

**CUSTODIA COMPARTIDA Y EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA
FAMILIAR. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Contratada Doctora.

Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL INTERÉS DEL MENOR Y LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.—III. LA CUSTODIA COMPARTIDA Y EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.—IV. CUSTODIA COMPARTIDA Y EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN DERECHO COMPARADO.—V. DERECHO CIVIL FORAL: A) Cataluña. B) Aragón. C) Valencia.—VI. INDICACIONES JURISPRUDENCIALES.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS ANALIZADAS DEL TC, TS, DE LOS TSJ, DE LAS AP, Y DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—X. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

En la revista anterior analizamos, desde el punto de vista jurisprudencial, la concesión de la custodia compartida de los progenitores, sus razonamientos y su motivación judicial que se concretan como esenciales en la conclusión adoptada, siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor (1).

Pues bien, el legislador de 2005 al incorporar al ordenamiento esta modalidad en el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos, y, a su vez, ampliar el poder de decisión de los progenitores en la esfera personal de las relaciones filiales (2), incide en la esfera patrimonial o en el plano económico que ello conlleva, como ocurre en lo que respecta a la atribución del uso de la vivienda familiar. Este es el punto que pretendemos analizar en el presente estudio (3).

(1) Vid., mi artículo «Custodia compartida de los progenitores: casos de procedencia e improcedencia. Análisis jurisprudencial», en *RCDI*, núm. 731, 2012, págs. 1612 a 1646.

(2) Dando un amplio margen a la *autonomía de la voluntad* de las partes, que a su vez se derivan de los principios inspiradores del concepto de familia y matrimonio de *libertad, dignidad y libre desarrollo de la personalidad*. Sobre autonomía de la voluntad y la inexistencia de obligación de la aprobación por el Juez del convenio regulador donde se pacta por las partes la custodia compartida, vid. HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, «Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida», en *Actualidad Civil (LA LEY)*. Revista núm. 10. Fecha de publicación: Quincena del 16 al 31 de mayo de 2011. Sección: A Fondo, págs. 1131 a 1146. Tomo: 1. LA LEY 6638/2011.

(3) Vid. LATHROP, Fabiola, «Regulación de la guarda y custodia compartida en el Código Civil», en *Custodia compartida de los hijos. Diario La Ley*, núm. 7206, Sección Doctrina, de 29 de junio de 2009, año XXX, Ref. D-231, Editorial LA LEY. LA LEY 12921/2009, a fin de distinguir los conceptos de *custodia compartida y corresponsabilidad familiar*. La autora insiste en que «no cabe confundir corresponsabilidad parental o familiar con custodia compartida. La primera es un principio que informa la segunda, junto a otras directrices, como la coparentalidad y la igualdad entre hombre y mujer. La custodia compartida es una figura que concreta la corresponsabilidad parental, de manera que, en mi concepto, puede ser definida como: un sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que,

En el sistema de atribución del cuidado de los hijos resulta determinante, en el caso de elegir el modelo de custodia compartida, la asignación de la vivienda familiar.

Si recordamos, en la revista anterior nos hicimos eco de los requisitos de la custodia compartida (4) y del decálogo señalado por el propio juzgador, motivado por el silencio del legislador al respecto (5).

Fue en el año 2007, cuando concretó la SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 20 de febrero de 2007, como ventajas de la custodia compartida la garantización

basado en el principio de la corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados».

(4) La custodia compartida, a juicio de la jurisprudencia, requiere que se asiente sobre ciertas condiciones. A saber:

- Ambos cónyuges deben ser adecuados como progenitor custodio, con disponibilidad de tiempo de uno y otro para dedicarlo a los hijos.
- Debe asegurarse la estabilidad del menor en relación con la situación precedente.
- Continuidad en el entorno: no debe implicar el desplazamiento o esfuerzo de los niños en cada traslado a ambientes totalmente distintos (localidades diversas, estando muy lejano del centro escolar, etc.).
- Mantener y tener en cuenta las relaciones con la familia extensa, el colegio, los amigos o la ciudad o barrio.
- Existencia de buena relación entre los padres que, dado el régimen que se establece, comparten al 50 por 100 la educación, el desarrollo y el cuidado de los hijos, debiendo unificar criterios educativos y de comportamiento.
- Fluidez y facilidad en los intercambios.
- Existencia de buena y frecuente comunicación entre los progenitores.
- Garantizar el equilibrio psíquico del menor, para que no se vea afectado por desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores.
- La constancia de que queda deslindada la idoneidad de la custodia, con el interés por la obtención de réditos materiales indirectos, no confesados, como el uso de la vivienda o la percepción o ahorro de pensiones.

Juzgado de Primera Instancia, número 5 de Gavá, sentencia de 24 de julio de 2006, proc. 172/2006. Número de sentencia: 113/2006. Número de recurso: 172/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 293983/2006. Y SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 21 de febrero de 2007, recurso: 820/2006. Ponente: María José PÉREZ TORMO. Número de sentencia: 127/2007. Número de recurso: 820/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 53774/2007.

Algunos abogados se han mostrado bastante irónicos y han puesto en duda el sistema de custodia compartida cuando no hay un acuerdo previo por parte de los progenitores para establecer la custodia compartida, pues son las propias partes las que conocen sus vidas, circunstancias y sus medios. Aunque también la autora insiste en los criterios establecidos por la doctrina jurisprudencial criticando la escasa reforma realizada por el legislador. Las dudas le surgen si no hay acuerdo de las partes y es en cierta medida el juez quien impone la guarda y custodia compartida alegando la supremacía del *favor filii*. Vid. PÉREZ GALVÁN, María, «Problemas prácticos en el régimen de guarda y custodia compartida», en *Diario La Ley*, núm. 7206, Sección Tribuna, de 29 de junio de 2009, año XXX, Ref. D-236, Editorial LA LEY.

(5) El juzgador aconseja, para el buen cumplimiento de este régimen de guarda y custodia establecido en interés del menor, que los progenitores cumplan el siguiente decálogo:

1. Nunca desacredite a su excónyuge delante de sus hijos, ya que ellos se sienten «parte de su mamá» y «parte de su papá», con lo que la crítica puede dañar su autoestima.
2. No utilice a sus hijos como mensajeros entre usted y su excónyuge. Cuanto menos se sientan ellos parte de la pelea entre sus padres, mejor entenderán la situación.

«a los hijos (de) la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática...» (6).

Aunque también la Jurisprudencia reconocía la existencia de alguna desventaja. Por ejemplo, la SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 20 de febrero de 2007, señaló como alguno de los inconvenientes: la posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio; los problemas de integración o adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando... (7)

Posteriormente, el Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Palma de Mallorca, sentencia de 10 de marzo de 2009, también entendió que el sistema de custodia compartida podía no estimarse favorecedor para el adecuado desarrollo de los menores, puesto que la situación de alternancia periódica de la convivencia con cada uno de los padres puede no permitir, en buena parte de los casos, estructurarse psicológicamente a los hijos, dado el periódico cambio de casa, entorno, amistades... al que se somete a los menores (8).

-
3. Tranquilice a sus hijos haciéndoles entender que ellos no tuvieron ninguna responsabilidad en la separación. Muchos de ellos asumen como propias las causas de la ruptura.
 4. Anime a sus hijos a que vean con frecuencia a su excónyuge. Haga todo lo posible por estimular las visitas.
 5. En cada paso de su divorcio o separación, recuérdese a sí mismo que sus propios intereses no son los de sus hijos, por lo que no debe incluirlos en ninguna negociación.
 6. Sus hijos pueden ser estimulados a actuar como su «corresponsal» en la casa de su excónyuge. Trate de no pedirles que le cuenten nada que no sea del interés de ellos. Deje a sus niños ser niños.
 7. Si usted siente que no puede asumir el trance de la separación con calma y responsabilidad, pida asesoramiento terapéutico urgente. Sus problemas pueden trasladarse a sus hijos, complicándoles aún más el poder enfrentar con éxito la situación.
 8. Cumpla con sus obligaciones económicas, «alimentos» de su hijo, en forma mensual y sin interrupciones. Sepa que de no hacerlo, el perjudicado será su hijo, que además de tener que enfrentar una situación familiar compleja, deberá soportar faltas materiales, lo cual puede tener un efecto permanente por el resto de su vida.
 9. Si usted es un parent/ madre responsable, y no está recibiendo los «alimentos» por parte del que tiene obligación, no traslade su enojo a sus hijos. Esto alimenta en ellos el sentimiento de abandono, y los pone en situaciones muy difíciles.
 10. Dentro de lo posible, no efectúe demasiados cambios en la vida de sus hijos. Si además de soportar la separación deben cambiar de residencia y de escuela, tardarán mucho más en superar el trauma del divorcio de sus padres.

Juzgado de Primera Instancia, número 8 de Gijón, Auto de 22 de junio de 2010, recurso: 512/2010. Ponente: Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO. Número de recurso: 512/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 109976/2010.

(6) STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 31 de julio de 2008, recurso: 72/2007. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 29/2008. Número de recurso: 72/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 116201/2008.

(7) SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 20 de febrero de 2007, recurso: 1002/2005. Ponente: Enrique ANGLADA FORS. Número de sentencia: 102/2007. Número de recurso: 1002/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1474/2007.

(8) Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Palma de Mallorca, sentencia de 10 de marzo de 2009, proc. 1113/2008. Ponente: Joaquín María ANDRÉS JOVEN. Número de sentencia: 125/2009. Número de recurso: 1113/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 91994/2009.

II. EL INTERÉS DEL MENOR Y LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Como ya hemos estudiado, la concesión de la custodia compartida de los hijos menores se realiza en atención a su interés. Hay que seguir el principio del *favor filii*, ya que los menores no pueden ser utilizados como instrumento del conflicto matrimonial. Por ello la jurisprudencia establece la necesidad de dejar suficientemente expresadas en la motivación las razones esenciales de la conclusión adoptada (9).

La STS, Sala Primera de lo Civil, de 10 de enero de 2012 (10), recuerda que la custodia compartida puede determinarse por el juez en dos supuestos: *a) cuando sea pedida por ambos progenitores, y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz*. En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio y tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a «la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia» (11).

Partimos de la afirmación jurisprudencial de que el artículo 96 del Código Civil no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, *porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja* (12).

(9) Vid. STS, Sala Primera, de lo Civil, de 9 de julio de 2003, recurso: 884/1999. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 719/2003. Número de recurso: 884/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2569/2003. Y STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 614/2009. Número de recurso: 200/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184085/2009.

(10) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de enero de 2012, recurso: 1784/2009. Ponente: Juan Antonio XIOL Ríos. Número de sentencia: 961/2011. Número de recurso: 1784/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7717/2012. Recoge la doctrina contenida en la STS de 28 de septiembre de 2009.

(11) Juan ANTONIO XIOL, en dicha STS, de 10 de enero de 2012, indica que del estudio del Derecho Comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como... la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros. y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

(12) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de abril de 2011, recurso: 1456/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 221/2011. Número de recurso: 1456/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY. 14453/2011. El artículo 96 del Código Civil establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones limitadoras e incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir ningún perjuicio.

El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 234-8 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección que se aplica con independencia del régimen del bien acordado entre quienes son sus propietarios, por lo

Contraria a dicha afirmación jurisprudencial se encuentra un sector doctrinal, en el que se encuentra PÉREZ GALVÁN (13), quien mostrando su disconformidad con la misma, entiende que dicha sentencia supone «un paso atrás respecto de lo que la doctrina y los distintos Juzgados y Audiencias Provinciales venían interpretando en los últimos años, haciéndose eco de la demanda social sobre la vivienda familiar».

La modificación de 2005 no ha reformado el artículo 96.1 del Código Civil, el cual establece que en defecto de acuerdo de los cónyuges, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, siendo pues una regla taxativa, que se aplica también a los casos de rupturas de uniones de hecho con hijos menores.

El primer criterio legal permite que los cónyuges, en base a su autonomía de la voluntad (14), puedan instrumentar en el convenio regulador la atribución del uso de la vivienda familiar. Así es posible acordar que la vivienda se venda

que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo en que los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien.

La sentencia recurrida impone un uso limitado en el tiempo de la vivienda familiar. Ello porque aunque se atribuye el uso al menor y a la madre, como titular de la guarda y custodia, se mantiene «hasta el momento en que se proceda a la división y disolución de los bienes comunes de ambas partes», momento en que debe entenderse que cesa dicho uso, según la sentencia recurrida. Y aunque esta pudiera ser una solución de futuro, que no corresponde a los jueces que están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), hay que reconocer que se opone a lo que establece el artículo 96.1 del Código Civil. Esta norma no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la LO de protección del menor.

