op. cit.*, p. 298.

⁵¹ BERROCAL LANZAROT, A.I., *op. cit.*, p. 1350; ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, p. 83.

⁵² ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, p. 89.

en cada supuesto, quedando excluidos, en todo caso, aquellos bienes de extraordinario valor⁵³.

3. CRITERIOS LEGALES DE ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS SUPUESTOS DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

Como se ha adelantado en el epígrafe anterior, la Ley 15/2005, de 8 de julio, se limitó a ofrecer la posibilidad de acordar la guarda y custodia compartida sin establecer nada sobre determinados aspectos de indudable repercusión práctica derivados de la adopción de dicho régimen, entre ellos, la atribución del uso de la vivienda familiar⁵⁴. De ahí que la labor de la Doctrina y la Jurisprudencia haya sido fundamental de cara a abordar esta cuestión.

Cuando la guarda y custodia de los menores es compartida, el Juez siempre va a participar en la decisión sobre la asignación del uso de la vivienda familiar, ya sea homologando el acuerdo alcanzado por los cónyuges al respecto o en su defecto, resolviendo sobre quién ha de permanecer en el uso de la que fuera vivienda familiar de acuerdo con los criterios señalados por el TS que, en todo caso, se habrán de ponderar con el criterio siempre preferente del interés superior del menor.

3.1. El interés superior del menor como criterio rector de la decisión.

Es doctrina jurisprudencial reiterada y pacífica la que tiene establecido que toda la normativa legal reguladora de las medidas relativas a los hijos está informada por el criterio fundamental del “*favor filii*”⁵⁵.

Así pues, el principio de *favor filii* es el criterio rector que debe seguir el órgano judicial al acordar cualquier medida en materia de Derecho de familia. Este principio enlaza con lo establecido por el art. 3.1 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los

⁵³ Artículo 1321.2 CC. “No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos históricos y otros de extraordinario valor”.

⁵⁴ En realidad, el uso de la vivienda familiar siempre va acompañado del uso del ajuar doméstico, por lo que, en adelante, cuando se haga referencia a la atribución del uso de la “vivienda familiar”, se estará haciendo alusión no sólo a la vivienda, sino también al ajuar.

⁵⁵ STS de 2 de mayor de 1983 (ROJ: 1307/1983).

Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por España mediante Instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990, que al respecto dice:

Artículo 3.1.- En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

De la misma forma el art. 2.4 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁵⁶ dispone como principio general que primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, si bien deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes⁵⁷.

Ninguna de las normas citadas dota al término “interés del menor” de significado, por lo que se presenta en nuestro ordenamiento como un concepto jurídico indeterminado. Pues bien, en situaciones de crisis matrimonial el TS lo ha concretado en “la suma de distintos factores que tienen que ver no sólo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales”⁵⁸. En todo caso, el interés de los menores no puede ser identificado ni con su comodidad ni con sus deseos⁵⁹.

De forma que, aplicado a la materia que se está analizando, este principio se concreta en garantizar el derecho de habitación del menor mediante la elección de aquel entorno familiar, educativo, relacional y afectivo que le permita seguir disfrutando de la estabilidad de que gozaba con anterioridad a la separación o divorcio de sus padres, de modo que los nuevos cambios a los que inevitablemente se va a ver abocado, no incidan negativamente en su correcto desarrollo personal, social y emocional⁶⁰. Así pues, es la consecución de esta garantía la que debe guiar la decisión judicial, si bien ello no implica

⁵⁶ Este artículo 2 fue modificado por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia para concretar y reforzar el interés superior del menor.

⁵⁷ En este sentido se pronuncia la STS de 7 de junio de 2018 (ROJ: 2104/2018), FJ. 3º.

⁵⁸ STS de 25 de septiembre de 2015 (ROJ: 3890/2015).

⁵⁹ SAP de Cantabria de 27 de marzo de 2018 (ROJ: 187/2018).

⁶⁰ BERROCAL LANZAROT, A.I., *op. cit.*, p. 1353.

que el interés de los progenitores, de menor rango, deba resultar desdeñable⁶¹.

En definitiva, el principio *favor filii* prioriza el interés de los hijos menores en la toma de todas aquellas decisiones por las que, directa o indirectamente, éstos se pueden ver afectados con el fin de asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral⁶². En la medida en que la decisión sobre la atribución del uso de la vivienda familiar excede, desde luego, de afectar únicamente a los menores⁶³ se deberán valorar todos los intereses legítimos presentes, pero será el interés superior del menor el que merezca una consideración primordial a la hora de sopesar la decisión.

3.2. El acuerdo de las cónyuges sobre la atribución del uso de la vivienda familiar.

El Código Civil, en su artículo 90.1 c), faculta a los cónyuges para decidir sobre el destino de la vivienda y ajuar familiares, –decisión que forma parte del contenido mínimo que debe comprender el convenio regulador⁶⁴–. De la interpretación de este precepto se desprende que se debe estar, en primer lugar, al pacto de los cónyuges aprobado judicialmente, lo que no deja de ser un claro reflejo del principio de autonomía de la voluntad de las partes que rige con carácter general en el Derecho Civil español⁶⁵.

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 96.1 CC –de aplicación única y exclusivamente en la guarda y custodia monoparental–, pues establece que la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden “en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez”.

⁶¹ SAP de A Coruña de 28 de julio de 2017 (ROJ: 1990/2017).

⁶² Preámbulo de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁶³ SAP de Cantabria de 27 de marzo de 2018 (ROJ: 187/2018).

⁶⁴ Idéntico pronunciamiento se observa en las normativas autonómicas que han entrado a regular la materia. Así, el artículo 77.2 c) CDFA establece que el pacto de relaciones familiares deberá concretar, como mínimo el destino de la vivienda y el ajuar familiar.; el artículo 233-2-5 c) CCC señala que el convenio regulador debe contener, si procede, la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar y el artículo 233-20.1 CCC remite expresamente al acuerdo de los cónyuges para determinar la atribución del uso de la vivienda familiar; la Ley 69 de la CDCFN incluye entre el contenido mínimo que debe presentar el pacto de planificación parental, el uso y destino de la que fuera vivienda familiar; y el artículo 5.2 c) LRFPPV indica que el convenio regulador debe contener, al menos, la atribución, en su caso, del uso de la vivienda y ajuar familiar.

⁶⁵ MARTÍNEZ CALVO, J., “La guarda y custodia...”, *op. cit.*, p. 468.

Dada la naturaleza general del artículo 90 CC, y ante la falta de previsión expresa, en la modalidad de guarda y custodia compartida también se deberá atender, antes que nada, al acuerdo de los cónyuges⁶⁶, cuya aprobación será otorgada por el Juez salvo si dicho acuerdo resulta dañoso para los hijos –principio del interés superior del menor–, o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges⁶⁷. Claro ejemplo ofrece la SAP de Pontevedra de 19 de noviembre de 2019 (ROJ: 2576/2019), la cual atribuye el uso de la vivienda familiar según lo solicitado por ambos progenitores al considerar que, de esa forma, quedan salvaguardados todos los intereses⁶⁸.

En conclusión, respetado el interés superior del menor, el criterio preponderante de atribución del uso de la vivienda familiar será el pacto alcanzado por los cónyuges, reservando así el Juez su decisión para aquellos supuestos en que, o bien no se ha logrado llegar a un acuerdo, o bien este no se ha aprobado judicialmente⁶⁹. Y este criterio es preponderante no sólo en el régimen del Código Civil, sino también a nivel de normativa autonómica⁷⁰, e igualmente, era el que se contemplaba para la redacción que pretendía darse al artículo 96.1 del CC en el ACP⁷¹.

3.3. La decisión judicial sobre la atribución del uso de la vivienda familiar: el interés más necesitado de protección.

Por consiguiente, en defecto de pacto, corresponde al Juez decidir sobre la atribución del uso de la vivienda familiar conforme a los criterios legalmente establecidos⁷². En este sentido, el artículo 103 CC prevé, en sede de medidas provisionales, que a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, será el Juez quien determine, teniendo en

⁶⁶ ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, p. 107.

⁶⁷ En efecto, el artículo 90.2 CC señala que los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

⁶⁸ Ambos cónyuges coincidían en que se atribuyese a la esposa el uso de la vivienda familiar, pues era ella quien había continuado en la misma tras la separación de hecho, disfrutando el esposo de una vivienda propia en régimen de alquiler. Al disponer ambos progenitores de vivienda para que en ella puedan cumplirse las obligaciones para con los hijos derivadas de la custodia compartida aparecen salvaguardados todos los intereses, por lo que el uso de la vivienda familiar se atribuye según lo peticionado.

