

EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN ESPAÑA EN EL
RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA

THE USE OF THE FAMILY HOME IN SPAIN IN JOINT CUSTODY
CASES

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 ter, diciembre 2015, pp. 91 - 103

Fecha entrega: 21/11/2015
Fecha aceptación: 03/12/2015

CARLOS SÁNCHEZ AGUIRRE
Abogado
carlos.sanchez@icav.es

RESUMEN: Este trabajo ofrece una visión general de actualidad sobre algunas cuestiones que se vienen planteando en España con relación a la adjudicación del uso de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida.

PALABRAS CLAVE: uso de la vivienda familiar; crisis matrimonial; custodia compartida; criterios de adjudicación; temporalidad; compensación; oponibilidad.

ABSTRACT: This paper provides a current overview in Spain regarding the right to use the family home in joint custody cases.

KEY WORDS: use of family home; marital crisis; joint custody; award criteria; temporariness; compensation; effectiveness.

SUMARIO: 1. La problemática de la adjudicación de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida.- 2. Criterios actuales para la adjudicación en España del uso de la vivienda familiar en situaciones de custodia compartida.- 3. La temporalidad y provisionalidad del derecho de uso.- 4. La compensación al cónyuge titular de derechos sobre la vivienda no adjudicatario del uso.- 5. La oponibilidad del derecho de uso.

1. En situaciones de crisis matrimonial, una de las cuestiones que interesa al derecho de familia es dirimir a cuál -o cuáles- de los miembros de la pareja ha de adjudicarse el uso de la vivienda en la que han desarrollado su convivencia.

En los supuestos de relaciones con descendencia, la controversia ha sido tradicionalmente resuelta mediante la adjudicación del derecho de uso al cónyuge que quedaba como custodio de la prole y a los propios hijos. De este modo se otorgaba protección al interés superior del menor.

La realidad social nos muestra, sin embargo, que existen modelos de familia diferentes a los que vieron las generaciones anteriores, así como exigencias novedosas de los individuos que componen cada grupo familiar.

Cada vez son más los padres que demandan la custodia de sus hijos, y más numerosas las madres que no desean limitar el libre desarrollo de su personalidad al rol de cuidadoras de los mismos. Ambos intereses son compatibles con el superior del menor que, conforme recuerda la STS (Sala 1ª) de 19 de julio de 2013, exige un compromiso mayor y una colaboración de ambos progenitores tendente a que las situaciones de crisis familiar se resuelvan en un marco de normalidad que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del cónyuge no custodio con los hijos.

De ahí, entre otras cosas, resulta la conveniencia del sistema de custodia compartida.

El Derecho es un instrumento del que las sociedades desarrolladas deben valerse para evitar y, en su defecto, solucionar conflictos previsibles, tratando de proteger los intereses más relevantes en liza. Y salta a la vista que ante el establecimiento de un régimen de convivencia familiar en el que los hijos menores disfrutan del mismo tiempo con ambos progenitores - custodia compartida-, el tradicional criterio de atribución de la vivienda familiar a favor del único cónyuge custodio es inservible.

En este trabajo se pretende ofrecer una visión general de actualidad sobre algunas cuestiones que se vienen planteando en España con relación a la adjudicación del uso de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida.

2. La Ley 30/1981, de 7 de julio, modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil español y determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. El Legislador diseñó entonces todo un sistema de medidas concebido bajo la premisa de que la custodia de los hijos sería monoparental. Soslayada así la hipótesis de la custodia compartida, la problemática de la atribución del uso de la vivienda familiar en tales supuestos quedó desprovista de regulación.

Por una parte, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el art. 96 introducido por aquella reforma establecía que el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella había de corresponder “a los hijos y al cónyuge en cuya compañía quedaran”²⁴.

Por otra parte, para los supuestos de solicitud de mutuo acuerdo, la reforma obligaba a los cónyuges en el art. 90 a resolver la atribución del uso de la vivienda familiar en su convenio regulador. La validez del pacto sólo quedaba condicionada a que no contuviera “previsiones dañosas para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”.

Con todo lo anterior, la regla 2ª del art. 103 introducida por la Ley venía a disponer con carácter general que el Juez resolvería sobre la atribución de la vivienda familiar a favor de uno de los cónyuges teniendo en cuenta “el interés familiar más necesitado de protección”. Pero la norma se contemplaba exclusivamente en sede de medidas.