Esta era ya la doctrina de esta Sala en sentencias de esta Sala (9 de mayo de 2007, 22 de octubre y 3 de diciembre de 2008, entre otras), en las que se conserva el uso de la vivienda a pesar de la división y se impone incluso a los terceros adjudicatarios en la subasta necesaria para proceder a la división.

En consecuencia de lo anterior, se formula la siguiente doctrina: la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil.

(13) PÉREZ GALVÁN, María, «Vivienda familiar y crisis de pareja. Atribución del derecho de uso “a propósito de la STS de 1 de abril de 2011”», en *Diario La Ley*, núm. 7711, Sección Tribuna, de 7 de octubre de 2011, año XXXII, Ref. D-372, Editorial LA LEY. Leynfor. Abogados de Familia, núm. 63, Sección Tribuna Abierta, primer trimestre de 2012, Editorial LA LEY. LA LEY 15802/2011.

(14) La autonomía de la voluntad es un principio consagrado por el artículo 1255 del Código Civil que afirma que «*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral, ni al orden público*». Constituye el núcleo central de la noción de «negocio jurídico», pues el contrato no es otra cosa más que un negocio jurídico bilateral, productor de obligaciones. Si la voluntad es la base de todo contrato, su eficacia depende de su exteriorización, libre y con pleno conocimiento de sus efectos, por parte de los sujetos que se proponen contratar.

Cada vez este principio está teniendo más auge en Derecho de Familia, pues los cónyuges pueden, mediante el convenio, fijar cuál de ellos continuará en el uso de la vivienda. En su defecto, el juez tendrá que resolver conforme a los tres criterios contenidos en el artículo 96.1, II y III del Código Civil, que son:

a un tercero o se adjudique al no custodio aun con hijos menores. El problema surgirá cuando no haya acuerdo, en estos casos, el interés del menor es el

1. Si existen hijos sujetos a la patria potestad, y todos ellos están bajo la guarda y custodia de un solo cónyuge, será a este a quien se atribuya (en beneficio de los hijos) el uso de la vivienda y del ajuar familiar (art. 96.1 CC). En este caso, la atribución del uso de la vivienda es automática. Este derecho de uso, que en principio es indefinido, se extingue cuando el cónyuge que usa la vivienda haya perdido la guarda y custodia de los hijos, o cuando estos no convivan ya con él, por haber alcanzado la mayoría de edad, estar emancipados, vivir con independencia o haber recuperado la capacidad. También se extingue cuando el tercero propietario de la vivienda ejerce con éxito la acción reivindicatoria o de desahucio por precario contra la mujer que usa la vivienda, cuando esta fue cedida en precario a su exmarido.
2. Cuando cada cónyuge tiene la guarda y custodia de algunos hijos, resolverá el juez (art. 96.11 CC), teniendo en cuenta el interés más necesitado de protección.
3. Si no hay hijos al cuidado de alguno de los cónyuges, la regla general es que el uso de la vivienda corresponde al cónyuge titular del derecho a usarla. Ahora bien, el juez puede atribuir su uso al cónyuge no titular, por un periodo de tiempo determinado, cuando de las circunstancias del caso se deduzca que ese es el interés más necesitado de protección (art. 96. III CC).

Y el artículo 96 del Código Civil se cierra con una norma relativa a la disposición de la vivienda, con el fin de proteger al cónyuge no titular de la vivienda y evitar que su derecho de uso no sirva de nada. Así el artículo 96.IV del Código Civil impide al cónyuge titular de la misma disponer de ella por su sola voluntad, exigiendo el consentimiento de los dos cónyuges o, en su caso, autorización judicial. Si no es así, el cónyuge no titular dispone de la acción de anulabilidad (art. 1322.1 CC).

El problema surge cuando el tercer adquirente esté protegido por el artículo 34 LH, de modo que el cónyuge no titular no pueda atacar esa adquisición. Para evitar semejante posibilidad, se ha defendido que la limitación de disponer del artículo 96.IV del Código Civil pueda tener acceso al Registro de la Propiedad (art. 26 LH), bien mediante anotación preventiva, bien mediante inscripción.

El TS ha entendido que el derecho de uso es un derecho oponible a terceros, y que como tal debe tener acceso al Registro de la Propiedad: Vid. SSTS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 11 de diciembre de 1992. Ponente: José ALMAGRO NOSETE. Número de recurso: 1554/1990. LA LEY 12901/1992 (*no puede ejercitarse la acción reivindicatoria contra quien posee por título legítimo. Al adquirente del piso no le protege la buena fe porque la prueba revela que no existía —no es un tercero hipotecario— y que adquirió de acuerdo con el vendedor tras conocer la decisión judicial sobre uso de vivienda tomada en medidas provisionales*); sentencia de 18 de octubre de 1994. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. LA LEY 133/1995 (*acción de reclamación de la posesión de una vivienda ejercitada por una usufructuaria, frente a la ocupante por estimar que carecía de título. No prospera porque tiene como título un convenio regulador de los efectos de la separación matrimonial, en el que el esposo, hijo de la usufructuaria, condómino del piso y ocupante, lo atribuyó a la esposa. El uso de la vivienda familiar atribuido según el artículo 96 del Código Civil, tiene eficacia total respecto a terceros y aleja toda situación de precario*); sentencia de 4 de abril de 1997. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Número de recurso: 1396/1993. LA LEY 8512/1997 (*se produce la disolución de la sociedad de gananciales por la separación ipso iure, el derecho de uso de la vivienda familiar es un derecho de uso oponible a terceros, temporal y en este caso se ha adjudicado en plena propiedad a la titular del uso de la vivienda familiar*); sentencia de 22 de abril de 2004. Ponente: Pedro GONZÁLEZ POVEDA. Número de sentencia: 310/2004. Número de recurso: 1738/1998. LA LEY 1161/2004 (*se produce la inoponibilidad frente al adjudicatario de una vivienda hipotecada que actuó de buena fe, del derecho de uso que sobre la vivienda tenía la esposa del deudor hipotecario, a la que se había atribuido dicho uso en las sentencias de separación y divorcio*).

punto de referencia para decidir sobre la atribución del uso de la vivienda, sea titularidad de uno o de otro progenitor y con independencia del resto de las circunstancias de las partes.

Como la autonomía de la voluntad es amplia, los progenitores pueden jugar con la atribución del uso de la vivienda familiar y con ello compensar también los gastos de alimentos y los gastos extraordinarios... De manera que con la custodia compartida se produce un reparto más equitativo de las cargas económicas, evitándose los problemas que originan los impagos de las prestaciones alimenticias (15).

PÉREZ GALVÁN insiste en que una de las conclusiones del encuentro institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Secretarios Judiciales con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia de 2005, se refiere a que «en la atribución de la vivienda familiar deben atenderse, en primer lugar, el interés más necesitado de protección, lo que no implica que no se puedan imponer límites temporales a la atribución del derecho de uso». En 2008, se aprobó como conclusión de dicho encuentro que: «hasta que se produzca la reforma legal del artículo 96 del Código Civil se acuerda que el mismo sea interpretado de forma que:

- a) *La asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos.*
- b) *En todo caso, la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar, en los supuestos en que proceda, se hará siempre con carácter temporal...*

La cuestión a abordar en nuestro breve estudio se centra en reconocer que tras la ruptura matrimonial cada parte necesita una vivienda digna donde residir y convivir con los hijos comunes el tiempo que proceda. Y sobre todo ver qué ocurre cuando la custodia es compartida; y qué resolver cuando la vivienda es titularidad de terceros, o que se hace si ambos progenitores tienen vivienda propia.

III. LA CUSTODIA COMPARTIDA Y EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Si en todo caso de disolución matrimonial prima el *favor filii*, como hemos visto, en el supuesto de la custodia compartida, más aún, la norma que la admite expresamente no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, ya que la guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores (16).

(15) Vid. PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita, «La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia», en *Diario La Ley (LA LEY)*. Revista núm. 7206. Fecha de publicación: 29 de junio de 2009. Sección: Tribuna. Referencia: D-234. LA LEY 12967/2009.

(16) Vid. STS, Sala Primera, de lo Civil, de 27 de septiembre de 2011, recurso: 1467/2008. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 641/2011. Número de recurso: 1467/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 183864/2011. El régimen de esta asistencia siempre deberá tener en cuenta estos criterios, porque en cada uno de los casos lo que debe decidir el juez es cuál será el mejor régimen de protección del hijo, según sus circunstancias y las de sus progenitores, según los criterios que ha venido manteniendo esta Sala en sentencias 579/2011, 578/2011 y 469/2011, entre las más recientes.

Centrándonos en la cuestión que vamos a analizar jurisprudencialmente (17), cabe decir que el párrafo 1.º del artículo 96 del Código Civil no es aplicable en los supuestos de guarda compartida al no encontrarse los hijos en la compañía de uno solo de los progenitores. Por otro lado, existe un vacío legal, ya que no se regula de forma expresa la atribución del uso de la vivienda y ajuar en los casos de guarda y custodia conjunta o compartida. De ahí que sea conveniente acudir al párrafo 2.º del citado artículo 96 del Código Civil para dicho supuesto, norma que indica que «el juez resolverá lo procedente» sobre el uso de la vivienda familiar y del mobiliario y ajuar existente en la misma.

Como seguidamente vamos a ver, los jueces y tribunales, para decidir sobre el uso de la vivienda familiar, tienen en cuenta prioritariamente el interés familiar más necesitado de protección, representado en los conflictos de familia por el superior interés y beneficio del menor.

La tendencia judicial actual se centra en asegurar el derecho de habitación del menor, el cual, entienden los jueces, puede quedar garantizado sin necesidad de hacer atribución del uso del domicilio familiar al menor y al progenitor con el que resida (18). Es más, la tendencia es que la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar debe ser un remedio subsidiario cuando no se pueda garantizar de otro modo.

Hay que tener en cuenta que generalmente la vivienda familiar es el bien máspreciado de una familia, y los dos progenitores que tienen la custodia compartida, son de igual condición y ostentan igual derecho para la asignación del uso. De manera que las decisiones judiciales (generalmente de los juzgados de primera instancia) tienen en cuenta fundamentalmente:

- La capacidad económica de cada uno de los progenitores (a fin de conocer si pueden hacerse con un inmueble, en propiedad o en arrendamiento, en las proximidades de la vivienda familiar).
- La cuestión anterior puede rápidamente resolverse si además algún progenitor puede habitar en una vivienda privativa, distinta de la familiar y cerca de ella.
- Las cuestiones anteriores pueden solaparse si es posible la venta de la vivienda familiar y la compra de dos viviendas cercanas.
- En último término, que suele ser el que se produce en la mayoría de las veces, se asignará el uso de la vivienda familiar a los menores y coincidente y rotativamente a cada progenitor cuando tenga en ese momento la custodia compartida (pero veremos que esta solución resulta ser an-tieconómica...).

(17) Hay que tener en cuenta los cambios que desde 2005 se están produciendo en la jurisprudencia: Se atribuye el uso de la vivienda familiar al marido, ya que la esposa, a quien se otorgó la custodia del hijo común y el uso de la vivienda en la sentencia de separación, ha adquirido una nueva vivienda en la que convive con el hijo y su nueva pareja. No puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso de que no fuese posible el uso de la nueva vivienda adquirida. Sería tanto como consagrarse un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el artículo 96, ni en el artículo 7 del Código Civil. STS, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de marzo de 2011, recurso: 141/2008. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 191/2011. Número de recurso: 141/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 9107/2011.

(18) GONZALEZ DEL POZO, Juan Pablo, «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida», en *Diario La Ley* (LA LEY). Revista núm. 60. Fecha de publicación: Segundo trimestre de 2011. Sección: Tribuna Abierta. LA LEY12968/2009.

- Por último, la asignación del uso de la vivienda familiar a uno solo de los cónyuges, en los casos de custodia compartida, solo se hace cuando el cónyuge a quien se atribuya no pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos cuando los tenga en su compañía, haciéndose en todo caso tal atribución con carácter temporal y hasta la liquidación de la sociedad de gananciales o extinción del condominio, por un plazo máximo razonable.