⁶⁹ BERROCAL LANZAROT, A.I., *op. cit.*, p. 1352.

⁷⁰ Así, Aragón lo prevé en el art. 77 en relación con el art. 79 del CDFA; Cataluña en el art. 233.20-1 y 233.20-2 CCC; la Comunidad Foral de Navarra en la Ley 69 en relación con la Ley 70 de la CDCFN; y el País Vasco en el art. 12.1 LRFPV.

⁷¹ La nueva redacción del art. 96.1 CC que contenía el ACP establecía que “en defecto de acuerdo entre los progenitores, el Juez determinará tanto el lugar de residencia como el domicilio de sus hijos a efectos de empadronamiento”.

⁷² ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, p. 117. En el mismo sentido, BERROCAL LANZAROT, A.I., *op. cit.*, p. 1352.

cuenta el interés más necesitado de protección, lo procedente respecto al uso de la vivienda familiar y el ajuar doméstico.

De hecho, la atribución de la vivienda familiar es un elemento de orden público o de derecho necesario y constitutivo de “ius cogens” derivado de la especial naturaleza del derecho de familia sobre el que el Juez debe resolver de oficio aun cuando las partes no se lo hubieran solicitado⁷³.

Ahora bien, como se ha avanzado anteriormente, la atribución del uso de la vivienda familiar cuando la custodia de los hijos menores es compartida ha quedado huérfana de regulación, lo que se ha traducido en la inexistencia de criterios legales que guíen la decisión del Juez sobre la atribución de la vivienda⁷⁴. Así lo reconoce el TS en la relevante sentencia, de 24 de octubre de 2014, en la que señala que: “el Código Civil ha incorporado modificaciones importantes en su artículo 92 en materia de atribución de la guarda y custodia compartida [...]”⁷⁵. Y prosigue en relación a la atribución del uso de la vivienda familiar: “lo que no hay es una regulación específica para adaptarla a esta nueva modalidad de custodia posiblemente por las variables que el sistema comporta”⁷⁶.

Si bien el artículo 96.1 CC ya suscitaba discusión con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, desde que se acometiera dicha reforma existe un nuevo motivo de controversia. Este precepto, que no fue modificado por la referida reforma⁷⁷, atribuye el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden con independencia de la titularidad del inmueble. Sin embargo, en la guarda y custodia compartida, los hijos no quedan en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos –ambos cónyuges serán convivientes–, por

⁷³ Así se establece en la STC de 10 de diciembre de 1984 (EDJ 1984/2010), STS de 2 de diciembre de 1987 (ROJ: 7718/1987). Igualmente, la jurisprudencia menor se ha hecho eco de esta doctrina en SAP de Bizkaia de 22 de noviembre de 2016 (ROJ: 2083/2016), SAP de Madrid de 19 de junio de 2020 (ROJ: 10271/2020), SAP de Badajoz de 8 de octubre de 2020 (ROJ: 1178/2020), entre otras.

⁷⁴ CUENA CASAS, M., *op. cit.*, p. 420.

⁷⁵ STS de 24 de octubre de 2014 (ROJ: 4249/2014), FJ. 3º.

⁷⁶ STS de 24 de octubre de 2014, FJ. 3º.

⁷⁷ En las Conclusiones II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia, sobre “Las Reformas del Derecho de Familia”, celebrado en Madrid los días 23, 24 y 25 de noviembre de 2005, se señaló al respecto que “hubiera sido deseable la reforma del artículo 96 CC, [...]. La reforma adolece de no haber alterado el sistema anterior para adaptarlo a las nuevas circunstancias sociológicas y a la institución de la custodia compartida, por lo que se reclama una puntual modificación legal en este aspecto”.

lo que la presunción del artículo 96.1 CC no puede resultar de aplicación en esta modalidad⁷⁸.

En este sentido se pronuncia la citada sentencia del TS, de 24 de octubre de 2014, en su fundamento de derecho tercero:

Lo cierto es que el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos.

Ante esta laguna legal, continúa el TS:

Supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la del otro, y permite al Juez resolver “lo procedente”⁷⁹.

Parece existir una mayoría abrumadora en torno a la tesis mantenida por el TS, pues son muchos los autores que apuestan por recurrir a las previsiones contenidas en el párrafo segundo del artículo 96 –previsto para la guarda y custodia partida o distributiva–⁸⁰.

De suerte que conforme al artículo 96.2 CC, el Juez resolverá aquello que considere más conveniente tras realizar una ponderación de las circunstancias concurrentes, debiendo prestar especial atención a dos factores, por un lado, al interés más digno de protección, precisando el TS que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres; y por otro, a la titularidad de la vivienda familiar, si es privativa de uno de los cónyuges, pertenece a ambos o a un tercero⁸¹.

⁷⁸ Se pronuncian en este sentido, CUENA CASAS, M., *op. cit.*, p. 420; PARDO PUMAL, M^a J., “La atribución del uso de la vivienda en supuestos de guarda y custodia compartida: análisis de la doctrina jurisprudencial”, *Estudios Institucionales*, Vol. VI, n.º 10, 2019, p. 13; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a, *op. cit.*, p. 1141.

⁷⁹ Es doctrina reiterada del TS que no procede la aplicación del apartado primero del artículo 96 CC, sino que debe aplicarse por analogía el párrafo segundo del citado precepto. Así lo señalan otras sentencias como STS de 6 de abril de 2016 (ROJ: 1424/2016), STS de 22 de septiembre de 2017 (ROJ: 3348/2017), FJ. 3º. También se han hecho eco esta doctrina las AP, pudiendo citar la SAP de León de 9 de julio de 2018 (ROJ: 840/2018), la SAP de Málaga de 8 de noviembre de 2018 (ROJ: 2248/2018), la SAP de Cáceres de 12 de noviembre de 2018 (ROJ: 756/2018), la SAP de Málaga de 27 de junio de 2019 (ROJ: 1349/2019) y la SAP de Pontevedra de 21 de octubre de 2019 (ROJ: 2397/2019).

⁸⁰ En este sentido, CUENA CASAS, M., *op. cit.*, p. 420; GARCÍA PRESAS, I., *op. cit.*, p. 70; MARTÍNEZ CALVO, J., “La guarda y custodia...”, *op. cit.*, p. 481, ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, pp. 216-218, PARDO PUMAL, M^a J., *op. cit.*, pp.12-14; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a, *op. cit.*, pp. 1141-1142.

⁸¹ STS de 24 de octubre de 2014 (ROJ: 4249/2014).

El TS ha tratado de cubrir el vacío legal procedente de la ausencia de regulación específica sobre el uso de la vivienda familiar en el régimen civil atendiendo a dos elementos que, en parte, coinciden con lo dispuesto por las CCAA con derecho civil propio:

- Aragón. El artículo 81.1 del CDFA atribuye el uso de la vivienda familiar al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda. Asimismo, establece un criterio subsidiario para aquellos casos en que no se pueda resolver la atribución aplicando el criterio de la mayor dificultad de acceso a una vivienda, en virtud del cual el Juez decidirá el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares.
- Cataluña. El artículo 233-20.3 a) CCC señala que el Juez deberá atribuir el uso al cónyuge más necesitado.
- Comunidad Foral de Navarra. La Ley 72 de la CDCFN prevé la posibilidad de acordar el uso a favor de uno de ambos progenitores en atención a una serie de circunstancias:
 1. El concreto sistema de reparto del tiempo en la guarda y contactos establecido.
 2. El arraigo personal, social y educativo de cada uno de los menores en el entorno en el que se encuentre la vivienda.
 3. Las posibilidades de uno y otro progenitor para satisfacer las necesidades de vivienda de los menores en los respectivos períodos en que les corresponda su cuidado.
 4. La titularidad de la vivienda familiar y la naturaleza del tipo de ocupación.
 5. La existencia de otras viviendas a disposición de cualquiera de los progenitores.
 6. Las demás necesidades de los progenitores y medios personales y económicos de uno y otro para cubrirlas cuando afecten a la convivencia con los menores.
- País Vasco. El artículo 12.4 de la LRFPV establece, para aquellos supuestos en que el uso del inmueble no fuera atribuido por periodos alternos a ambos progenitores, la atribución al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fuera compatible con el interés superior de los hijos e hijas.

Por tanto, condiciona la atribución al progenitor con mayor dificultad de acceso a una vivienda a que ello resulte compatible con el interés superior de los hijos

menores⁸².