El siguiente hito legislativo relevante sobre la materia lo constituye la Ley 15/2005, de 8 de julio, en materia de separación y divorcio, que introdujo modificaciones tanto en el Código como en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La exposición de motivos de esta Ley sancionó el principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la patria potestad y previó el posible establecimiento del sistema de custodia compartida en las situaciones de crisis matrimonial.

²⁴ El precepto sólo contemplaba un supuesto de hecho alternativo, que era el de que algunos hijos quedaran en la compañía de un progenitor y los restantes en la del otro, disponiendo que en tal caso el Juez resolvería “lo procedente” sobre la vivienda.

El actual texto del art. 92 del Código Civil procede de la citada Ley. El precepto autoriza de forma expresa la custodia compartida en caso de acuerdo entre los cónyuges. Y lo prevé también incluso a solicitud de uno solo de ellos si únicamente de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

La reforma era por tanto de enorme alcance, y ya permitía atisbar una cierta generalización en el futuro del régimen custodia compartida como sistema de guardia de los menores afectados por la crisis marital. Sorprende por ello que el Legislador no aprovechara la oportunidad para adecuar el art. 96 del Código Civil en ese mismo texto al novedoso escenario que generaba. La adjudicación del uso de la vivienda familiar en casos de custodia compartida quedaba, en definitiva, nuevamente desprovista de regulación expresa. Desde entonces, la exigencia de modificar el Código Civil en ese aspecto viene siendo reiterada²⁵.

Como reflejan las últimas resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo en esta materia, la custodia compartida es en la actualidad el modelo de convivencia familiar más deseable en las situaciones de separación entre cónyuges con hijos, salvo que se demuestre contrario al interés superior del menor²⁶. En este contexto, la jurisprudencia ha debido integrar el ordenamiento sentando un criterio para adjudicar la vivienda familiar a uno de los convivientes, supliendo con ello la laguna pendiente de colmar por el Legislador.

El Tribunal Supremo (Sala 1ª) abordó esta cuestión en su sentencia de 24 de octubre de 2014, resolviendo que “la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo – entiéndase, del art. 96 del Código Civil - que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez

²⁵ Como recuerda RODRÍGUEZ CARO, M. V.: “La atribución del uso de la vivienda en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental. ¿Final de la polémica sobre la limitación temporal?”, *Noticias Jurídicas*, junio 2015, “[e]n un foro tan especializado como el de los Encuentros de Jueces y Abogados de Familia (III y IV, 2008 y 2009) se aprobó una propuesta al respecto y hasta que se produzca la reforma legal, se acuerda la siguiente interpretación: 1º) 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. 2º) En todo caso, la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar, en los supuestos en que proceda, se haga siempre con carácter temporal”.

²⁶ Las SSTS (Sala 1ª) de 9 de septiembre y de 14 y 21 de octubre de 2015 reiteran que “la redacción del artículo 92 no permite concluir que – entiéndase, la custodia compartida - se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.

Estas tres resoluciones estiman recursos de casación interpuestos contra sentencias de apelación que habían resuelto acordar custodias monoparentales.

resolver ‘lo procedente’. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero”.

La necesaria integración del art. 96 del Código Civil por el cauce legislativo ha sido también advertida por el Ministerio de Justicia. En efecto, el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, elaborado por el mismo contempla la siguiente redacción de los párrafos segundo a cuarto del precepto:

“2. Cuando no se hubiera podido dar un destino definitivo a la vivienda familiar, enseres y ajuar existentes en el mismo, la atribución de su uso se hará por el Juez en función de lo que sea más conveniente para los intereses de los hijos. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

En todo caso, siempre que no fuera atribuido su uso por periodos alternos a ambos progenitores, y fuera compatible con los intereses de los hijos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el régimen de guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores o si los cónyuges no tuvieran hijos o éstos fueran mayores de edad.

Excepcionalmente, aunque existieran hijos menores o con la capacidad judicialmente completada dependientes de los progenitores, el Juez puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda y custodia si es el más necesitado y el progenitor a quien corresponde la guarda y custodia tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.