IV. CUSTODIA COMPARTIDA Y EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN DERECHO COMPARADO

En Francia, la Ley número 2002-305, de 4 de marzo de 2002, relativa a la patria potestad, introduce un párrafo 3 al artículo 373 del Code Civil, y el artículo 373-2-9 incide en que: «La residencia del niño podrá fijarse en el domicilio de cada uno de los progenitores, con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos. Si uno de los progenitores lo solicita, o en caso de desacuerdo entre ambos respecto del modo de residencia del niño, el juez podrá ordenar, con carácter provisional, una residencia alterna durante un plazo determinado. Al término de este plazo, el juez emitirá un fallo definitivo sobre la residencia alterna del niño en el domicilio de cada uno de los padres o la residencia en el domicilio de uno de ellos».

En 1983, en Suecia, se introdujo la custodia compartida: *vardnaden gemensam*. El Código de los Niños y de los Padres, modificado en 1998, establece la custodia compartida en interés del menor, no admitiéndose si ambos progenitores están en contra de ella. La convivencia del menor puede organizarse a través de la designación de una residencia principal, o bien de forma alternativa con ambos padres (19).

En Estados Unidos (20) la custodia conjunta (*joint custody*) se configura como la presunción general aplicable en casi todas las legislaciones de los distintos

(19) Folleto divulgativo del Consejo Nacional de Salud y Bienestar de Suecia. Puede consultarse en: <http://www.sos.se/FULLTEXTT/0000-008/0000-008>, se encuentra traducido en el Informe de Reencuentro de la pág. web www.padresdivorciados.es

(20) En Estados Unidos y teniendo en cuenta el estrés que le produciría al menor los continuados desplazamientos y la estabilidad que proporciona la vivienda familiar son factores determinantes para que los tribunales asigne la custodia a uno u otro de los progenitores.

Los tribunales por ello están empezando a otorgar un tipo de custodia compartida denominada «nido de pájaro». Con esta solución, el menor reside en la vivienda familiar y los padres son las personas que van y vienen de dicha vivienda en sus respectivos períodos de custodia. Solución que otorga estabilidad al menor y además es más sencillo que sean los padres los que se desplacen a la vivienda cuando ejerzan la custodia. Además les permite acudir al mismo colegio al que asistían con anterioridad al divorcio y los niños son menos propensos a ausentarse del colegio, las actividades extraescolares de los niños no se alteran, no afectando la rutina de los progenitores. Otra ventaja viene del hecho de que los menores son menos propensos a abandonar la custodia del progenitor en cuya vivienda no viven porque no existe propiedad exclusiva de la vivienda donde residen los hijos. Finalmente, como ambos progenitores pasan parte del tiempo en la vivienda habitual, ambos pueden observar el desarrollo de los menores.

Los problemas pueden surgir cuando uno de los progenitores empieza sus respectivas relaciones personales [See e.g., *Malafronte v. Westenburg*, núm. FA000340629, 2002 WL

Estados. Se distingue entre dos formas: la custodia legal conjunta, por la que los padres comparten el derecho de decisión, responsabilidad y autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño con un régimen amplio de convivencia que varía según los distintos estados, y la custodia física conjunta en la que los padres comparten el tiempo de residencia con el niño, sin exigir que dichos períodos sean matemáticamente iguales. *La ley Uniforme sobre Jurisdicción y Aplicación de la Custodia de Niños de 1997 (Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act)* adoptada por unos veinte Estados, establece el contacto asiduo y significativo del niño con ambos padres después de la crisis matrimonial (21).

Otros sistemas, como los *American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution* se han fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado (22).

V. DERECHO CIVIL FORAL

A) CATALUÑA

En el territorio del Derecho Civil catalán rige, en relación con la custodia compartida, el artículo 82.2 CF en relación con el artículo 76.1.a) CF, y así lo concreta el TSJ de Cataluña en su sentencia de 3 de marzo de 2010 (23). Decisión judicial que indica someramente en relación con el domicilio de los menores durante la custodia compartida, la necesidad de establecer una «proximidad del domicilio de los progenitores para que no afecte a las relaciones escolares, de amistad o de actividades extraescolares del menor, y la disponibilidad de los padres de una residencia adecuada para tener consigo a los hijos, el tiempo libre o de vacaciones...».

31818953, at 1 (Conn. Super. Ct. Nov. 21, 2002; Lester v. Lennane, 101 Cal. Rptr. 2d 86 (Cal. Ct. App. 2000); Lakin v. Lakin, núm. FA 9703277185, 1999 WL 1320464, at 1 (Conn. Super. Ct. Dec. 6, 1999); Fiddleman v. Redmon, 623 A.2d 1064 (Conn. App. Ct. 1993)]. En otro caso se acordó la custodia compartida hasta que el menor tuviera dieciocho años, pero debido a la decisión judicial, la vivienda habitual no podía ser transmitida ni dividida. Sin la venta de la vivienda ninguno de los dos cónyuges podía permitirse la compra de su propia vivienda. Como resultado de esta situación, la tensión entre los exespos aumentó y los niños se vieron afectados. El juzgado finalmente revocó la custodia compartida y permitió que la vivienda fuera vendida. Por tanto, además de no garantizar un ambiente de estabilidad emocional para el menor, puede no ser la mejor opción financiera para mantener la estabilidad familiar.

Vid. MORENO VELASCO, Víctor, y GAUDET, Jonh, «La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos en custodia compartida: reflexión comparativa España y Estados Unidos», en *Diario La Ley*, núm. 7179, Sección Tribuna, de 21 de mayo de 2009, año XXX, Ref. D-183, Editorial LA LEY. LA LEY 11689/2009.

(21) <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/fnact99/1990s/uccjea97.htm>

(22) USA: Estados que están a favor de la custodia conjunta (Joint custody) son Louisiana, Idaho, Vermont, Washington, Missouri, Nevada, Alabama, Connecticut, Minnesota, Mississippi, Alaska, California, etc...

(23) STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 3 de marzo de 2010, recurso: 152/2008. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 9/2010. Número de recurso: 152/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2102/2010.

B) ARAGÓN

El 26 de mayo de 2010, las Cortes de Aragón promulgaron la Ley de custodia compartida de Aragón, que ya analizaba el problema del destino de la vivienda en los casos de custodia compartida (24).

(24) Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, «Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón», en *Diario La Ley*, núm. 7529, Sección Doctrina, de 16 de diciembre de 2010, año XXXI, Ref. D-380, Editorial LA LEY. LA LEY 14038/2010. «El apartado c) del artículo 3.2 se refiere al “destino de la vivienda y ajuar familiar”. Debe notarse que, a diferencia de lo establecido en el mismo apartado del artículo 90 del Código Civil, no se habla aquí de la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, sino del destino de una y otro. Ello parece obedecer a la conveniencia de coherenciar este precepto con el contenido del artículo 7 de la Ley, que, pese a llevar como rótulo el de “atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar”, contempla en sus números 4 y 5 la posibilidad de adoptar, en relación con la vivienda y el ajuar, medidas distintas a la de la simple atribución del uso de los mismos, como acordar la venta de la vivienda familiar, bajo determinadas condiciones, o disponer el reparto de los bienes del ajuar entre los progenitores o, finalmente, autorizar la retirada de la vivienda de bienes privativos componentes del ajuar. En este sentido, es técnicamente correcta la redacción del artículo 3.2.c) de la Ley al exigir que el pacto de relaciones familiares deba referirse *al destino de la vivienda y del ajuar familiar, y no a la mera atribución del uso de una y otro*, ya que, si bien el concepto destino es jurídicamente ambiguo y tiene un significado más bien económico, comprende todos los usos, utilidades o rendimientos que pueden extraerse de las cosas, por lo que, aplicado el concepto a la vivienda y ajuar familiar, tanto puede comprender su adscripción al uso exclusivo de una de las partes, o al uso sucesivo de ambas en períodos alternos, como su predestinación a ser objeto de actos de enajenación o disposición, o a ser administrados para obtener de ellos los rendimientos que le son propios, arrendándolos, por ejemplo, a un tercero, o inclusive, en lo concerniente al ajuar familiar, en acordar su reparto entre los padres cuando ninguno de ellos vaya a continuar en la vivienda familiar. Y ello porque resulta indiscutible que las partes pueden convenir en el pacto de relaciones familiares, respecto de la vivienda y el ajuar familiar, al menos, las mismas medidas que el Juez puede establecer, conforme al artículo 5.1 en relación con el 7 de la Ley, en defecto de pacto».

Y vid.: GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, «Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón», en *Diario La Ley* (LA LEY). Revista núm. 7537. Fecha de publicación: 29 de diciembre de 2010. Doctrina. Referencia: D-408. LA LEY 15167/2010. «El artículo 7.1 de la Ley dispone: *“En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares”*. El Preámbulo de la Ley, en su apartado VII, párrafo 6.º, sirve de elemento aclaratorio del sentido del precepto al decir: «En la custodia compartida, el criterio de atribución del uso de la vivienda familiar es a favor del progenitor más necesitado, dado el criterio de igualdad que debe prevalecer en este régimen de custodia». En consecuencia, si el progenitor más necesitado es aquel que por razones objetivas tiene mayor dificultad para acceder a una vivienda, esas razones objetivas no pueden ser otras que las de naturaleza económica o patrimonial. Por tanto, el Juez, a la hora de ponderar, en los supuestos de custodia compartida, qué cónyuge o progenitor representa el interés más necesitado de protección, a efectos de la atribución exclusiva y temporal del uso de la vivienda familiar, deberá tomar en consideración los factores siguientes:

- a) los recursos e ingresos económicos con que cuenta cada uno de los progenitores, esto es, su capacidad económica, que nos indicará cuál de ellos posee disponibilidades pecuniarias suficientes para procurarse un inmueble, en propiedad o en

El hecho significativo se centra en que la custodia compartida pasa a ser la regla general frente a la custodia individual, que será la excepción. Esto supone un importante cambio del posicionamiento mental del Juez ante la controversia de los progenitores sobre el régimen de custodia. Puesto que la Ley presume, *iuris tantum*, no solo de la bondad del sistema de custodia compartida, sino que, en abstracto, este sistema es preferente y debe prevalecer sobre el de custodia individual o exclusiva; el Juez no deberá razonar que la custodia compartida es el régimen de guarda más beneficioso para el menor (porque lo dice la Ley) solo deberá razonar por qué en el caso concreto resulta más conveniente para el interés del menor siempre que alguna de las partes o el Ministerio Fiscal, hubiere solicitado dicha modalidad de custodia.

Hoy el 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» regula la institución en su artículo 80 (25).

Las resoluciones judiciales a partir de este momento y tras acordar la custodia compartida siguiendo la legislación foral o atribuyen la vivienda familiar a la esposa con carácter temporal (independientemente de que además se obligan las partes a abrir una cuenta común para hacer frente a los gastos ordinarios del menor, por cantidades iguales) (26), o incluso se concreta el plazo máximo en

arrendamiento, en las proximidades de la vivienda familiar, a fin de destinarlo a casa-habitación propia y de sus hijos cuando los tenga en su compañía;

- b) las posibilidades efectivas de cada cónyuge o progenitor de habitar una vivienda privativa, distinta de la familiar, ubicada en las inmediaciones de esta;
- c) cuando la vivienda familiar sea propiedad de los padres, el Juez podrá acordar también su venta si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares».

(25) El preámbulo del Código insiste en el cambio que supone pasar del esquema tradicional, al configurar la custodia compartida frente a la individual como norma preferente en los supuestos de ruptura de la convivencia entre los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares.

El artículo 80 refiere a la guarda compartida de los hijos, y nos interesan los siguientes puntos:

1. En los casos de custodia compartida, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad.
2. El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores...
5. La objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor.
6. No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

(26) SAP de Zaragoza, Sección 2.^a, de 28 de febrero de 2012. Ponente: ARQUE BEScos, Julián Carlos. Número de sentencia: 94/2012. Número de recurso: 633/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 11365/2012.

el derecho de uso de la vivienda familiar estableciéndose el término final (27), o el límite máximo se fija por un término anual (28).