La atribución de la vivienda por periodos alternos se prevé en consonancia con el ejercicio igualmente alterno de la guarda del que disfrutan los progenitores en la modalidad de custodia compartida. Ahora bien, el legislador vasco al contemplar también el criterio del “progenitor con mayor dificultad de acceso a una vivienda” está desvinculando esa atribución del uso del ejercicio de la guarda, puesto que ésta “ya no corresponde, alternadamente, al progenitor que en cada momento ostente la custodia”⁸³.

A pesar de que el legislador vasco ofrece dos alternativas, no deja claro cuáles son los aspectos que se deben sopesar para poder inclinarse a favor de alguna de ellas⁸⁴.

Redacción muy similar a la vasca es la que pretendía dar el apartado 8 del ACP al artículo 96.2 CC, contemplando para la guarda y custodia compartida, la atribución del uso de la vivienda por periodos alternos a ambos progenitores, y en otro caso, la asignación a aquel que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda.

En definitiva, tanto el TS como las legislaciones autonómicas llegan, en mi opinión, a la misma conclusión: la decisión debe valorar el interés de aquel progenitor más necesitado de protección, sin olvidar, no obstante, que ese interés se debe ponderar con uno aún más prevalente, que es el de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades⁸⁵.

4. LA MATERIALIZACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS LEGALES: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.

⁸² MARTÍNEZ CALVO, J., “La guarda y custodia...”, *op. cit.*, p. 482.

⁸³ SEISDEDOS MUIÑO, A., “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 7/2015, del Parlamento Vasco”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 3 bis, noviembre 2015, p.151.

⁸⁴ SEISDEDOS MUIÑO, A., “La coparentalidad y la custodia de menores”, en GIL RODRÍGUEZ, J., (Dir.) y GALICIA AIZPURUA, G., (Coord.), *Manual de Derecho Civil Vasco*, Barcelona, Atelier, 2016, p. 113.

⁸⁵ STS de 23 de enero de 2017 (ROJ: 168/2017), STS de 12 de mayo de 2017 (ROJ: 1896/2017), STS de 22 de septiembre de 2017 (ROJ: 3348/2017).

A nivel práctico, el régimen de relación parental propio de la custodia compartida se materializa, básicamente, en tres fórmulas de asignación de la vivienda familiar⁸⁶ a las que se va a atender teniendo presente que, en cualquiera de los supuestos, la vivienda puede pertenecer a ambos cónyuges, a uno de ellos en exclusiva o a un tercero⁸⁷.

4.1. La atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos.

En este primer caso, la vivienda familiar se atribuye a los hijos menores. Así, estos permanecen siempre en la misma –sin experimentar ningún cambio de domicilio– siendo, por tanto, los padres los que deben desplazarse en los periodos alternos establecidos⁸⁸, de ahí que esta modalidad se apode “casa nido”. De esta forma, los cónyuges no sólo comparten el ejercicio de la guarda y custodia sino también el uso alternativo de la vivienda familiar⁸⁹.

Esta modalidad parece satisfacer el interés de los hijos menores de edad en tanto que evita incómodos y continuos desplazamientos, lo que precisamente aporta a aquellos una mayor estabilidad, pues no se ven obligados a estar continuamente “haciendo la maleta”⁹⁰. Asimismo, la inalterabilidad del entorno también redunda en beneficio de sus relaciones sociales, pues facilita el mantenimiento de sus amigos y, además, les permite conservar su rutina diaria. Igualmente, parece postularse como la opción más justa para los progenitores, ya que ambos podrán seguir haciendo uso de la vivienda familiar en condiciones de igualdad⁹¹.

⁸⁶ SAP de Salamanca de 18 de julio de 2016 (ROJ: 414/2016). También ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, pp. 219-229, distingue tres formas de distribución.

⁸⁷ Pese a no ser objeto de estudio en el presente trabajo, es necesario advertir sobre la posibilidad de que la vivienda sea titularidad de un tercero. Esto es, puede ocurrir que la vivienda no sea propiedad de los cónyuges, sino de un tercero que ha cedido gratuitamente a aquellos la posesión del inmueble. Para resolver este conflicto, la STS de 30 de abril de 2011 (ROJ: 2452/2011) señala que se debe examinar el caso concreto, para definir si ha existido o no un contrato entre las partes, y particularmente un contrato de comodato, en cuyo caso se aplicarían las normas reguladoras de este negocio jurídico. Si no fuera posible acreditar la existencia de tal relación, se concluiría que estamos ante la figura del precario, lo que conllevaría que el propietario del inmueble pudiese en cualquier momento, reclamar su posesión. O también puede ocurrir que los cónyuges viniesen disfrutando de una vivienda arrendada. En tal caso, el artículo 15.1 LAU prevé que el cónyuge a quien se haya atribuido el uso de la vivienda arrendada pase a ser el titular del contrato. Véase sobre este particular: CUENA CASAS, M., *op. cit.*, 373-389.

⁸⁸ CUENA CASAS, M., *op. cit.*, p. 418; ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, p. 220; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a, *op. cit.*, p. 1142.

⁸⁹ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a, *op. cit.*, p. 1142.

⁹⁰ ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, p. 220.

⁹¹ MARTÍNEZ CALVO, J., “La guarda y custodia...”, *op. cit.*, p. 250.

Sin embargo, y pese a la existencia de algunos pronunciamientos jurisprudenciales que acuerdan el establecimiento del uso alternativo de la que fuera vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida⁹² –si bien hay que señalar que estos son, cada vez, más anecdóticos–, la Doctrina⁹³ y Jurisprudencia mayoritarias⁹⁴ contemplan esta modalidad con recelo, habiendo incluso llegado a tildarse de “no recomendable”⁹⁵. Y es que, el uso alterno de la vivienda se revela como fuente de inagotables problemas que terminan por incidir de forma negativa en los menores.

Por un lado, el hecho de compartir la vivienda conlleva compartir –aunque sea en periodos alternos– los mismos espacios, enseres u objetos, esto es, dormitorios, armarios, menaje de cocina, etc.⁹⁶, lo que, obviamente, requiere de la colaboración de los progenitores, pues ambos deben participar de la limpieza y correcta conservación de los elementos comunes de la vivienda para su mantenimiento en buenas condiciones de habitabilidad⁹⁷. Y esto, que no plantea mayores problemas cuando se trata de una pareja bien avenida, puede generar graves conflictos si la relación entre los progenitores se encuentra deteriorada.

Exactamente lo mismo cabe plantear respecto del abono de ciertos gastos inherentes al uso de la vivienda –recibos de luz, agua, gas, teléfono o internet– o de la reparación de desperfectos o daños ocasionados por uno de los cónyuges.

⁹² SAP de Gipuzkoa de 26 de septiembre de 2014 (ROJ: 704/2014), SAP de Cantabria de 28 de mayo de 2015 (ROJ: 297/2015), SAP de Baleares de 28 de abril de 2016 (ROJ: 744/2016), SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de mayo de 2016 (ROJ: 1483/2016), SAP de Málaga de 27 de septiembre de 2016 (ROJ: 2759/2016), SAP de Gipuzkoa de 29 de mayo de 2017 (ROJ: 454/2017), SAP de Madrid de 7 de junio de 2018 (ROJ: 9594/2018), SAP de Bizkaia de 19 de junio de 2019 (ROJ: 2110/2019), SAP Guadalajara de 11 de diciembre de 2019 (ROJ: 471/2019).

⁹³ CUENA CASAS, M., *op. cit.*, p. 418, MARTÍNEZ CALVO, J., “La guarda y custodia...”, *op. cit.*, pp. 250-252; ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, pp. 220-221; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a, *op. cit.*, p. 1144.

⁹⁴ SAP de Tarragona de 20 de marzo de 2015 (ROJ: 256/2015), SAP de León de 24 de mayo de 2017 (ROJ: 669/2017), SAP de Álava de 3 de noviembre de 2017 (ROJ: 684/2017), SAP de Cádiz de 10 de enero de 2018 (ROJ: 35/2018), SAP de Asturias de 15 de marzo de 2018 (ROJ: 756/2018), SAP de Cantabria de 27 de marzo de 2018 (ROJ: 187/2018), SAP de Bizkaia de 14 de enero de 2019 (ROJ: 212/2019), SAP de Bizkaia de 11 de diciembre de 2019 (ROJ: 3654/2019), SAP de Santa Cruz de Tenerife de 19 de diciembre de 2019 (ROJ: 2828/2019), SAP de Barcelona de 29 de enero de 2020 (ROJ: 628/2020).