3. En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos y ésta fuera privativa del otro progenitor o común de ambos, lo será hasta que tenga la obligación de prestarles alimentos o se liquide la vivienda. En los demás supuestos, lo será por un tiempo máximo de dos años, mientras se procede a la liquidación del inmueble en los términos indicados. De continuar teniendo dificultades para encontrar vivienda, o en el supuesto de no haber podido realizar su liquidación en este tiempo, con carácter excepcional, podrá solicitarse, con tres meses de antelación, una prórroga por un año, debiendo

tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.

4. La atribución a uno solo de los progenitores del uso de la vivienda se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge”.

Parece por tanto que, en los supuestos de guarda y custodia compartida, el Anteproyecto dejaría libertad al juez para atribuir a los padres el uso alternativo de la vivienda en la que continuarán viviendo los hijos, o bien para acordar que el uso correspondiera al progenitor que “objetivamente tuviera más dificultades de acceso a otra vivienda”. En tal caso los hijos menores se desplazarían al domicilio del otro progenitor en los periodos correspondientes²⁷.

Ha de advertirse, con todo, que la suerte del Anteproyecto comentado ha estado en cuestión durante meses. Y muy probablemente nos encontremos ante el final del recorrido de esta iniciativa legislativa, dada la nueva composición de las cámaras legislativas españolas tras las elecciones del 20 de diciembre de 2015.

El ordenamiento español sobre esta materia se completa en algunos territorios con su normativa propia. Son varias las comunidades autónomas que han desarrollado legislación relevante al respecto:

A) Aragón aprobó la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. Está vigente desde el 8 de septiembre de 2010²⁸.

²⁷ RODRÍGUEZ CARO, M. V.: “La atribución...”, cit.

En este mismo sentido, SANTOS MORÓN, M. J.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3 (julio-septiembre, 2014), Estudios, pp. 1-36, p. 16, explica que “[e]n cuanto a la hipótesis de custodia compartida, aunque se admite la posibilidad de atribuir el uso por periodos alternos a ambos progenitores, se prevé la asignación de la vivienda familiar al progenitor que tenga más dificultades de acceso a ella. La regla no difiere mucho de la propugnada por la doctrina. La atribución del uso alternativo de la vivienda a los progenitores se ha planteado habitualmente como una posible solución en los casos de custodia compartida, pero es mayoritariamente rechazada dados los problemas que conlleva. De ahí que la doctrina se haya inclinado por atender a las necesidades de los cónyuges para decidir sobre la atribución de la vivienda, si bien se observa que cuando la vivienda familiar es privativa, la solución más idónea es que conserve su uso el propietario de ella”.

²⁸ Téngase en cuenta que mediante Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, que integra entre otras la aquí expresada.

Respecto a la guardia y custodia de los hijos, esta Ley dispuso que el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la monoparental sea más conveniente.

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 Juez, no obstante, tiene reconocida una amplia discrecionalidad, dado que incluso se le autoriza a acordar la venta de la vivienda familiar cuando su uso sea a título de propiedad de los padres, si ello es necesario para unas adecuadas relaciones familiares.

B) La Comunidad Autónoma de Cataluña aprobó la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo de su Código civil, relativo a la persona y la familia. La “supremacía del interés del menor” es el parámetro esencial para la determinación de los regímenes de guarda (art. 211-6.1 del Código), si bien el Tribunal Superior Justicia de Cataluña viene refiriéndose con reiteración a las “ventajas que se pueden atribuir al régimen de custodia compartida, puesto que no cabe duda que la llamada custodia compartida o conjunta por ambos progenitores resulta más conveniente para la evolución y desarrollo del menor”²⁹.

En esta tesitura, el art. 233-20.3 establece en su letra “a)” que si la guarda de los hijos queda compartida o distribuida entre los progenitores, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al “cónyuge más necesitado”.

C) En la Comunidad Valenciana, la normativa actualmente aplicable es la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Aunque la Ley se encuentra recurrida por el Presidente del Gobierno ante el Tribunal Constitucional y fue suspendida de efectos por una providencia de 19 de julio de 2011, un posterior auto de 22 de noviembre 2011 alzó su suspensión³⁰.

La Ley Valenciana exige a la autoridad judicial en su art. 5 que, salvo pacto en contrario de los cónyuges, aplique como regla general la atribución a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos

²⁹ Se refieren a ello diversas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala 1ª), como las de 2 y 30 de octubre de 2014, o de 4 de marzo y 25 de mayo de 2015.