C) VALENCIA

El Tribunal Constitucional acordó levantar la suspensión de la Ley de la Comunidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (29). En su preámbulo, la ley expone la necesidad de hacer conscientes a los progenitores de la importancia de pactar, en caso de ruptura o de no convivencia, un régimen equitativo de relaciones con sus hijos e hijas menores, en lo que se ha denominado *el pacto de convivencia familiar* y, cuando no sea posible alcanzar ese pacto, establecer la convivencia con

(27) En el presente supuesto la guarda y custodia compartida se perfila como la forma de custodia más favorable para el menor Eduardo, ambos progenitores tienen aptitud y capacidad adecuada para atender a sus hijos y asegurar su estabilidad, teniendo domicilios cercanos entre sí, y el centro escolar donde estudia el hijo común [art. 80.2.b) y d) del Código de Derecho Foral de Aragón], igualmente ambos progenitores pueden conciliar perfectamente la vida familiar y laboral con la forma de custodia indicada [art. 80.2.e) del Código del Derecho Foral de Aragón]. Doña Eulalia continuará en el uso y disfrute de la vivienda común, sita en Zaragoza, junto con el mobiliario y ajuar doméstico de la misma. La atribución del uso cesará al finalizar el mes de junio de 2020. SAP de Zaragoza, Sección 2.^a, sentencia de 17 de enero de 2012. Ponente: Julián Carlos AROQUE BESOS. Número de sentencia: 33/2012. Número de recurso: 561/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 6521/2012. Ambos progenitores abrirán una cuenta en la que se cargarán los gastos escolares del menor (matrículas, libros, material escolar, uniformes, comedor, excursiones y actividades del colegio, ropa que no discutan, clases de repaso necesarias, etc.) y aquellos otros en los que exista acuerdo. Don Gervasio ingresará 200 euros y 120 doña Eulalia. Cuando el saldo sea inferior a 50 euros, se repondrá en las anteriores cantidades. Se abrirá la misma de forma inmediata.

En los meses de custodia de la madre, don Gervasio le ingresará 180 euros. Esta cantidad se actualizará automáticamente cada mes de enero, según la variación que haya experimentado el IPC nacional en el año natural anterior.

(28) Guarda y custodia compartida por dos meses alternos, teniendo en cuenta la edad de los menores de ocho y cinco años, respectivamente, y un sistema de visitas con aquel con el que no convivan consistentes en fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada en el colegio el día siguiente. En cuanto a la limitación en el uso de la vivienda, conforme al artículo 81 número 3 del Código de Derecho Foral de Aragón, parece adecuado, la limitación temporal de seis años que fija la sentencia apelada que debe ser igualmente confirmada en este apartado. SAP de Zaragoza, Sección 2.^a, de 17 de enero de 2012, recurso: 513/2011. Ponente: Julián Carlos ARQUE BESOS. Número de sentencia: 7/2012. Número de recurso: 513/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2697/2012.

(29) STC, Pleno, Auto 161/2011, de 22 de noviembre de 2011, recurso: 3859/2011. Número de Auto: 161/2011. Número de recurso: 3859/2011. LA LEY 250207/2011.

El artículo 3.a) de la Ley 5/2011 define la convivencia compartida como el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquellos, o en su defecto por decisión judicial.

El artículo 4 indica que cuando los progenitores no convivan o cuando su convivencia haya cesado, podrán otorgar un pacto de convivencia familiar, en el que acordarán los términos de su relación con sus hijos e hijas, que deberá establecer el régimen de convivencia y/o de relaciones con los hijos e hijas menores para garantizar su contacto con ambos progenitores. Dicho pacto podrá modificarse o extinguirse por causas tasadas legalmente.

los hijos e hijas menores, compartida por ambos progenitores, como criterio prevalente en caso de que sea la autoridad judicial la que deba fijar las condiciones de dicho régimen.

Así pues, las decisiones judiciales siguen la premisa y, siempre que ostenten la vecindad civil, deben someterse a lo establecido en la Ley autonómica valenciana 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven que invierte el criterio de atribución de guarda y custodia contemplado en el Código Civil, optando por la compartida como criterio preferente, de forma que, siempre respetando el *favor filii*, el régimen por el que habrá que decantarse con carácter prioritario será el de guarda y custodia compartida, en virtud de lo establecido en su artículo 5.2 (30). No obstante, aún siendo un criterio preferente, no cabe alegar un cambio de circunstancias por parte de un progenitor para revisar un régimen ya establecido, pues siempre deberá sopesarse el interés del menor (31).

En cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar este varía: o bien deberá entregarse a aquel que es propietario de la misma —el padre (32), o a la madre a fin de garantizar el derecho de habitación de su hijo, si bien con carácter temporal, hasta que proceda la liquidación de la sociedad y con un límite de dos años en todo caso (33).

(30) SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 4 de enero de 2012. Ponente: María José REYES LÓPEZ. Número de sentencia: 5/2012. Número de recurso: 1145/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8334/2012.

(31) La SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 9 de enero de 2012. Ponente: M.^a José REYES LÓPEZ. Número de sentencia: 8/2012. Número de recurso: 988/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8648/2012, estudia un supuesto en el que la custodia compartida se pactó en un convenio regulador previo firmado por ambos progenitores, y sin alteración de las circunstancias se pretende modificar por parte del progenitor. La sentencia, teniendo en cuenta la nueva ley valenciana y sobre todo la Disposición Transitoria primera, que remite a lo dispuesto en el artículo 755 LEC, teniendo en cuenta que en general la norma invierte el criterio de guarda y custodia optando por la compartida como criterio preferente, ello no significa que cuando se trate de revisar un régimen ya establecido, como sucede en este caso, no por ello deba dejar de valorarse o aminorarse el interés de los menores, del mismo modo que no dejar de sopesar la existencia de circunstancias que han variado sustancialmente la situación anterior. En el caso de autos no se modifica la custodia compartida por no haberse apreciado variación en las circunstancias que se alegan para cambiar dicha custodia.

(32) Por ejemplo, «...sobre su hija Zara, en aplicación del artículo 94 del Código Civil, y sobre la base de que el informe psicosocial lo considera como más beneficioso»: SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 17 de enero de 2012. Ponente: María Pilar MANZANA LAGUARDA. Número de sentencia: 31/2012. Número de recurso: 1051/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8312/2012.

Sin embargo al recurrir la sentencia la progenitora sin utilizar la vía de los hechos nuevos, realiza una serie de alegaciones acerca de la situación en que se encuentra al marchar sus familiares de Torrente, haber sido despedida de su trabajo y encontrarse buscando empleo. Acompaña a su recurso documentos de fecha posterior, por cuanto son alegaciones posteriores a la sentencia, en los que cobra especial relevancia el de la empresa para la que trabajaba, que no obstante calificar de procedente su despido por causa imputable a ella, le indemniza como si se tratara de un despido improcedente. Dichas circunstancia no pueden afectar a la custodia compartida recurrida ni a la atribución de la vivienda a la hija y a su propietario a quienes conforme el artículo 96 del Código Civil corresponde atribuir la vivienda.

(33) La SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 11 de enero de 2012. Ponente: María Pilar MANZANA LAGUARDA. Número de sentencia: 10/2012. Número de recurso: 1220/2011. Juris-

VI. INDICACIONES JURISPRUDENCIALES

Como vamos a analizar a continuación, las soluciones judiciales son diversas, todo ello en base a que en esta materia prima el acuerdo de los cónyuges (siempre rigurosamente analizado por el juez, teniendo en cuenta los intereses protegidos de los menores) y consiguientemente es, salvo supuestos excepcionales, la única vía de acceso a la custodia compartida (34).

La mejor solución, en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar, reside en que si la vivienda es propiedad de ambos cónyuges, siempre es preferible su transmisión, y con las resultas que cada cónyuge adquiera una nueva, su propia vivienda, donde permanecerán con sus hijos durante los períodos de estancia con cada uno (35).

Aunque otra de las soluciones, tal vez por la crisis económico-financiera e inmobiliaria en la que estamos inmersos, que está siendo muy utilizada en los últimos dos años consiste en que los menores son los que quedan en el hogar familiar y los progenitores son los que se desplazan a dicha vivienda durante los períodos que les corresponde estar con estos, sin que se les atribuya el uso continuo a ninguno de los dos progenitores (36). Así nos encontramos con sen-

dicción: CIVIL. LA LEY 8319/2012, acuerda la atribución de una custodia compartida por semanas, tras un periodo de adaptación con custodia materna del hijo común de los litigantes, por estimarse lo más beneficioso para el menor. No obstante se atribuye a la madre la vivienda ganancial que constituyó domicilio familiar, a fin de garantizar el derecho de habitación de su hijo, si bien con carácter temporal, hasta que proceda la liquidación de la sociedad y con un límite de dos años en todo caso.

(34) La custodia compartida no puede ser considerada el remedio universal para establecer la custodia. Especialmente si los progenitores no llegan a un acuerdo sobre ella. Los menores sufren más cuando la forma de custodia ha sido establecida sin el mutuo acuerdo de las partes.

(35) SAP de Les Illes Balears, Sección 5.^a, de 29 de junio de 2005. Ponente: Jaume MASSANET I MORAGUES. Número de sentencia: 291/2005. Número de recurso: 2/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 145538/2005.

«Se atribuirá la guarda y custodia por períodos alternos de dos semanas a uno y otro, de los progenitores, que principiarán y terminarán en domingo... En cuanto a la atribución de la vivienda familiar se ha de tener muy en cuenta que es propiedad por mitades partes indivisas de ambos cónyuges aquí litigantes y los pactos que ambos copropietarios efectuaron es que la casa debía de venderse. ...lo más conveniente es que dicho pacto se lleve a efecto, por cuanto se considera que no es conveniente la atribución alternada a ninguno de los dos progenitores custodios porque ello constituiría una fuente continuada de problemas entre los progenitores y lo que se pretende por la Sala es precisamente evitar las ocasiones en que los mismos pudieran producirse. No se efectúa pues asignación alguna del domicilio que fue conyugal».

SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 18 de octubre de 2006. Ponente: José Enrique DE MOTTA GARCÍA-ESPAÑA. Número de sentencia: 557/2006. Número de recurso: 438/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 213722/2006. «...esta Sala considera que debe mantenerse la sentencia de instancia, toda vez que si bien es verdad que puede considerarse más necesitada de protección la esposa, no lo es menos que el verdadero interés más digno de protección lo es la menor y al haberse acordado la custodia compartida ambos padres, al liquidar la sociedad de gananciales, con la parte que le corresponda, podrá atender a tal necesidad, lo que impide que se atribuya de forma indefinida su uso a la esposa, como la misma pretende, ni tampoco limitada a un solo año, como solicita el recurrente, siendo más acorde a todas las anteriores circunstancias lo señalado en la sentencia de instancia, procediendo por ello el mantenimiento de la sentencia en este punto».

(36) Esta solución tiene dos problemas fundamentales a juicio de MORENO VELASCO y GAUDET (MORENO VELASCO, Víctor, y GAUDET, John, «La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos en custodia compartida: reflexión comparativa España y Estados

tencias que tras determinar el régimen de custodia compartida, y que lo hacen cada seis días (37), o por semanas (38), trimestres (39), cuatrimestres (40), o semestres (41) (donde se pretende que la custodia sea equivalente de manera que los menores siempre tienen unas mismas condiciones de espacio, distancia al colegio, proximidad a amigos y actividades), hacen un reparto equitativo del bien más valioso que suelen tener las familias que es el de la vivienda familiar,

Unidos», en *Diario La Ley*, núm. 7179, Sección Tribuna, de 21 de mayo de 2009, año XXX, Ref. D-183, Editorial LA LEY. LA LEY 11689/2009). Y ello porque a su juicio: Es la opción más cara porque la familia debe soportar el mantenimiento de tres viviendas. Y sobre todo cuando cada cónyuge rehace su vida con otra pareja pueden producirse conflictos derivados de la convivencia de la nueva pareja con los hijos en la vivienda familiar.

(37) Custodia compartida de los hijos por períodos alternos de seis días con cada progenitor en base a que el padre, de cada doce días, trabaja seis. El uso de la vivienda familiar se atribuye a los hijos y se asigna dicho derecho a los padres cada seis días, mientras conviven con los menores. Se mantendrá dicha situación hasta que se proceda a la venta del inmueble o a la liquidación de la sociedad de gananciales. En base a ello, los alimentos se pactan asumiendo por cada progenitor los gastos ordinarios que generen los hijos durante el tiempo que estén bajo su guarda y custodia. Distribución al 50 por 100 de los gastos extraordinarios. Juzgado de Primera Instancia, número 8 de Gijón, Auto de 22 de junio de 2010, recurso: 512/2010. Ponente: Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO. Número de recurso: 512/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 109976/2010.

(38) Fijación de un régimen de custodia compartida por semanas alternas. Atribución de su uso al hijo y al cónyuge correspondiente según el turno de estancias. Abono por mitad de las cuotas del préstamo hipotecario. Juzgado de Primera Instancia, número 20 de Palma de Mallorca, sentencia de 22 de enero de 2010, proc. 394/2009. Ponente: Julio ÁLVAREZ MERINO. Número de sentencia: 36/2010. Número de recurso: 394/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2103/2010.