⁹⁵ AAVV, Conclusiones del Encuentro de jueces y abogados de familia, celebrado en Madrid del 5 al 7 de octubre de 2015.

⁹⁶ MARTÍNEZ CALVO, J., “La guarda y custodia...”, *op. cit.*, p. 251.

⁹⁷ En este sentido, señala la citada SAP de Cádiz de 10 de enero de 2018, que el “sistema de “casa nido” requiere que los progenitores se pongan de acuerdo en cuestiones cotidianas que no se requieren en otros sistemas de guarda y custodia compartida, tales como limpieza (forma de limpieza-turnos de limpieza...), orden (ordenación general de la vivienda, de los muebles, de los enseres, de la ropa, disposición de elementos...), estado general de los electrodomésticos, reparación de los mismos (cuándo reparar, sustituir, asunción del coste, responsable del daño...)”.

Por no hablar, además, del malestar que se puede generar si uno de los progenitores rehace su vida y pasa a vivir con su nueva pareja en la que fuera la vivienda familiar durante los periodos en los que le corresponde ejercer de forma efectiva la guarda y custodia compartida.

Por otro lado, esta modalidad presenta, si cabe, un inconveniente aún mayor, y es que requiere de una alta capacidad económica y de un poder adquisitivo que muy pocas familias monoparentales poseen⁹⁸. En el mejor de los casos, se ha de disponer de dos viviendas: la “vivienda nido” en la que vivirá constantemente el menor y otra vivienda adicional en la que residirán alternativamente los cónyuges durante los periodos en que no les toque la custodia⁹⁹. Ahora bien, esta opción únicamente es viable si la relación entre los progenitores es buena y fluida, puesto que de lo contrario duplicaría los conflictos que se han expuesto con anterioridad y abocaría a la tenencia de tres viviendas: la “vivienda nido” de los hijos y la propia de cada uno de los progenitores¹⁰⁰.

Por los motivos expuestos, el TS suele mostrarse contrario a emplear el sistema de “casa nido”, pues entiende que no es un sistema sostenible económicamente y que puede dar lugar a graves problemas de convivencia que terminen por causar un grave perjuicio emocional a los hijos menores dada la conflictividad entre sus progenitores.

Las reticencias a establecer un uso de la vivienda familiar por periodos alternos se plasman en la STS de 6 de julio de 2020 (ROJ: 2093/2020)¹⁰¹. En sentencia dictada en primera instancia, se acordó la custodia de las hijas a favor de la madre y el uso de la vivienda familiar se atribuyó a esta última. La sentencia de instancia fue recurrida en apelación por el padre, quién interesó la custodia compartida sobre las menores y el uso de la vivienda familiar a favor de las hijas con uso alternativo de los progenitores mientras ostentasen la custodia. La AP accedió a las pretensiones del padre, acordando la guarda y custodia compartida y el uso con alternancia semanal de los progenitores. La madre

⁹⁸ ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, p. 220.

⁹⁹ MARTÍNEZ CALVO, J., “La guarda y custodia...”, *op. cit.*, p. 252; ORDÁS ALONSO M., *op. cit.*, p. 220.

¹⁰⁰ A este respecto declara la SAP de Barcelona de 18 de mayo de 2016 (ROJ: 5178/2016): “La casuística pone en evidencia que únicamente en casos en los que las circunstancias económicas imponen este sistema pueda funcionar con carácter extraordinario y, desde luego, en régimen de transitoriedad, mientras pueda encontrarse otra solución al problema. La práctica forense pone en evidencia que son pocos los casos en los que, realmente, se desarrolla de forma satisfactoria esta modalidad de casa nido, que exige un entendimiento perfecto entre los progenitores”.

¹⁰¹ En el mismo sentido, la ya mencionada STS de 16 de enero de 2020.

recurre en casación la sentencia dictada por la AP en relación a la atribución del uso del inmueble familiar, y dice el TS a este respecto:

Esta Sala en sentencia 215/2019, de 5 de abril, declaró:

“En cuanto a que los progenitores alternen en la vivienda familiar, para que el niño no salga de la misma es un sistema que impugna la parte recurrida y que no es compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común (artículo 96 del CC).

Igualmente en sentencia 343/2018, de 7 de junio.

A la vista de esta doctrina, la discordancia entre las partes y el informe del Ministerio Fiscal, debemos declarar que la rotación en la vivienda familiar no es un sistema que vele por el interés de los menores, ni es compatible con la capacidad económica de los progenitores”.

En aplicación del citado art. 2.4 de la LO 1/1996 está claro que, siempre que este sistema no vele por el interés de los menores, no podrá ser adoptado. Precisamente por este motivo rechaza esta modalidad la SAP de León de 30 de noviembre de 2017 (ROJ: 1187/2017), la cual concluye:

La modalidad “casa nido” solicitada por el padre no es aceptada por el Tribunal, en tanto que, en atención a las circunstancias concurrentes, la considera contraria al interés del hijo común menor de edad.

4.2. La atribución del uso de la vivienda familiar a uno solo de los progenitores.

En este segundo supuesto, la vivienda familiar es atribuida a uno solo de los progenitores¹⁰², el cual permanecerá en aquella con los hijos mientras deba ejercer la guarda y custodia, debiendo estos desplazarse al inmueble de su otro progenitor en los periodos en que les corresponda estar en su compañía¹⁰³. A diferencia de la modalidad anterior, en esta ocasión son los hijos quienes se desplazan de un inmueble a otro, lo que ha llevado a esta forma de organización a denominarse “niño maleta”¹⁰⁴.

¹⁰² Expone GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a., *op. cit.*, p. 1142, que las posibilidades de atribución son variadas: a) atribución temporal exclusiva de la vivienda familiar común a un solo titular; b) atribución temporal exclusiva de la vivienda privativa al cónyuge no titular; c) atribución exclusiva de la vivienda familiar privativa al cónyuge titular familiar.

¹⁰³ ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, p. 224.

¹⁰⁴ CUENA CASAS, M., *op. cit.*, p. 419.

Si bien la Jurisprudencia se muestra más partidaria de esta modalidad¹⁰⁵, no deja de presentar inconvenientes y es que, puede abocar a los niños a constantes cambios de entorno social y familiar, especialmente, si existe una gran distancia entre los domicilios de los progenitores. No obstante, esta traba se puede sortear fácilmente, pues basta que los inmuebles de los progenitores estén próximos y que los periodos de permanencia con cada progenitor sean suficientemente amplios para que la estabilidad de los menores no se vea comprometida¹⁰⁶.

Llegados a este punto cabe plantearse en base a qué criterios se acuerda la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, esto es, ¿quién de los dos debe permanecer en el uso de la misma? Pues bien, el TS en la STS de 22 de septiembre de 2017 (ROJ: 3348/2017) establece:

En casos de custodia compartida, es posible la atribución del uso de la vivienda a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o disponer del uso de ninguna otra, menores ingresos) para que de esta forma pueda llevarse a cabo la convivencia durante los períodos en los que le corresponda tener a los hijos en su compañía.

En definitiva, la doctrina de la Sala prevé, al igual que lo han hecho algunas CCAA¹⁰⁷, atender a la existencia de una diferente situación económica entre los cónyuges, que haga a quien presenta menores recursos merecedor de la atribución del uso de la vivienda familiar.

Precisamente por el desequilibrio existente entre la capacidad económica y posibilidades de uno y otro cónyuge, atribuye la SAP de Bizkaia de 21 de noviembre de 2019 (ROJ: 3461/2019) el uso de la vivienda familiar a la madre, por el periodo de un año, por ser quien tiene mayor dificultad de acceso a una vivienda¹⁰⁸.

¹⁰⁵ SAP de Alicante de 24 de abril de 2009 (ROJ: 1031/2009), SAP de Castellón de 25 de mayo de 2011 (ROJ: 666/2011), SAP Santa Cruz de Tenerife de 10 de junio de 2013 (ROJ: 1453/2013), SAP de Málaga de 20 de julio de 2016 (ROJ: 1928/2016), SAP de Segovia de 23 de enero de 2017 (ROJ: 14/2017), SAP de Ourense de 25 de enero de 2019 (ROJ: 113/2019).

¹⁰⁶ MARTÍNEZ CALVO, J., *op. cit.*, p. 253.