(39) Custodia compartida de los hijos por períodos trimestrales alternos (coincidentes con las evaluaciones escolares). Se acuerda el uso alternativo por los progenitores de la vivienda familiar durante los trimestres en los que les corresponde la custodia de los hijos, al menos hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales y se venda la vivienda o se adjudique, previa compensación, a uno de los cotitulares. En base a ello los gastos ordinarios de los niños serán asumidos por cada progenitor durante los períodos que asuma su cuidado. Ingreso por cada uno de ellos de una suma mensual en una cuenta mancomunada para afrontar los gastos de estudios y sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social. Abono por mitad de los gastos extraordinarios. Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Sevilla, sentencia de 8 de abril de 2011, proc. 389/2010. Ponente: Francisco DE ASÍS SERRANO CASTRO. Número de sentencia: 223/2011. Número de recurso: 389/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14602/2011.

(40) Se otorga la guarda y custodia compartida de los hijos por cuatrimestres, y se atribuye el uso de la vivienda familiar al cónyuge en cuya compañía queden los menores en cada periodo, en base a ello, los alimentos se concretan en el abono de la pensión a favor de los hijos por el cónyuge que no tenga en el momento la guarda y custodia. Juzgado de Primera Instancia, número 2 de San Javier, sentencia de 22 de junio de 2007, proc. 424/2006. Ponente: Lourdes PLATERO PARADA. Número de recurso: 424/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 304676/2007.

(41) Atribución de la custodia compartida por semestres. Atribución del derecho de uso de la vivienda familiar de forma exclusiva a los hijos y por extensión y semestres alternos al progenitor que tenga la guarda y custodia. Autorización al otro progenitor para que resida durante ese semestre en otra vivienda del matrimonio en tanto no se venda. Abono por mitad por ambos cónyuges de los gastos de mantenimiento y servicios de las dos viviendas. Cuantía de la pensión a favor de los hijos y a cargo del progenitor no custodio. Juzgado de Primera Instancia, número 8 de Gijón, sentencia de 3 de octubre de 2008, proc. 585/2008. Ponente: Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO. Número de recurso: 585/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 158938/2008.

asignándoselo al cónyuge en cuya compañía queden durante ese periodo. De esta manera son los padres los que se trasladan al domicilio cuyo uso tiene atribuido el menor quien nunca varía de domicilio y así se evitan tener dos casas y duplicidades de materiales. Ocurre lo mismo cuando la ruptura no es matrimonial, sino que estamos ante una ruptura de hecho (42).

Hay otro grupo de sentencias que tras atribuir a ambos progenitores la custodia compartida, se atribuye el uso del domicilio familiar a uno de los progenitores, el padre o la madre. La atribución del uso a uno de ellos puede deberse a diferentes motivos como económicos, de salud, adaptación de la vivienda a un discapacitado... Mientras el otro progenitor constituye otro hogar, al que los menores se trasladan durante el tiempo de estancia que le corresponde con ellos.

A efectos prácticos y visto desde fuera este tipo de custodia compartida se asemeja bastante con la custodia en exclusiva con un régimen amplio de comunicación y estancias (43). La doctrina entiende que, en este caso, es más justo que el progenitor que se queda en la vivienda familiar contribuya al pago del alquiler de la vivienda que debe ocupar el otro progenitor y que ambos contribuyan a los gastos de la vivienda familiar. En estos casos es necesario que el domicilio del progenitor al que no se le otorga el uso de la vivienda familiar debe estar lo más cerca posible de la misma a fin de que resulte viable la custodia compartida. De hecho los tribunales (44) no la han otorgado si los

(42) En este caso estamos ante la ruptura de una unión no matrimonial en la que se atribuye la custodia compartida del hijo fijada en una alternancia semanal, con visitas intersemanales diarias de una hora, salvo los fines de semana, hasta que el hijo menor cumpla los tres años. Juzgado de Primera Instancia, número 10 de Alicante, sentencia de 15 de noviembre de 2005, proc. 432/2005. Ponente: Susana Pilar MARTÍNEZ GONZÁLEZ. Número de sentencia: 696/2005. Número de recurso: 432/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 315516/2005. Dado que el padre percibe o va a percibir un salario superior al de la madre en casi el doble y en virtud del principio de proporcionalidad en la contribución a los alimentos, el padre no debe pasar a la madre pensión alguna, aunque sí ha de satisfacer los gastos escolares y extraescolares, y gastos extraordinarios en general, que no sean gratuitos en función del organismo europeo para el que trabaje la madre, percibiendo la madre en su integridad las subvenciones que por tenencia o estudios de hijos se otorguen por dicho organismo.

En esta unión no matrimonial se atribuye la guarda y custodia compartida del hijo común por semanas con el fin de reforzar los aspectos evolutivos y madurativos del menor en relación con su padre. No constituye un impedimento para ello la denuncia presentada por la madre contra él por delitos de malos tratos y amenazas al haberse acreditado su absolución en vía penal. La asignación del uso de la vivienda familiar se otorga a la madre, y por ello los alimentos serán asumidos por cada progenitor durante el periodo de convivencia.

(43) Juzgado de Primera Instancia, número 28 de Madrid, sentencia de 19 de julio de 2007, proc. 1034/2006. Ponente: Emilia Marta SÁNCHEZ ALONSO. Número de sentencia: 574/2007. Número de recurso: 1034/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 122485/2007. «Otorga la guarda y custodia compartida por ser el sistema más favorable y beneficioso para las menores y que ha sido avalado por el Ministerio Fiscal. Desde la separación el padre alquiló una vivienda cerca de las hijas, que han manifestado su deseo de relacionarse con su padre. La recomendación del informe psicosocial respecto a la fijación de un régimen de visitas es tan amplio viene a suponer un régimen de guarda compartida».

Juzgado de Primera Instancia, número 2 de San Javier, sentencia de 22 de junio de 2007, proc. 424/2006. Ponente: Lourdes PLATERO PARADA. Número de recurso: 424/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 304676/2007. Guarda y custodia compartida de los hijos por cuatrimestres. Atribución de su uso al cónyuge en cuya compañía queden los menores en cada periodo.

(44) SAP de Huelva, Sección 1.^a, sentencia de 30 de marzo de 2007. Ponente: Francisco BELLIDO SORIA. Número de sentencia: 52/2007. Número de recurso: 75/2007. Jurisdicción:

domicilios se encuentran en ciudades lejanas ya que se perturba la tranquilidad del hijo (45).

El uso de la vivienda familiar se puede atribuir al padre de los menores (46) o a la madre (47).

CIVIL. LA LEY 57451/2007. En este supuesto no es adecuado para el menor, como razona la sentencia, que se acuerde un régimen de custodia compartida, en primer lugar porque los padres no viven en la misma localidad, pero incluso si ello fuese así el menor estaría cada pocos días cambiando de entorno en domicilios diferentes, lo que no es aconsejable para su desarrollo emocional y para su actividad diaria tanto ocupacional como de descanso, por ello se ha de reservar esta forma de custodia compartida de forma excepcional y sobre todo teniendo en cuenta que el menor sería el que no cambiaría de casa y entorno, sino los padres, lo que ni siquiera se ha planteado por el recurrente, de tal forma que este primer alegato de su recurso debe ser rechazado al no ser lo más adecuado para el menor.

(45) Vid. ROMERO COLOMA, Aurelia María, «La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica», en *Díario La Ley* (LA LEY), núm. 7504, de 8 de noviembre de 2010. Doctrina. Referencia: D-339. LA LEY 12539/2010.

(46) Concesión de la custodia compartida en atención al superior interés de los hijos. Se atribuye el uso de la vivienda familiar al padre. El inmueble es de su propiedad exclusiva y la madre posee un domicilio adecuado, y además, este extremo ha sido tenido en cuenta a los efectos de fijar la cuantía de la pensión de alimentos que el padre ha de satisfacer a la madre. Los alimentos serán de su parte. TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 3 de marzo de 2010, recurso: 152/2008. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 9/2010. Número de recurso: 152/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2102/2010. Consideración del hecho de que en los supuestos de custodia compartida, los hijos han de poseer por duplicado, en el domicilio de cada progenitor, prácticamente todos los objetos esenciales y básicos para su bienestar y para su desarrollo integral.

Se otorga a ambos progenitores la guarda y custodia compartida de los tres hijos comunes por entender que tal medida es la que mejor protege el interés de los menores. Pese a la custodia compartida se atribuye al marido el uso y disfrute del domicilio que fue familiar que adquirió tras producirse la separación conyugal con lo percibido por la venta del que entonces era domicilio conyugal, y fue intitulada a su exclusivo nombre, contrayendo a su vez un préstamo hipotecario, cuyas cuotas de amortización afronta y afrontará en lo sucesivo en exclusiva, habiendo durado la nueva convivencia conyugal poco más de tres años. La esposa percibió una cantidad semejante a la de su esposo tras la venta del domicilio común, decidiendo adquirir otros bienes distintos a una propiedad, no pudiendo ahora obligar al marido a buscar de nuevo una vivienda en la que residir. Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Palma de Mallorca, sentencia de 10 de marzo de 2009, proc. 1113/2008 Ponente: Joaquín María ANDRÉS JOVEN. Número de sentencia: 125/2009. Número de recurso: 1113/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 91994/2009.

Para el abono de gastos ordinarios se aperturará una cuenta corriente a nombre de los dos progenitores, fijándose la cantidad que ingresará cada uno de ellos, teniendo en cuenta que el marido es titular de una vivienda y que la esposa carece de ella. Para el abono de los gastos extraordinarios se tendrá en cuenta la naturaleza propia del gasto a realizar y la anuencia o no de los progenitores para su realización. Los de origen médico o farmacéutico y los que teniéndolo lúdico o académico se acordara su realización por ambos progenitores o, en su defecto, hubiesen sido autorizados judicialmente, por mitad de iguales partes. Los que tengan un origen lúdico y académico y no cuenten para su realización con el acuerdo de ambos progenitores, o con la autorización judicial supletoria, serán abonados por aquel que determine su realización. Las cuotas mensuales de amortización del préstamo personal contraído por ambos cónyuges serán satisfechas entre los dos por mitad de iguales partes hasta su completa satisfacción.

(47) Se acuerda el establecimiento de la guarda y custodia compartida por ser el sistema más favorable y beneficioso para las menores y que ha sido avalado por el Ministerio Fiscal. Desde la separación el padre alquiló una vivienda cerca de las hijas, que han manifestado su

La atribución a la madre es el supuesto más frecuente: por ejemplo, la STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 5 de septiembre de 2008, es interesante porque concreta el criterio del TSJ de Cataluña respecto a la aplicación de la custodia compartida, y afirma que la norma aplicable a la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia compartida es el apartado *a*), y no el *b*), del artículo 83.2 del Código de Familia. Precepto que contempla el caso de que haya hijos y en el que se faculta a los órganos jurisdiccionales para que adopten la solución más adecuada en función de la situación fáctica resultante como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial (48). En este supuesto se asigna el uso de la vivienda familiar a la esposa por considerarse más necesitado de protección de su interés y del de las hijas comunes —respecto de la menor de edad se ha acordado la custodia compartida y la mayor de edad es económicamente dependiente y vive con la madre, quien goza de una situación económica menos holgada que el padre— (49).

deseo de relacionarse con su padre. Fijación de una contribución alimenticia a cargo de ambos progenitores mediante el ingreso mensual en una cuenta mancomunada de la cantidad que estimen necesaria y en defecto de acuerdo, de la cantidad que judicialmente se fija en 350 € por cada una de las hijas. Juzgado de Primera Instancia, número 28 de Madrid, sentencia de 19 de julio de 2007, proc. 1034/2006. Ponente: Emilia Marta SÁNCHEZ ALONSO. Número de sentencia: 574/2007. Número de recurso: 1034/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 122485/2007.

Juzgado de Primera Instancia, número 3 de Granollers, sentencia de 8 de octubre de 2009, proc. 258/2009. Ponente: Erika ÁVILA MARTÍN. Número de recurso: 258/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 278419/2009. En esta sentencia se acuerda la custodia compartida por semanas alternas en el domicilio de cada uno de los progenitores atendiendo a la edad de los menores (doce y quince años), al reducido horario laboral del padre que le permite estar más tiempo con sus hijos, y a la voluntad de los niños de permanecer el mismo tiempo con ambos progenitores. Todo ello independientemente de la existencia de conflictividad entre los litigantes por resultar la misma más beneficiosa para los menores. Asunción por cada progenitor de los gastos alimenticios y de vestido que generen los menores mientras convivan con cada uno de ellos, y abono por el padre, considerando la inferior capacidad económica de la madre, de los gastos de educación en sentido amplio y de la mutua sanitaria. Estimación de la acción de división de la cosa común y asignación de su uso a la esposa hasta la liquidación del bien.

(48) El TSJ de Cataluña se pronuncia «en el sentido de que en las situaciones de guarda y custodia compartida, para la atribución del domicilio familiar, es aplicable, en todo caso, el apartado *a*) del artículo 83.2 del Codi de Família».

«...una vez resuelta cuál es la norma aplicable al caso que aquí nos ocupa, las consecuencias de su aplicación no son las pretendidas por la parte recurrente, es decir, ‘la atribución del uso del domicilio familiar a la hija menor y que los padres vayan alternando la convivencia en dicha vivienda en cada periodo temporal que disfruten de la custodia de la hija’, pues ello no deja de ser una incomodidad para todos, amén de una fuente segura de conflictos, que casa mal con la institución de la guarda y custodia compartida. Pero es más, el legislador catalán en el artículo de constante referencia, el 83.2.*a*) del Codi de Família, ya contempla los supuestos en que la guarda de los hijos/as no se atribuya a uno solo de los progenitores —como en el de autos—, en cuyo caso establece: ‘Si la guarda dels fills es distribueix entre els cònjuges, resol l’autoritat judicial’. Es decir, en tales casos, se faculta a los órganos jurisdiccionales para que adopten la solución más adecuada sobre la atribución del uso del que en su día constituyó el hogar conyugal, en función, obviamente, de la situación fáctica resultante como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial...».

(49) TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 5 de septiembre de 2008, recurso: 134/2007. Ponente: Enrique ANGLADA FORS. Número de sentencia: 31/2008. Número de recurso: 134/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 116202/2008. Se acuerda el abono por cada progenitor de los gastos cotidianos de las hijas durante el tiempo que permanezca con ellas y el señalamiento de una pensión alimenticia a cargo del padre en base a la regla de

Los cambios legislativos producidos en el Derecho Foral de Aragón han originado algún caso en el que se revoca la atribución de la guarda y custodia de los hijos a la madre decidida en la instancia y confirmada en apelación, y se reafirma la operatividad del criterio preferente de la custodia compartida, que debe aplicarse siempre que ambos progenitores estén capacitados y no concurren otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual para el menor. Se concreta la custodia compartida de ambos progenitores por mitad de cursos escolares. Se atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre con un límite temporal, quien abonará los gastos derivados de tal uso y por mitad de los dimanantes de la titularidad (50).

VII. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto puede comprobarse como la Jurisprudencia, desde 2005, otorga generalmente en la modalidad de custodia compartida la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos, y los padres son los que se alternan en su uso, trasladándose a vivir a ella en los períodos que les corresponde la guarda (ya sea semanalmente, por trimestres, cuatrimestres o mitad de año).

Este tipo de custodia, como hemos visto, impone que se dispongan en realidad de tres viviendas, la familiar, y la que cada progenitor utiliza cuando no tienen la guarda de los hijos. O en el mejor de los casos, pueden ser dos las viviendas a utilizar, la familiar, y la otra que comparten los progenitores en los períodos que no les toca la guarda de los hijos (51).

la proporcionalidad en el pago de alimentos. En este supuesto hay una clara superioridad de los recursos económicos del padre frente a los de la madre.

(50) Artículo 81. Atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar:

1. En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares.
2. Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor.
3. La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia.
4. Cuando el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el Juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares.
5. El ajuar familiar permanecerá en el domicilio familiar salvo que se solicite en el plan de relaciones familiares la retirada de bienes privativos. En el caso de que ninguno de los padres continúe en el domicilio familiar se decidirá la entrega de los bienes entre los mismos según las relaciones jurídicas que les sean aplicables.

TSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 15 de diciembre de 2011, recurso: 17/2011. Ponente: Ignacio MARTÍNEZ LASIERRA. Número de sentencia: 13/2011. Número de recurso: 17/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 258491/2011. Además se acuerda el uso del trastero a ambos progenitores de forma conjunta. No se fija una pensión de alimentos a favor del menor dado que cada progenitor atenderá sus gastos ordinarios durante el periodo que le corresponda.

(51) Como es el supuesto contemplado en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 8 de Gijón, sentencia de 3 de octubre de 2008, proc. 585/2008. Ponente: Ángel Luis

En ambos casos la solución es bastante antieconómica, pues es difícil mantener simultáneamente dos o tres inmuebles. Independientemente de los conflictos que puedan surgir por la posesión de los mismos.

Hay jurisprudencia que ve con recelo esta atribución del uso alternativo de la vivienda (52), pero hay otra que la ve como la mejor solución (53). En estos

CAMPO IZQUIERDO. Número de recurso: 585/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 158938/2008 (se atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar de forma exclusiva a los hijos y por extensión y semestres alternos al progenitor que tenga la guarda y custodia. Autorización al otro progenitor para que resida durante ese semestre en otra vivienda del matrimonio en tanto no se venda. Abono por mitad por ambos cónyuges de los gastos de mantenimiento y servicios de las dos viviendas).

O el de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 28 de Madrid, sentencia de 19 de julio de 2007, proc. 1034/2006. Ponente: Emilia Marta SÁNCHEZ ALONSO. Número de sentencia: 574/2007. Número de recurso: 1034/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 122485/2007 (desde la separación el padre alquiló una vivienda cerca de las hijas, que han manifestado su deseo de relacionarse con su padre).

(52) Por ejemplo: vid. la TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 5 de septiembre de 2008, recurso: 134/2007. Ponente: Enrique ANGLADA FORS. Número de sentencia: 31/2008. Número de recurso: 134/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 116202/2008, donde se rechaza la atribución alternativa de la vivienda familiar por la incomodidad que supone. En este caso, la solución era relativamente fácil porque se atribuye el uso de la vivienda a la esposa porque el padre cuenta con una «superioridad de los recursos económicos».

También la SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 21 de febrero de 2008, recurso: 518/2007. Ponente: M.^a Dolores VIÑAS MAESTRE. Número de sentencia: 133/2008. Número de recurso: 518/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 27936/2008 deniega la atribución del uso del domicilio a los hijos menores, indicando que la alternancia de los padres es perturbadora, siendo viable solo en momentos muy determinados como el periodo inmediato a la separación y de forma temporal.

En el mismo sentido, la SAP de Les Illes Balears, Sección 5.^a, de 29 de junio de 2005. Ponente: Jaume MASSANET I MORAGUES. Número de sentencia: 291/2005. Número de recurso: 2/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 145538/2005 (se ha de tener muy en cuenta que la vivienda familiar es propiedad por mitades partes indivisas de ambos cónyuges aquí litigantes y los pactos que ambos copropietarios efectuaron es que la casa debía de venderse. ...lo más conveniente es que dicho pacto se lleve a efecto, por cuanto se considera que no es conveniente la atribución alternada a ninguno de los dos progenitores custodios...).

Estos posibles conflictos se tienen en cuenta incluso para determinar si se establece o no la guarda y custodia compartida, como en la SAP de Huelva, Sección 1.^a, sentencia de 30 de marzo de 2007. Ponente: Francisco BELLIDO SORIA. Número de sentencia: 52/2007. Número de recurso: 75/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 57451/2007 (en este supuesto no es adecuado para el menor, como razona la sentencia, que se acuerde un régimen de custodia compartida porque los padres no viven en la misma localidad, pero incluso si ello fuese así, el menor estaría cada pocos días cambiando de entorno en domicilios diferentes, lo que no es aconsejable para su desarrollo emocional y para su actividad diaria tanto ocupacional como de descanso...).

(53) El Juzgado de Primera Instancia, número 2 de San Javier, sentencia de 22 de junio de 2007, proc. 424/2006. Ponente: Lourdes PLATERO PARADA. Número de recurso: 424/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 304676/2007 (se atribuye el uso de la vivienda familiar al cónyuge en cuya compañía queden los menores en cada periodo, en base a ello, los alimentos se concretan en el abono de la pensión a favor de los hijos por el cónyuge que no tenga en el momento la guarda y custodia).

Juzgado de Primera Instancia, número 20 de Palma de Mallorca, sentencia de 22 de enero de 2010, proc. 394/2009. Ponente: Julio ÁLVAREZ MERINO. Número de sentencia: 36/2010. Número de recurso: 394/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2103/2010 (se atribuye su uso al hijo y al cónyuge correspondiente según el turno de estancias. Abono por mitad de las cuotas del préstamo hipotecario).

últimos casos, se suele establecer un límite o plazo máximo (tres o cinco años) en los que se liquide definitivamente la vivienda familiar (54):

- Si la vivienda familiar es privativa de un cónyuge, la solución más respetuosa con el derecho de dominio del cónyuge es la atribución del uso al mismo, siempre que quede garantizado el derecho de habitación de los hijos cuando estén bajo la custodia del otro cónyuge (55). La cuestión surge cuando dicho derecho no puede ser garantizado, en ese caso es posible que el juez disponga la atribución del uso por períodos alternos. O que se atribuya temporalmente del uso exclusivo al cónyuge no titular (56).

Juzgado de Primera Instancia, número 8 de Gijón, Auto de 22 de junio de 2010, recurso: 512/2010. Ponente: Ángel Luís CAMPO IZQUIERDO. Número de recurso: 512/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 109976/2010 (el uso de la vivienda familiar se atribuye a los hijos y se asigna dicho derecho a los padres cada seis días, mientras conviven con los menores. Se mantendrá dicha situación hasta que se proceda a la venta del inmueble o a la liquidación de la sociedad de gananciales).

Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Sevilla, sentencia de 8 de abril de 2011, proc. 389/2010. Ponente: Francisco de Asís SERRANO CASTRO. Número de sentencia: 223/2011. Número de recurso: 389/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14602/2011 (se acuerda el uso alternativo por los progenitores de la vivienda familiar durante los trimestres en los que les corresponde la custodia de los hijos, al menos hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales y se venda la vivienda o se adjudique, previa compensación, a uno de los cotitulares).

(54) Vid. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 3 de Granollers, sentencia de 8 de octubre de 2009, proc. 258/2009. Ponente: Erika ÁVILA MARTÍN. Número de recurso: 258/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 278419/2009 (estimación de la acción de división de la cosa común y asignación de su uso a la esposa hasta la liquidación del bien...).

También el TSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 15 de diciembre de 2011, recurso: 17/2011. Ponente: Ignacio MARTÍNEZ LASIERRA. Número de sentencia: 13/2011. Número de recurso: 17/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 258491/2011 atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre con un límite temporal, quien abonará los gastos derivados de tal uso y por mitad de los dinamantes de la titularidad.

En la misma línea, vid. la SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 18 de octubre de 2006. Ponente: José Enrique de MOTTA GARCÍA-ESPAÑA. Número de sentencia: 557/2006. Número de recurso: 438/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 213722/2006 («...esta Sala considera que debe mantenerse la sentencia de instancia toda vez que si bien es verdad que puede considerarse más necesitada de protección la esposa, no lo es menos que el verdadero interés más digno de protección lo es la menor y al haberse acordado la custodia compartida ambos padres, al liquidar la sociedad de gananciales, con la parte que le corresponda, podrá atender a tal necesidad, lo que impide que se atribuya de forma indefinida su uso a la esposa, como la misma pretende, ni tampoco limitada a un solo año, como solicita el recurrente, siendo más acorde a todas las anteriores circunstancias lo señalado en la sentencia de instancia, procediendo por ello el mantenimiento de la sentencia en este punto»).

Además, hay que tener en cuenta también, que tras la ruptura matrimonial o pareja de hecho, los progenitores necesitan rehacer su vida con nuevas parejas, o reconstituyan otra nueva familia con el nacimiento de más hijos. Y en estos casos es obvio que el cambio rotatorio periódico y continuo de domicilio será una nueva fuente de conflictos.

(55) La atribución de la vivienda se otorga al progenitor custodio, conforme al artículo 96 del Código Civil, y dado que ambos comparten la custodia deberá entregarse a aquel que es propietario de la misma —el padre—. SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 17 de enero de 2012. Ponente: María Pilar MANZANA LAGUARDIA. Número de sentencia: 31/2012. Número de recurso: 1051/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8312/2012.