¹⁰⁷ Véase subepígrafe 3.3. *La decisión judicial sobre la atribución del uso de la vivienda familiar: el interés más necesitado de protección.*

¹⁰⁸ En el mismo sentido, SAP de Salamanca de 18 de julio de 2016 (ROJ: 414/2016), SAP de Valencia de 17 de mayo de 2017 (ROJ: 1796/2017), SAP de Zamora de 16 de marzo de 2018 (ROJ: 127/2018), SAP de Cádiz de 18 de mayo de 2018 (ROJ: 510/2018), SAP de Bizkaia de 14 de enero de 2019 (ROJ: 212/2019), SAP de Ourense de 25 de enero de 2019 (ROJ: 113/2019), SAP de Pontevedra de 31 de octubre de 2019

Ahora bien, también es posible encontrarse con pronunciamientos jurisprudenciales que, aun reconociendo que ninguno de los progenitores presenta un interés más necesitado de protección, optan, atendiendo al interés de los menores, por atribuir el uso de la que fuera vivienda familiar a uno de ellos y a los menores, durante un plazo limitado¹⁰⁹. Así la SAP de Asturias de 21 de noviembre de 2017 (ROJ: 3369/2017) señala:

Si bien es cierto que no se ha apreciado desigualdad de ingresos, la Sala considera que en interés de los menores lo preferible es mantener a la madre en el uso de la vivienda familiar por haber venido permaneciendo en ella desde la separación y no estimarse deseable para las menores una salida inmediata de la misma. No obstante, se limita dicha atribución hasta la liquidación de la sociedad de gananciales y en todo caso por un periodo no superior al de un año.

En el mismo sentido es de citar la SAP de Burgos de 29 de marzo de 2019 (ROJ: 396/2019):

Ante la cuasi paridad económica de los cónyuges no cabe apreciar en ninguno de ellos un interés más necesitado de protección. De modo que el Tribunal, considerando el interés más necesitado de protección lo constituye, por tanto, los menores, atribuye la vivienda familiar durante el plazo de tres meses a la madre, por ser quien hasta la fecha vivía con sus hijos, pero con la única finalidad de facilitar a ella y a los menores la transición a una nueva residencia.

En último lugar, es necesario destacar que, en esta modalidad, al establecerse la alternancia periódica entre los domicilios de cada uno de los progenitores, no existe ya una residencia familiar, sino dos, por lo que es doctrina reiterada del TS que “ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a los menores y al padre o madre que con él conviva, pues ya la residencia no es única”¹¹⁰. El TS se muestra contrario a extender ilimitadamente la atribución del uso de la vivienda familiar a uno solo de los progenitores y, de hecho, reconoce la necesidad de establecer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se prevé en el párrafo tercero del artículo 96 CC para los matrimonios sin hijos¹¹¹.

(ROJ: 2470/2019), SAP de Asturias de 27 de enero de 2020 (ROJ: 365/2020), SAP de Palencia de 13 de agosto de 2020 (ROJ: 326/2020).

¹⁰⁹ SAP Guadalajara de 16 de febrero de 2017 (ROJ: 108/2017), la ya citada STS de 6 de julio de 2020.

¹¹⁰ STS de 27 de junio de 2016 (ROJ: 3057/2016), STS de 21 de julio de 2016 (ROJ: 3888/2016), la ya citada STS (de 23 de enero de 2017).

¹¹¹ Entre otras, las mencionadas STS de 24 de octubre de 2014 y STS de 22 de septiembre de 2017.

Así resuelve el TS en sentencia de 12 de junio de 2020 (ROJ: 1688/2020)¹¹² sobre la atribución del uso de la vivienda familiar adoptada por la sentencia de la AP:

A falta de acuerdo, y en atención a las circunstancias, puesto que no se pone en peligro el sistema de custodia compartida adoptado en interés de los menores, no puede mantenerse la atribución del uso a la madre durante el plazo que resultaría de integrar el fallo de la sentencia con su fundamentación, es decir, cuando alcanzara la mayoría de edad el menor de los hijos.

Consta en las actuaciones que los progenitores, que estaban casados en régimen de separación de bienes y son copropietarios de la vivienda, han asumido desde la separación los gastos de los hijos a partes iguales. Consta también que la madre ha venido disfrutando del uso de la vivienda desde el verano de 2015, cuando se produjo la separación. En consecuencia, resulta razonable concluir que, aunque se partiera de una situación de mayor necesidad que justificara asignarle el uso de manera temporal, no existe una causa que justifique la imposición de una mayor restricción a los derechos dominicales del padre.

Por el contrario, en palabras de la jurisprudencia de esta misma sala, lo que procedía era acordar una atribución temporal dirigida a facilitar la transición a la situación de custodia compartida, como solicita el recurrente, y que esta sala, asumiendo la instancia, fija en el plazo de un año desde la fecha de esta sentencia, transcurrido el cual la esposa deberá abandonar la vivienda.

En suma, lo que trata el TS es de impedir la atribución *sine die* de la vivienda familiar fijando un tiempo prudencial para que, de forma independiente, cada uno de los progenitores se procure un inmueble para cuando los hijos estén en su compañía, y así, salvaguardar no solo el interés de los hijos menores sino también el del titular de la vivienda¹¹³.

Y es que, la atribución de la vivienda familiar en casos de custodia compartida requiere ponderar el superior interés de los hijos, pero también los intereses de los progenitores en atención a su situación y en atención a su titularidad dominical. En este sentido es muy ilustrativa la SAP de Pontevedra de 31 de octubre de 2019 (ROJ: 2470/2019):

El Tribunal opta por atribuir a la madre el uso de la vivienda familiar por ostentar el interés necesitado de mayor protección. Ahora bien, a fin de ponderar igualmente el interés del padre de lograr la plena efectividad de la extinción del régimen económico de sociedad de gananciales, se limita en el tiempo la atribución del uso de la vivienda familiar a tres años, plazo en el que se estima que la madre podrá acceder a una vivienda. De esta forma, proclama el Tribunal que se salvaguarda el interés de los menores en cuanto

¹¹² En el mismo sentido la STS de 20 de febrero de 2018 (ROJ: 503/2018).

¹¹³ En el mismo sentido, STS de 16 de septiembre de 2016 (ROJ: 4089/2016), SAP de A Coruña de 12 de enero de 2017 (ROJ: 39/2017) y las citadas STS (de 22 de septiembre de 2017, STS de 6 de julio de 2020, SAP de Palencia de 13 de agosto de 2020).

dispondrán de vivienda en la que cada uno de los progenitores pueda ejercer las labores de custodia.

Esta doctrina jurisprudencial se encuentra explícitamente recogida en las distintas normativas autonómicas, las cuales imponen como requisito imprescindible, en caso de atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores, el establecimiento de una limitación temporal¹¹⁴. Limitación temporal que estaba igualmente prevista en el apartado 8 que modifica el artículo 96.3 CC del ACP.

4.3. La no asignación de la vivienda familiar a ninguno de los cónyuges.

Otra de las soluciones que se observan en la práctica es la de no efectuar atribución alguna del uso de la vivienda familiar. Esta posibilidad ha sido reconocida expresamente por el TS, el cual considera que “la ponderación de las circunstancias concretas de cada caso puede dar lugar a que no proceda hacer atribución del uso de la vivienda familiar”¹¹⁵.

Y así lo han puesto en práctica los tribunales españoles, por ejemplo, la SAP de Madrid de 18 de noviembre de 2019 (ROJ: 16162/2019)¹¹⁶, que tras analizar y valorar las circunstancias concurrentes en el caso en cuestión concluye:

Ambos progenitores tienen un trabajo regular, y sus ingresos acreditados, como hemos reflejado anteriormente, que no ponen de manifiesto una superioridad en el padre que pueda ni deba ser valorada con una atribución de uso al menor y a la madre. Pero es más, ambos progenitores tienen una vivienda en propiedad. Esta Sala considera que se respeta el interés del menor no haciendo atribución del uso de la vivienda familiar.

En estos supuestos, si la vivienda fuera de titularidad común, las partes podrán disponer de la misma en la forma en que estimen conveniente de mutuo acuerdo, o en su caso, solicitar la división de los bienes comunes y dar lugar a la liquidación del régimen económico matrimonial¹¹⁷.

¹¹⁴ Artículo 81.3 CDFA, artículo 233-20.5 CCC y artículo 12.5 LRFPV. Tanto la ley catalana como la ley vasca prevén la posibilidad de prórroga, si bien remarcan que esta también habrá de ser temporal.

¹¹⁵ STS de 22 de septiembre de 2017 (ROJ: 3348/2017).

¹¹⁶ En el mismo sentido, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 19 de diciembre de 2019 (ROJ: 2828/2019), SAP de Tarragona de 20 de febrero de 2020 (ROJ: 201/2020), SAP de Barcelona de 4 de mayo de 2020 (ROJ: 3029/2020).

¹¹⁷ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *op. cit.*, p. 1145.

A nivel práctico, esta medida acarrea semejantes consecuencias a las manifestadas para el supuesto de atribución de la vivienda familiar a uno solo de los cónyuges, en tanto que los menores habitarán con la periodicidad que se determine en el domicilio de cada uno de los progenitores. Y consecuentemente, acarrea semejantes inconvenientes pues los menores quedan igualmente expuestos a constantes cambios de entorno social y familiar –si bien como se ha explicado anteriormente éstos pueden ser fácilmente sorteables–.

Esta decisión de descartar la atribución del uso de la vivienda familiar se estima como la más apropiada por parte de algunos autores como CUENA CASAS¹¹⁸ u ORDÁS ALONSO, pues en opinión de esta última es “la solución que mejor compatibiliza los intereses de los hijos con el interés, igualmente digno de protección, del titular de la vivienda”¹¹⁹.

5. LUGAR DE RESIDENCIA DE LOS HIJOS A EFECTOS DE EMPADRONAMIENTO.

Todo aquel que vive en España tiene la obligación de empadronarse en el municipio en que reside habitualmente¹²⁰, y debe hacer constar en el Padrón, entre otros datos, su domicilio habitual¹²¹. La legislación no deja lugar a duda: no es posible estar empadronado en dos sitios al mismo tiempo, de ahí que se aluda constantemente a la habitualidad¹²².

Ahora bien, ¿qué ocurre en los supuestos de guarda y custodia compartida en que el menor reside en dos viviendas alternativamente¹²³? Cuando los periodos de convivencia de los hijos con cada uno de los padres están tan equilibrados que no es posible determinar con cuál de ellos pasan más tiempo en cómputo anual puede ser realmente difícil identificar el domicilio habitual.

¹¹⁸ CUENA CASAS, M., *op. cit.*, p. 423.

¹¹⁹ ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, p. 228.

¹²⁰ Así lo establece el artículo 63 del Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación de las Entidades Locales.

¹²¹ Artículo 16.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

¹²² Es muy claro al respecto el artículo 15 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, el cual establece que únicamente es posible inscribirse en el Padrón del municipio en que se habite durante más tiempo al año.

¹²³ Ya sea porque la vivienda familiar se ha asignado a uno solo de los progenitores, o bien, porque no se ha hecho asignación de aquella. No obstante, esto no sucede en la modalidad “casa nido” puesto que los menores permanecen siempre en la que fuera la vivienda familiar.

Una vez más, el Código Civil no contiene previsión alguna al respecto. Sin embargo, sí se ha pronunciado sobre esta materia la Fiscalía General del Estado a través de la Instrucción 1/2006, de 7 de marzo, sobre la guarda y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores, por la que sentó las siguientes conclusiones:

- 1.º Los hijos menores han de ser empadronados en un solo domicilio, también en los supuestos de guarda y custodia compartida.
- 2.º El domicilio preferente será el de aquel de los progenitores con el que en cómputo anual el menor pase la mayor parte del tiempo.
- 3.º En los supuestos en los que los períodos de convivencia estén equilibrados hasta el punto de que no pueda determinarse con cuál de los padres pasa el menor en cómputo anual la mayor parte del tiempo, deberán ser en principio los propios progenitores quienes de mutuo acuerdo, elijan entre los dos domicilios en los que el menor vive, aquel en el que ha de ser empadronado el menor.

Una redacción muy similar a la transcrita era la que dio el ACP a los artículos 90.1.a). 4º y 94.1 del Código Civil. Este quería hacer recaer en los progenitores la decisión sobre el lugar de empadronamiento¹²⁴, si bien preveía pautas a considerar en su establecimiento:

- Si fuera posible determinar el domicilio en que los hijos pasan la mayor parte del tiempo en cómputo anual, el lugar de empadronamiento deberá coincidir con aquel.
- Si lo anterior no fuera posible, el lugar de empadronamiento coincidirá con aquel domicilio con el que los hijos tuvieran mayor vinculación.

La decisión del Juez quedaba reducida a aquellos supuestos en los que no existiese acuerdo.

Tras el infructuoso ACP, el instrumento más reciente que ha abordado esta cuestión ha sido la Resolución de 29 de abril de 2020¹²⁵, la cual establece:

En los supuestos de guarda y custodia de menores compartida por ambos progenitores, si la resolución judicial por la que se fija la misma no se pronuncia sobre el lugar de empadronamiento, el Ayuntamiento exigirá prueba documental de que existe mutuo acuerdo entre los progenitores antes de tramitar cualquier modificación del domicilio del menor y, en caso de que

¹²⁴ Esta postura es la que se ha recogido expresamente en las normativas navarra y vasca, en la Ley 69.1 de la CDCFN y en el artículo 5.2.4) LRPV, respectivamente.

¹²⁵ Resolución de 29 de abril de 2020, de la Subsecretaría de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, por la que se publica la Resolución de 17 de febrero de 2020, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de la Cooperación Autonómica y Local, por la que se dictan instrucciones técnicas de los ayuntamientos sobre la gestión del Padrón municipal (BOE nº 122, de 02/05/2020).

no se pueda acreditar el mutuo acuerdo, deberá exigir la presentación de una nueva resolución judicial que se pronuncie expresamente sobre el empadronamiento, y no llevar a cabo la modificación en tanto no se aporte alguno de los documentos anteriores.

En suma, si fuera posible determinar el domicilio en que el menor pasa más tiempo en cómputo anual, el lugar de empadronamiento se corresponderá con aquél. Si lo anterior no fuera posible, se estará al consenso de los progenitores –debidamente acreditado– y, en defecto de acuerdo, la decisión será tomada por el Juez¹²⁶.

6. CONCLUSIONES.

PRIMERA.- La Ley 15/2005, de 8 de julio, introdujo la guarda y custodia compartida de forma expresa en el Código Civil, pero no entró a desarrollar suficientemente su regulación, más bien se limitó a contemplar la posibilidad de su adopción. El Código Civil, por tanto, no prevé nada respecto a ciertas medidas complementarias subsiguientes a la separación o divorcio para el sistema de custodia compartida: régimen de visitas, contribución al mantenimiento de los hijos menores y atribución del uso de la vivienda familiar.

SEGUNDA.- La vivienda familiar constituye, por lo general, el activo más valioso del patrimonio de los cónyuges, no sólo desde una perspectiva económica, sino también social y emocional, lo que explica que se trate de una de las medidas que más controversia suscita en los procesos de crisis matrimonial.

TECERA.- El Código Civil no delimita la noción de vivienda familiar, sin embargo, sí lo han hecho la Doctrina y la Jurisprudencia. La vivienda familiar ha quedado definida como aquella residencia habitual en que la unidad familiar, con voluntad de permanencia, ha residido como tal satisfaciendo en ella sus necesidades más básicas y desarrollando la convivencia familiar. De suerte que la consideración de familiar únicamente se predica de aquel inmueble en que concurren los requisitos de habitualidad y habitabilidad, lo que

¹²⁶ Es posible encontrar resoluciones judiciales en las que es el Juez quien fija el lugar de empadronamiento. En este sentido, SAP de Cantabria de 6 de mayo 2015 (ROJ: 819/2015), SAP de Málaga de 31 de mayo de 2017 (ROJ: 2486/2017), SAP Álava de 30 de noviembre de 2017 (ROJ: 701/2017).

excluye del concepto en cuestión las segundas residencias, las fincas de recreo, los locales destinados exclusivamente a uso profesional y los pisos aún no ocupados.

CUARTA.- La atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida ha quedado totalmente huérfana de regulación en el régimen común –no así en Aragón, Cataluña, Navarra y País Vasco, todas ellas CCAA con derecho civil propio que han regulado este asunto con minuciosidad–. A nivel estatal, el silencio del legislador en el Código Civil ha sido suplido por la ardua labor de la Jurisprudencia, que ha tratado de unificar criterios con el fin de proporcionar una solución. La trascendencia de una decisión como la de determinar quién ha de permanecer en el uso de la que fuera vivienda familiar hace recomendable una modificación legislativa que adapte los preceptos vigentes en este aspecto a la institución de la custodia compartida.