(56) En los supuestos de gran disparidad en la situación económica de los cónyuges puede darse el caso de que se pacte la custodia compartida de los menores y se atribuya temporalmente y en exclusiva la vivienda al cónyuge no titular.

- En algunas ocasiones el Juez no atribuye el uso de la misma a ninguno de los dos progenitores, a fin de que se adopten medidas necesarias para la realización del bien inmueble que ha constituido la vivienda familiar (ya sea vendiéndose o adjudicándoselo a uno de los cónyuges, su arrendamiento o venta a terceros), solución que puede ser ventajosa en caso de que la vivienda esté además gravada con hipoteca (57).

Vid. la SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 12 de julio de 2007, recurso: 531/2006. Ponente: Ana María HORTENSIÀ GARCÍA ESQUIUS. Número de sentencia: 358/2007. Número de recurso: 531/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 175408/2007 (donde se atribuye la guarda y custodia de la hija menor, Alejandra, a la madre, en régimen de patria potestad compartida, y se atribuye el uso y disfrute del domicilio conyugal sito en Sant Feliu de Llobregat, la esposa y a la menor, aunque es privativa del padre en atención a los mayores ingresos de este); o la SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 9 de noviembre de 2005, recurso: 618/2005. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Número de sentencia: 696/2005. Número de recurso: 618/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 218602/2005 (en la que se atribuye la custodia compartida por semanas, la AP revoca la sentencia de instancia donde no se hacía atribución del derecho de uso de la vivienda, y atribuye a la esposa el uso por un plazo temporal de cinco años, por la menor capacidad económica de la esposa).

(57) Vid. la SAP de Les Illes Balears, Sección 5.^a, de 29 de junio de 2005. Ponente: Jaume MASSANET I MORAGUES. Número de sentencia: 291/2005. Número de recurso: 2/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 145538/2005. «En cuanto a la atribución se ha de tener muy en cuenta que el mismo es propiedad por mitades partes indivisas de ambos cónyuges aquí litigantes y los pactos que ambos copropietarios efectuaron en documento privado de fecha 5 de febrero de 2003, obrante al folio 20, en cuyo pacto quinto acordaron que la casa debía de venderse.

Entiende la Sala que es lo más conveniente que dicho pacto se lleve a efecto, por cuanto se considera que no es conveniente la atribución alternada a ninguno de los dos progenitores custodios porque ello constituiría una fuente continuada de problemas entre los progenitores y lo que se pretende por la Sala es precisamente evitar las ocasiones en que los mismos pudieran producirse.

No se efectúa, pues, asignación alguna del domicilio que fue conyugal».

Vid. «Atribución de su uso a la esposa hasta que se proceda a la realización económica del inmueble. Supuesto en el que los cónyuges han acordado un régimen de custodia compartida sobre los hijos. No existen razones que justifiquen su asignación con exclusividad a uno de los progenitores sin otra limitación en el tiempo que la mayoría de edad o la independencia económica de los hijos. Ambos pueden cubrir la necesidad de vivienda de los menores, si bien la situación económica de la madre, con unos ingresos sensiblemente inferiores a los del padre, justifica que temporalmente se le atribuya el uso de la vivienda. Se rechaza la pretensión subsidiaria del marido de que se asigne el uso de la vivienda a los niños y de que sean los padres los que alternativamente se trasladen a la misma cuando les corresponda la guarda de los hijos. Esta medida es fuente inagotable de conflictos y solo parece viable en momentos muy determinados, como pueden ser los inmediatos a la separación y siempre de forma temporal, siendo así que, en el caso, ni siquiera en esos momentos valoraron los esposos la posibilidad de alternar el domicilio».

Y la sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, número 1 de Barcelona, sentencia de 31 de octubre de 2007, proc. 1/2007. Ponente: Carles TORTRAS BOSCH. Número de recurso: 1/2007. Jurisdicción: PENAL. LA LEY 329927/2007. Abono por mitad de los gastos extraordinarios y de forma alterna de los escolares mensuales (en este caso estamos ante la ruptura de una unión no matrimonial en la que se atribuye la custodia compartida y se asigna el uso de la vivienda familiar a la madre, y por ello los alimentos serán asumidos por cada progenitor durante el periodo de convivencia).

Curiosa resulta la SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 26 de mayo de 2008. Ponente: Margarita BLASA NOBLEJAS NEGRILLO. Número de sentencia: 358/2008. Número de recurso: 501/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 105324/2008, porque tras establecer que «las partes

- La solución más problemática es la que tiene lugar cuando la vivienda familiar pertenece a un tercero que la ha cedido en precario a un cónyuge para que la ocupara con su familia durante el matrimonio. Tras la ruptura (matrimonial o de hecho) surge el problema de si el Juez atribuye el derecho de uso de la misma a un progenitor distinto de la línea genealógica o amistad distinta de la del cedente, provocará que se ejercite por este la acción de desahucio por precario (58).

han acordado la custodia compartida de manera que los menores permanecerán con cada progenitor una semana, y los períodos vacacionales se dividirán en períodos iguales. La vivienda familiar, y este punto ambos están de acuerdo, precisa de determinadas reformas para mejorar su habitabilidad y comodidad, pero no es lo mismo proceder al gasto de reforma que al de nueva adquisición. Las partes pueden, eso sí, en cualquier momento, pactar otra fórmula sobre el uso de la vivienda, pero en la actualidad la Sala considera más adecuado mantener en el uso a la madre e hijos».

Y en cierta medida advierte el juzgador que: «Ahora bien, la medida de división de la cosa común que también resuelve la sentencia, no tiene porqué afectar a la subsistencia del derecho de uso el cual puede mantenerse indemne y una eventual venta de la cosa en subasta pública debería garantizar la subsistencia de esta medida por tratarse de un derecho inscribible en el Registro de la Propiedad mediante la correspondiente nota (art. 2.2 LH). La subsistencia del derecho, en este caso, solo podría ser modificada por la voluntad de los interesados o por decisión judicial (STS de 27-12-99)».

(58) Vid., últimamente la SAP de Navarra, Sección 2.^a, de 15 de marzo de 2011. Ponente: Francisco José GOYENA SALGADO. Número de sentencia: 101/2011. Número de recurso: 272/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 278040/2011». En primera instancia se establece una custodia compartida de los hijos por ambos padres con una distribución de convivencia quincenal. Se atribuye a doña Rosana el uso y disfrute de la vivienda familiar. Resolución que fue apelada por el padre, teniendo en cuenta además que existen otras dos viviendas.

El juzgador afirmó: «el apelante tiene, hoy por hoy, asegurado su derecho a vivienda, así como a tener consigo en una vivienda digna a los hijos, cuando así le corresponda en el turno de atribución de la guarda y custodia compartida. La vivienda cuyo uso solicita y así se concede en esta instancia, la disfruta en virtud de un título habilitante para ello: el precario, no debiendo olvidarse que así la han disfrutado mientras ha durado el matrimonio, no siendo en vano que los titulares dominicales no dejan de ser los padres de don Porfirio, y abuelos de los menores, que van a disfrutar también del uso de la que fuera vivienda familiar, sin duda con el beneplácito de los dueños. Para el caso de que los padres de don Porfirio decidieran extinguir el precario, el apelante podrá instar la oportuna modificación de medidas para solicitar lo que a su derecho interese».

SAP de Murcia, Sección 4.^a, de 21 de octubre de 2010. Ponente: Francisco CARRILLO VIANER. Número de sentencia: 536/2010. Número de recurso: 659/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 210969/2010. Vivienda (propiedad de la madre del progenitor del menor) ocupada por su hijo y su familia, cuyo uso fue atribuido en proceso de divorcio a la esposa y al hijo común respecto del que se pactó una custodia compartida, previéndose la alternancia de los padres en la casa para cuidar del menor. Tenencia por la esposa demandada de un título (contrato de comodato) que justifica su uso. Conocimiento y conformidad de la demandante con el pacto. Supuesto en el que no se está ante un mero uso del inmueble como vivienda, sino ante una distribución del uso del mismo entre el padre y la madre para atender al hijo común, que es el que realmente resulta beneficiario del uso, lo que permite calificar dicho uso como concreto y determinado, y no genérico, y por tanto como comodato, siendo su duración mientras el hijo no tenga independencia económica y precise las atenciones de los padres, cumpliéndose también el requisito de tiempo cierto.

En el caso que vamos a indicar, se adjudicaba a la exnuela de la demandante el uso de la que fue vivienda conyugal, incluido el tiempo en que los dos hijos del matrimonio y nietos de la actora, menores de edad, convivan con la misma (se estableció un régimen de custodia compartida).

En este caso sería deseable inclinarse por no atribuir el uso de la vivienda familiar a ninguno de los dos progenitores.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, Manuel-Damián: «Custodia compartida», en *Abogados de Familia* (LA LEY). Revista número 61. Tercer trimestre de 2011. Sección: Tribuna Abierta. LA LEY 13691/2011.
- GAUDET, John; MORENO VELASCO, Víctor: «La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y Estados Unidos», en *Diario La Ley* (LA LEY). Revista número 7179. Fecha de publicación: 21 de mayo de 2009. Sección: Tribuna. Aniversario de la publicación: XXX. Referencia: D-183. LA LEY 11689/2009.
- GONZÁLEZ DEL Pozo, Juan Pablo: «Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón», en *Diario La Ley* (LA LEY). Revista número 7537. Fecha de publicación: 29 de diciembre de 2010. Doctrina. Referencia: D-408. LA LEY 15167/2010.
- «Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón», en *Diario La Ley*, núm. 7529, Sección Doctrina, de 16 de diciembre de 2010, año XXXI, Ref. D-380, Editorial LA LEY. LA LEY 14038/2010.
- «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida», en *Diario La Ley* (LA LEY). Revista número 60. Fecha de publicación: Segundo trimestre de 2011. Sección: Tribuna Abierta. LA LEY 12968/2009.

Dice la SAP de Les Illes Balears, Sección 5.^a, de 27 de mayo de 2009. Ponente: Mateo Lorenzo RAMÓN HOMAR. Número de sentencia: 184/2009. Número de recurso: 226/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 105622/2009, que «en los casos en que la vivienda se ha cedido a título gratuito y sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado, que, ciertamente, puede consistir en la utilización por el cónyuge y la familia del hijo del concedente como hogar conyugal o familiar, si bien con la precisión de que dicho uso ha de ser siempre y en todo caso específico, y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino, y de que la relación jurídica ha de constar de forma clara, con independencia de que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes. Cuando cesa el uso, lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal, y el concedente no reclama la devolución del inmueble, la situación del usuario es la de un precarista.

No obstante, «el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, atribuido por resolución judicial a uno de los cónyuges, es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, mas no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia se ha roto o cuyo vínculo se ha disuelto, que no son parte —porque no pueden serlo— en el procedimiento matrimonial, pues no genera, por sí mismo, un derecho antes inexistente, ni permite reconocer a quienes ocupan la vivienda en precario una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, ya que ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda».

HERRERA DE LAS HERAS, Ramón: «Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida», en *Actualidad Civil* (LA LEY). Revista número 10. Fecha de publicación: Quincena del 16 al 31 de mayo de 2011. Sección: A Fondo, págs. 1131 a 1146. Tomo: 1. LA LEY 6638/2011.

LATHROP, Fabiola: «Regulación de la guarda y custodia compartida en el Código Civil», en *Custodia compartida de los hijos. Diario La Ley*, núm. 7206, Sección Doctrina, de 29 de junio de 2009, año XXX, Ref. D-231, Editorial LA LEY. LA LEY 12921/2009.

MORENO VELASCO, Víctor, y GAUDET, Jonh: «La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos en custodia compartida: reflexión comparativa España y Estados Unidos», en *Diario La Ley*, núm. 7179, Sección Tribuna, de 21 de mayo de 2009, año XXX, Ref. D-183, Editorial LA LEY. LA LEY 11689/2009.

PÉREZ GALVÁN, María: «Vivienda familiar y crisis de pareja. Atribución del derecho de uso», en *Diario La Ley* (LA LEY). Revista número 7711. Fecha de publicación: 7 de octubre de 2011. Sección: Tribuna. Referencia: D-372. LA LEY 15802/2011.

PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita: «La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia», en *Diario La Ley* (LA LEY). Revista número 7206. Fecha de publicación: 29 de junio de 2009. Sección: Tribuna. Referencia: D-234. LA LEY 12967/2009.