QUINTA.- La decisión sobre la atribución del uso de la vivienda familiar debe estar informada, en todo caso, por el interés superior de los menores. Nuestro Ordenamiento Jurídico reconoce como criterio fundamental el principio del *favor filii* a la hora de adoptar cualquier medida que concierna a los niños, por lo que su interés superior merece una consideración primordial al sopesar los distintos intereses concurrentes de cara a decidir a quién se ha de asignar el uso de la vivienda familiar.

SEXTA.- De la interpretación del Código Civil puede concluirse que, a la hora de determinar quién ha de permanecer en la vivienda familiar, se debe atender con carácter prioritario a aquello que los progenitores hayan convenido, siempre y cuando no resulte dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, pues en ese caso no se recabará la preceptiva aprobación judicial. En defecto de pacto de los cónyuges aprobado judicialmente, será el Juez el que determine a quién se ha de asignar el uso de la vivienda familiar.

SÉPTIMA.- El Código Civil no orienta en absoluto al Juez a la hora de decidir sobre la asignación de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida, pues no prevé criterio alguno al respecto. Sin embargo, la Jurisprudencia ha intervenido para aportar una solución, y lo ha hecho aplicando por analogía lo previsto en el Código Civil para los supuestos de guarda y custodia partida o distributiva, de forma tal que el Juez deberá resolver “lo procedente” prestando especial atención a dos factores: al interés más

digno de protección y a la titularidad de la vivienda. De suerte que, ponderadas las circunstancias concurrentes en el supuesto, el Juez podrá decidir atribuir la vivienda familiar a los hijos, a uno solo de los progenitores o bien, no hacer asignación alguna de la misma.

OCTAVA.- La atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores hace recaer en sus progenitores los desplazamientos a la que fuera la vivienda familiar en los periodos alternos establecidos. Los ex cónyuges se ven, por tanto, abocados a compartir vivienda, aunque sea de forma alternativa, lo que suele generar innumerables problemas y fricciones, sin embargo, los inconvenientes no acaban ahí, puesto que también se trata de una medida de lo más antieconómica. En contra de lo que a priori puede parecer, no se trata de un sistema que vele por el interés de los menores –recordemos es el principio rector que debe inspirar la toma de la decisión–, de ahí que la Jurisprudencia se muestre cada vez más reacia a acordar su adopción.

NOVENA.- La Jurisprudencia parece mostrarse más partidaria de atribuir el uso de la vivienda familiar a uno solo de los progenitores, concretamente, a aquel que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda. De suerte que, este permanecerá en la vivienda familiar con los hijos mientras deba ejercer la guarda y custodia, debiendo estos desplazarse al inmueble de su otro progenitor en los periodos en que les corresponda estar en su compañía. De esta forma, esto es, garantizando el acceso a vivienda de aquel progenitor que ostenta una menor capacidad económica o, al menos, menores posibilidades respecto al otro, se está protegiendo el interés de los menores que de forma alterna habrán de residir con él. Ahora bien, la atribución del uso de la vivienda familiar a un solo progenitor estará limitada temporalmente para así salvaguardar todos los intereses en juego, incluidos los del titular de la vivienda.

DÉCIMA.- Otros supuestos merecen, en cambio, no realizar atribución alguna del uso de la vivienda familiar –ningún progenitor presenta un interés más necesitado de protección y el interés de los menores es igualmente respetado–. Los ex cónyuges podrán disponer de la que fuera vivienda familiar como estimen más conveniente.

DÉCIMO PRIMERA.- Cuando los menores residan en dos viviendas de manera alterna se deberá decidir sobre su lugar de residencia a efectos de empadronamiento. Una vez

más, el Código Civil no prevé nada al respecto, pero sí lo han hecho otros instrumentos. Estos aconsejan hacer coincidir el lugar de empadronamiento con el domicilio en que el menor pase más tiempo, y cuando ello no fuera posible, se deberá atender al acuerdo de los padres, en defecto del cual decidirá el Juez.

DÉCIMO SEGUNDA.- En definitiva, la reforma operada en el año 2005, por la cual se introdujo la guarda y custodia compartida, se ha revelado insuficiente. Como consecuencia, el artículo 96 CC ha quedado en cierto modo desfasado, no se adapta a la realidad social actual. La Jurisprudencia del TS ha tratado de acomodar la atribución del uso de la vivienda familiar en el sistema de custodia compartida a la rigidez y automatismo de dicho precepto, pero mientras el legislador no aborde en detalle esta cuestión, las lagunas jurídicas existentes continuarán potenciando la disparidad de criterios de juzgados y tribunales, y con ello, la inseguridad jurídica. Además, la regulación de la custodia compartida, y la consecuente atribución del uso de la vivienda familiar por Aragón, Cataluña, Navarra y País Vasco, no hace más que evidenciar la necesidad de acometer la correspondiente reforma del Código Civil, que garantice que todos los ciudadanos, con independencia del territorio de residencia, gocen de igualdad de oportunidades.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV: Conclusiones del II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia, sobre “Las Reformas del Derecho de Familia”, celebrado en Madrid los días 23, 24 y 25 de noviembre de 2005.

AAVV: Conclusiones del Encuentro de Jueces y Abogados celebrado en Madrid del 5 al 7 de octubre de 2015.

BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL: “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, n.º 743, 2014.

CATALÁN, M.^a JOSE / GARCÍA, M.^a BEGOÑA / DE LA PEÑA, SEBASTIÁN / ALEMÁN, CARMEN / ARAGÓN, VIRGINIA / GARCÍA, M.^a DOLORES / MARÍN, CATALINA; MATAS, ANA M.^a / SOLER, CONCEPCIÓN: “La custodia compartida: concepto, extensión y bondad de su puesta en escena. Debate entre psicología y derecho”, *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 17, 2007, pp. 131-151.

CHAPARRO MATAMOROS, PEDRO: *Derecho de uso y vivienda familiar su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

CUENA CASAS, MATILDE: “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, en YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO (Dir.), y CUENA CASAS, MATILDE (Dir.), *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. 3, Aranzadi Thomson Reuters, 2011, p.291.

GARCÍA PRESAS, INMACULADA: *Los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis de pareja*, Madrid, Reus, 2019.

GONZÁLEZ COLOMA, GEMA: *Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 2019.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, MARÍA: “La vivienda familiar en caso de Custodia Compartida. Sus implicaciones en el derecho de cosas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 736, 2013.

HUALDE SÁNCHEZ, JOSÉ JAVIER: “Localización de la persona”, en PUIG I FERRIOL, LLUIS, GETE-ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN., GIL RODRÍGUEZ, JACINTO y HUALDE SÁNCHEZ, JOSÉ JAVIER, *Manual de Derecho Civil I: Introducción y derecho de la persona*, 3ª edición, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: “Divorcios entre cónyuges de diferente sexo según tipo de divorcio y cónyuge que deba ejercer la custodia”, <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=20692#!tabs-tabla>, visto el 15 de noviembre de 2020.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: “Separaciones entre cónyuges de diferente sexo según tipo de separación y cónyuge que debe ejercer la custodia”, <https://ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=20507#!tabs-tabla>, visto el 15 de noviembre de 2020.

MARTÍNEZ CALVO, JAVIER: “La regulación de la guarda y custodia de los hijos en el entorno europeo”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 12, febrero 2020.

MARTÍNEZ CALVO, JAVIER: “La guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español”, Universidad de Zaragoza, 2020, p. 466.

MORERA VILLAR, BEATRIZ: “Guarda y custodia compartida impuesta”, *Actualidad jurídica Iberoamericana*, nº 9, agosto 2018.

ORDÁS ALONSO, MARTA: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Madrid, Wolters Kluwer España, S.A., mayo 2018.

ORTUÑO MUÑOZ, JOSÉ PASCUAL: “El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial”, Madrid, *Civitas*, 2006.

PARDO PUMAL, MARÍA JOSÉ: “La atribución del uso de la vivienda en supuestos de guarda y custodia compartida: análisis de la doctrina jurisprudencial”, *Estudios Institucionales*, Vol. VI, n.º 10, 2019.

SEIJAS QUINTANA, JOSE ANTONIO: “Estudio de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo”, en Consejo general del poder judicial, *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*, 2020.

SEISDEDOS MUIÑO, ANA: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 7/2015, del Parlamento Vasco”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 3 bis, noviembre 2015.

SEISDEDOS MUIÑO, ANA: “La coparentalidad y la custodia de menores”, en GIL RODRÍGUEZ, JACINTO (Dir.) y GALICIA AIZPURUA, GORKA (Coord.), *Manual de Derecho Civil Vasco*, Barcelona, Atelier, 2016, p. 113.