ROMERO COLOMA, Aurelia María: «La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica», en *Diario La Ley* (LA LEY), núm. 7504, de 8 de noviembre de 2010. Doctrina. Referencia: D-339. LA LEY 12539/2010.

IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS ANALIZADAS DEL TC, TS, DE LOS TSJ, DE LAS AP, Y DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STC, Pleno, Auto 161/2011, de 22 de noviembre de 2011, recurso: 3859/2011. Número de Auto: 161/2011. Número de recurso: 3859/2011. LA LEY 250207/2011.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de enero de 2012. Ponente: Juan Antonio XIOL Ríos. Número de sentencia: 961/2011. Número de recurso: 1784/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7717/2012.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 27 de septiembre de 2011. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 641/2011. Número de recurso: 1467/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 183864/2011.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de abril de 2011. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 221/2011. Número de recurso: 1456/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14453/2011.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de marzo de 2011, recurso: 141/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 191/2011. Número de recurso: 141/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 9107/2011.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 614/2009. Número de recurso: 200/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184085/2009.
- STS de 22 de abril de 2004. Ponente: Pedro GONZÁLEZ POVEDA. Número de sentencia: 310/2004. Número de recurso: 1738/1998. LA LEY 1161/2004.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 9 de julio de 2003. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 719/2003. Número de recurso: 884/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2569/2003.

- STS de 4 de abril de 1997. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Número de recurso: 1396/1993. LA LEY 8512/1997.
- STS de 18 de octubre de 1994. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. LA LEY 133/1995.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 11 de diciembre de 1992. Ponente: José ALMAGRO NOSETE. Número de recurso: 1554/1990. LA LEY 12901/1992.
- SAP de Zaragoza, Sección 2.^a, de 28 de febrero de 2012. Ponente: ARQUE BESOS, Julián Carlos. Número de sentencia: 94/2012. Número de recurso: 633/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 11365/2012.
- SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 11 de enero de 2012. Ponente: María Pilar MANZANA LAGUARDIA. Número de sentencia: 10/2012. Número de recurso: 1220/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8319/2012.
- SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 9 de enero de 2012. Ponente: M.^a José REYES LÓPEZ. Número de sentencia: 8/2012. Número de recurso: 988/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8648/2012.
- SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 4 de enero de 2012. Ponente: María José REYES LÓPEZ. Número de sentencia: 5/2012. Número de recurso: 1145/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8334/2012.
- SAP de Zaragoza, Sección 2.^a, sentencia de 17 de enero de 2012. Ponente: Julián Carlos ARQUE BESOS. Número de sentencia: 33/2012. Número de recurso: 561/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 6521/2012.
- SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 17 de enero de 2012. Ponente: María Pilar MANZANA LAGUARDIA. Número de sentencia: 31/2012. Número de recurso: 1051/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8312/2012.
- SAP de Navarra, Sección 2.^a, de 15 de marzo de 2011. Ponente: Francisco José GOYENA SALGADO. Número de sentencia: 101/2011. Número de recurso: 272/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 27804/2011.
- SAP de Murcia, Sección 4.^a, de 21 de octubre de 2010. Ponente: Francisco CARRILLO VINADER. Número de sentencia: 536/2010. Número de recurso: 659/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 210969/2010.
- SAP de Les Illes Balears, Sección 5.^a, de 27 de mayo de 2009. Ponente: Mateo Lorenzo RAMÓN HOMAR. Número de sentencia: 184/2009. Número de recurso: 226/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 105622/2009.
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 26 de mayo de 2008. Ponente: Margarita Blasa NOBLEJAS NEGRILLO. Número de sentencia: 358/2008. Número de recurso: 501/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 105324/2008.
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 21 de febrero de 2008, recurso: 518/2007. Ponente: M.^a Dolores VIÑAS MAESTRE. Número de sentencia: 133/2008. Número de recurso: 518/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 27936/2008.
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 12 de julio de 2007, recurso: 531/2006. Ponente: Ana María HORTENSIA GARCÍA ESOQUIUS. Número de sentencia: 358/2007. Número de recurso: 531/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 175408/2007.
- SAP de Huelva, Sección 1.^a, sentencia de 30 de marzo de 2007. Ponente: Francisco BELLIDO SORIA. Número de sentencia: 52/2007. Número de recurso: 75/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 57451/2007.
- SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 21 de febrero de 2007. Ponente: María José PÉREZ TORMO. Número de sentencia: 127/2007. Número de recurso: 820/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 53774/2007.
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 20 de febrero de 2007. Ponente: Enrique ANGLADA FORS. Número de sentencia: 102/2007. Número de recurso: 1002/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1474/2007.

- SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 18 de octubre de 2006. Ponente: José Enrique DE MOTTA GARCÍA-ESPAÑA. Número de sentencia: 557/2006. Número de recurso: 438/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 213722/2006.
- SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 9 de noviembre de 2005, recurso: 618/2005. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Número de sentencia: 696/2005. Número de recurso: 618/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 218602/2005.
- SAP de Les Illes Balears, Sección 5.^a, de 29 de junio de 2005. Ponente: Jaume MASSANET I MORAGUES. Número de sentencia: 291/2005. Número de recurso: 2/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 145538/2005.
- TSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 15 de diciembre de 2011. Ponente: Ignacio MARTÍNEZ LASIERRA. Número de sentencia: 13/2011. Número de recurso: 17/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 258491/2011.
- TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 3 de marzo de 2010. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 9/2010. Número de recurso: 152/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2102/2010.
- TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 3 de diciembre de 2009. Ponente: María Eugenia ALEGRET BURGUÉS. Número de sentencia: 49/2009. Número de recurso: 38/2009. Jurisdicción: CIVIL LA LEY 307253/2009.
- TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 5 de septiembre de 2008. Ponente: Enrique ANGLADA FORS. Número de sentencia: 31/2008. Número de recurso: 134/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 116202/2008.
- TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 31 de julio de 2008, recurso: 72/2007. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 29/2008. Número de recurso: 72/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 116201/2008.
- Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Sevilla, sentencia de 8 de abril de 2011, proc. 389/2010. Ponente: Francisco de Asís SERRANO CASTRO. Número de sentencia: 223/2011. Número de recurso: 389/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14602/2011.
- Juzgado de Primera Instancia, número 8 de Gijón, Auto de 22 de junio de 2010, recurso: 512/2010. Ponente: Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO. Número de recurso: 512/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 109976/2010.
- Juzgado de Primera Instancia, número 20 de Palma de Mallorca, sentencia de 22 de enero de 2010, proc. 394/2009. Ponente: Julio ÁLVAREZ MERINO. Número de sentencia: 36/2010. Número de recurso: 394/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2103/2010.
- Juzgado de Primera Instancia, número 3 de Granollers, sentencia de 8 de octubre de 2009, proc. 258/2009. Ponente: Erika ÁVILA MARTÍN. Número de recurso: 258/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 278419/2009.
- Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Palma de Mallorca, sentencia de 10 de marzo de 2009, proc. 1113/2008. Ponente: Joaquín María ANDRÉS JOVEN. Número de sentencia: 125/2009. Número de recurso: 1113/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 91994/2009.
- Juzgado de Primera Instancia, número 8 de Gijón, sentencia de 3 de octubre de 2008, proc. 585/2008. Ponente: Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO. Número de recurso: 585/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 158938/2008.
- Juzgado de Violencia sobre la Mujer, número 1 de Barcelona, sentencia de 31 de octubre de 2007, proc. 1/2007. Ponente: Carles TORTRAS BOSCH. Número de recurso: 1/2007. Jurisdicción: PENAL. LA LEY 329927/2007.
- Juzgado de Primera Instancia, número 28 de Madrid, sentencia de 19 de julio de 2007, proc. 1034/2006. Ponente: Emilia Marta SÁNCHEZ ALONSO. Número de sentencia: 574/2007. Número de recurso: 1034/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 122485/2007.

- Juzgado de Primera Instancia, número 2 de San Javier, sentencia de 22 de junio de 2007, proc. 424/2006. Ponente: Lourdes PLATERO PARADA. Número de recurso: 424/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 304676/2007.
- Juzgado de Primera Instancia, número 5 de Gavá, sentencia de 24 de julio de 2006, proc. 172/2006. Número de sentencia: 113/2006. Número de recurso: 172/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 293983/2006.
- Juzgado de Primera Instancia, número 10 de Alicante, sentencia de 15 de noviembre de 2005, proc. 432/2005. Ponente: Susana Pilar MARTÍNEZ GONZÁLEZ. Número de sentencia: 696/2005. Número de recurso: 432/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 315516/2005.

X. LEGISLACIÓN CITADA

- Reglamento (CE), número 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental, en vigor desde el 1 de marzo de 2005 [arts. 12.1.b) y 3.b), 15.1 y 5 y 23].
- Código Civil (arts. 92, 93, 94, 103, 154, 158 y 170).
- Codi de Família de Cataluña aprobado por la Llei 9/1998, de 15 de julio.
- Ley autonómica valenciana 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.
- 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».

RESUMEN

CUSTODIA COMPARTIDA USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La reforma de 2005 del Código Civil, que introduce la custodia compartida, no regula de forma expresa la atribución del uso de la vivienda y ajuar, de ahí que sea conveniente acudir al párrafo 2.º del artículo 96 del Código Civil, que indica que «el juez resolverá lo procedente» sobre el uso de la vivienda familiar quienes han aportado medidas novedosas.

Como la autonomía de la voluntad es amplia, los progenitores pueden jugar con la atribución del uso de la vivienda familiar y con ello compensar también los gastos de alimentos y los gastos extraordinarios, dando lugar a un reparto más equitativo de las cargas económicas, y evitándose los problemas que originan los impagos de las prestaciones alimenticias.

ABSTRACT

SHARED CUSTODY USE OF THE FAMILY HOME

The 2005 Civil Code reform introduces shared custody but fails to state expressly how use of the home and household goods is to be assigned. Article 96.2 of the Civil Code provides a good rule of thumb: «The court will decide accordingly» on the use of the family home.

Since there is wide scope for free will, the parents may schedule use of the family home to offset maintenance and extraordinary expenses, thus making for a fairer distribution of economic burdens and avoiding the trouble caused by failure to pay maintenance promptly.

Judicial decisions vary in how they assign use of the family home. Either they give use of the family home directly to the child and whichever parent temporarily holds custody of the child (in

Las decisiones judiciales varían a la hora de otorgar la atribución del uso de la vivienda familiar pues o directamente se entregará al hijo y al progenitor que temporalmente tenga la custodia (alternándose), o se entregará a aquel que es propietario de la misma, o al progenitor más necesitado a fin de garantizar el derecho de habitación del hijo. Siempre se puede pactar con carácter temporal, hasta que proceda la liquidación de la sociedad y con un límite máximo.

alternating succession), or they give it to the parent who owns the home or to the needier parent (in order to guarantee the child's right to shelter). Temporary agreements can always be made (subject to a maximum limit), until the time comes to liquidate the marital partnership.

1.3. Derechos reales

LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA ADSCRIPCIÓN AL CULTO DE UN INMUEBLE ()*

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija

SUMARIO: I. LUGAR DE CULTO COMO FINCA REGISTRAL: CONCEPTO Y DELIMITACIÓN DE SU ÁMBITO A EFECTOS REGISTRALES.—II. LA POSIBILIDAD DE INSCRIPCIÓN DE LOS LUGARES DE CULTO: ESPECIAL REFERENCIA A LOS PERTENECIENTES A LA IGLESIA CATÓLICA.—III. LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA ADSCRIPCIÓN AL CULTO DE UN INMUEBLE.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.

I. LUGAR DE CULTO COMO FINCA REGISTRAL: CONCEPTO Y DELIMITACIÓN DE SU ÁMBITO A EFECTOS REGISTRALES

La expresión «lugares de culto» abarca supuestos tan distintos como iglesias, capillas, oratorios, sinagogas, mezquitas, templos, etc. Esta denominación es hoy la comúnmente aceptada por la doctrina, ya que tiene un fundamento legal, pues es utilizada en los principales cuerpos legislativos (1), con preferencia

(*) Se recoge en este artículo la idea principal de la necesidad de la inscripción del destino cultural de los lugares de culto, de cuya inscripción en general ya se trató de forma desarrollada en GONI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La inscripción de los lugares de culto en el Registro de la Propiedad», en *Ius Canonicum*, vol. 52, núm. 103, 2012, págs. 75-116.

(1) Véase, por ejemplo, artículo 2.2 LOLR; acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos, de 3 de enero de 1979; y en el artículo 2.1 de los acuerdos