VIÑAS MAESTRE, DOLORS: “Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda”, *Indret: Revista Para el Análisis del Derecho*, Nº3, julio 2012.

ZABALGO, PALOMA: “La custodia compartida en la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo”, *Diario La Ley*, n.º 9088, noviembre 2017.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional.

STC de 10 de diciembre de 1984 (EDJ 1984/2010).

STC de 17 de octubre de 2012 (EDJ 2012/224014).

STC de 16 de noviembre de 2016 (EDJ 2016/211063)

Tribunal Supremo.

STS de 2 de mayor de 1983 (ROJ: 1307/1983).

STS de 2 de diciembre de 1987 (ROJ: 7718/1987).

STS de 31 de diciembre de 1994 (EDJ 1994/10330).

STS de 16 de diciembre de 1996 (ROJ: 7256/1996).

STS de 30 de abril de 2011 (ROJ: 2452/2011).

STS de 7 de julio de 2011 (ROJ: 4824/2011).

STS de 22 de julio de 2011 (ROJ: 4924/2011).

STS de 9 de mayo de 2012 (ROJ: 3057/2012).

STS de 19 de abril de 2012 (ROJ: 2905/2012).

STS de 5 de noviembre de 2012 (ROJ: 7071/2012).

STS de 29 de abril de 2013 (ROJ: 2246/2013).

STS de 19 de noviembre de 2013 (ROJ: 5509/2013).

STS de 24 de octubre de 2014 (ROJ: 4249/2014).

STS de 25 de septiembre de 2015 (ROJ: 3890/2015).

STS de 6 de abril de 2016 (ROJ: 1424/2016).

STS 3 de marzo de 2016 (ROJ: 793/2016).

STS de 15 de junio de 2016 (ROJ: 2877/2016).

STS de 27 de junio de 2016 (ROJ: 3057/2016).

STS de 21 de julio de 2016 (ROJ: 3888/2016),

STS de 16 de septiembre de 2016 (ROJ: 4089/2016).

STS de 23 de enero de 2017 (ROJ: 168/2017).

STS de 12 de mayo de 2017 (ROJ: 1896/2017).

STS de 22 de septiembre de 2017 (ROJ: 3348/2017).

STS de 20 de febrero de 2018 (ROJ: 503/2018).

STS de 7 de junio de 2018 (ROJ: 2104/2018).

STS de 20 de noviembre de 2018 (ROJ: 3882/2018).

ATS de 13 de febrero de 2019 (ROJ: 1545/2019).
STS de 18 de julio de 2019 (ROJ: 2564/2019).
ATS de 27 de noviembre de 2019 (ROJ: 12659/2019).
STS de 11 de diciembre de 2019 (ROJ: 4022/2019).
STS de 16 de enero de 2020 (ROJ: 61/2020).
STS (12 de junio de 2020 (ROJ: 1688/2020).
STS de 6 de julio de 2020 (ROJ: 2093/2020).

Tribunal Superior de Justicia.

STSJ de Cataluña de 5 de octubre de 2015 (ROJ: 11002/2015).
STSJ de Cataluña de 25 de mayo de 2015 (ROJ: 5187/2015).

Audiencia Provincial.

SAP de Palma de Mallorca, de 19 de enero de 1998 (ROJ: 2974/1998).
SAP de Las Palmas de 17 de enero de 2005 (ROJ: 130/2005).
SAP de Alicante de 24 de abril de 2009 (ROJ: 1031/2009).
SAP de Castellón de 25 de mayo de 2011 (ROJ: 666/2011).
SAP de Alicante de 3 de abril de 2012 (ROJ: 2637/2012).
SAP de Santa Cruz de Tenerife de 10 de junio de 2013 (ROJ: 1453/2013).
SAP de Gipuzkoa de 26 de septiembre de 2014 (ROJ: 704/2014).
SAP de Tarragona de 20 de marzo de 2015 (ROJ: 256/2015).
SAP de Cantabria de 6 de mayo 2015 (ROJ: 819/2015).
SAP de Cantabria de 28 de mayo de 2015 (ROJ: 297/2015).
SAP de Baleares de 28 de abril de 2016 (ROJ: 744/2016).
SAP de Barcelona de 18 de mayo de 2016 (ROJ: 5178/2016).
SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de mayo de 2016 (ROJ: 1483/2016).
SAP de Salamanca de 18 de julio de 2016 (ROJ: 414/2016).
SAP de Málaga de 20 de julio de 2016 (ROJ: 1928/2016).
SAP de Málaga de 27 de septiembre de 2016 (ROJ: 2759/2016).
SAP de Bizkaia de 22 de noviembre de 2016 (ROJ: 2083/2016).
SAP de A Coruña de 12 de enero de 2017 (ROJ: 39/2017).
SAP de Segovia de 23 de enero de 2017 (ROJ: 14/2017).
SAP Guadalajara de 16 de febrero de 2017 (ROJ: 108/2017).
SAP de Valencia de 17 de mayo de 2017 (ROJ: 1796/2017).

SAP de León de 24 de mayo de 2017 (ROJ: 669/2017).
SAP de Gipuzkoa de 29 de mayo de 2017 (ROJ: 454/2017).
SAP de Málaga de 31 de mayo de 2017 (ROJ: 2486/2017).
SAP de A Coruña de 28 de julio de 2017 (ROJ: 1990/2017).
SAP de Álava de 3 de noviembre de 2017 (ROJ: 684/2017).
SAP de Asturias de 21 de noviembre de 2017 (ROJ: 3369/2017).
SAP de Álava de 27 de noviembre de 2017 (ROJ: 686/2017).
SAP Álava de 30 de noviembre de 2017 (ROJ: 701/2017).
SAP de León de 30 de noviembre de 2017 (ROJ: 1187/2017).
SAP de Álava de 4 de enero de 2018 (ROJ: 19/2018).
SAP de Cádiz de 10 de enero de 2018 (ROJ: 35/2018).
SAP de Asturias de 15 de marzo de 2018 (ROJ: 756/2018).
SAP de Zamora de 16 de marzo de 2018 (ROJ: 127/2018).
SAP de Cantabria de 27 de marzo de 2018 (ROJ: 187/2018).
SAP de Cádiz de 18 de mayo de 2018 (ROJ: 510/2018).
SAP de Madrid de 7 de junio de 2018 (ROJ: 9594/2018).
SAP de León de 9 de julio de 2018 (ROJ: 840/2018).
SAP de Málaga de 8 de noviembre de 2018 (ROJ: 2248/2018).
SAP de Cáceres de 12 de noviembre de 2018 (ROJ: 756/2018).
SAP de Bizkaia de 14 de enero de 2019 (ROJ: 212/2019).
SAP de Ourense de 25 de enero de 2019 (ROJ: 113/2019).
SAP de Burgos de 29 de marzo de 2019 (ROJ: 396/2019).
SAP de Bizkaia de 19 de junio de 2019 (ROJ: 2110/2019).
SAP de Málaga de 27 de junio de 2019 (ROJ: 1349/2019).
SAP de Pontevedra de 21 de octubre de 2019 (ROJ: 2397/2019).
SAP de Pontevedra de 31 de octubre de 2019 (ROJ: 2470/2019).
SAP de Madrid de 18 de noviembre de 2019 (ROJ: 16162/2019).
SAP de Pontevedra de 19 de noviembre de 2019 (ROJ: 2576/2019).
SAP de Bizkaia de 21 de noviembre de 2019 (ROJ: 3461/2019).
SAP Guadalajara de 11 de diciembre de 2019 (ROJ: 471/2019).
SAP de Bizkaia de 11 de diciembre de 2019 (ROJ: 3654/2019).
SAP de Santa Cruz de Tenerife de 19 de diciembre de 2019 (ROJ: 2828/2019).
SAP de Asturias de 27 de enero de 2020 (ROJ: 365/2020).
SAP de Barcelona de 29 de enero de 2020 (ROJ: 628/2020).

SAP de Tarragona de 20 de febrero de 2020 (ROJ: 201/2020).

SAP de Barcelona de 4 de mayo de 2020 (ROJ: 3029/2020).

SAP de Madrid de 19 de junio de 2020 (ROJ: 10271/2020).

SAP de Palencia de 13 de agosto de 2020 (ROJ: 326/2020).

SAP de Badajoz de 8 de octubre de 2020 (ROJ: 1178/2020).