³⁰ La Ley Valenciana está siendo efectivamente aplicada en la práctica, si bien el recurso de inconstitucionalidad que se interpuso contra ella sigue pendiente de resolución.

e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos.

En cuanto al uso de la vivienda familiar, esta Ley establece una serie de normas a observar en su art. 6 cuando se verifique la custodia compartida. Conforme al mismo, a falta de pacto entre los progenitores, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea “más conveniente para los hijos menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda”.

Adicionalmente, la Ley valenciana prevé que, salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculden para ocuparla como tal residencia familiar. Esta previsión debe aplicarse aunque la circunstancia expuesta sea sobrevenida.

La Ley autoriza, con todo lo anterior, incluso la posibilidad de que se resuelva que ninguno de los progenitores permanezca en la vivienda familiar, disponiendo para tal caso que se efectuará el reparto de los bienes que compongan el ajuar familiar y de los demás.

D) Continuando con la cita de normativa autonómica sobre la materia, Navarra aprobó la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.

En la Ley Navarra, el régimen de custodia se debe acordar por el Juez considerando lo más conveniente para el interés de los hijos menores, y atendiendo a una serie de pautas legalmente definidas. La decisión buscará conciliar, siempre que sea posible, todos los intereses en juego, asegurando la igualdad de los padres en sus relaciones con los hijos en todo lo que vaya en beneficio de estos.

La Ley carece de regla específica alguna en cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar si el Juez dispone un régimen de custodia compartida. La Audiencia Provincial de Navarra³¹ ha reparado en dicha omisión. En estos casos, considera que se ha de decidir cuál de los progenitores tiene derecho a permanecer en el uso de la vivienda familiar, sin tener en consideración la convivencia con el hijo, de la que disfrutaban ambos por igual, deviniendo, por

³¹ Por ejemplo, en Sentencia de 4 de noviembre de 2014, de su Sección Tercera.

tanto, “aplicable el párrafo tercero del artículo 96 del CC”. La atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular o cuando la vivienda es ganancial, se hará siempre por tanto con carácter temporal.

E) Hasta la fecha, la última comunidad en aprobar su normativa propia sobre custodia compartida ha sido País Vasco. Se trata de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

Conforme al art. 9.3 de la Ley, el juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los menores, atendiendo a las circunstancias concurrentes en los progenitores o en los hijos que resulten relevantes para el régimen de convivencia.

Sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en situaciones de custodia compartida, la Ley dispone que si no lo fuera por “periodos alternos” a ambos miembros de la pareja, se acordará a favor del “progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fuera compatible con el interés superior de los hijos”.

3. Con carácter general, es reconocido que *temporalidad* y *provisionalidad* son notas definitorias del derecho de uso sobre la vivienda familiar regulado en el art. 96 del Código Civil³². No obstante, en cuanto a las consecuencias de la temporalidad del derecho de uso, la cuestión ha sido muy espinosa en nuestra práctica forense.

En los supuestos de custodia monoparental, se ha discutido y propuesto reiteradamente la conveniencia de limitar en el tiempo el derecho de uso sobre la vivienda familiar reconocido a favor del cónyuge custodio de los hijos menores. Pero el Tribunal Supremo ha seguido con firmeza su criterio de identificar la “protección del interés superior del menor” con la adjudicación a su favor del disfrute del inmueble, sin posibilidad de limitación temporal alguna al contenido de dicho derecho³³.

³² Ambas notas, por ejemplo, vienen recogidas en la STS (Sala 1ª) de 22 de abril de 2004.

³³ En este sentido cabe traer cita de la doctrina expresada en la STS (Sala 1ª) de 3 de abril de 2014. Se trataba de un asunto resuelto en apelación por la Audiencia Provincial de Valladolid (sección 1ª) en sentencia de 25 de abril de 2012. El citado tribunal *a quo* había dispuesto atribuir el uso de la vivienda familiar a la madre, como cónyuge custodio, y a la hija menor edad, hasta el momento en que se produjera la liquidación de la sociedad económica familiar.

Mediante una sentencia de 3 de abril de 2014, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación formulado contra el fallo de apelación. La sentencia afirma que el art. 96 del Código Civil no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá

El posicionamiento doctrinal del Tribunal Supremo ante las situaciones de custodia compartida ha sido diferente. En efecto, la jurisprudencia ya ha avalado con claridad que en estos casos procede limitar temporalmente el derecho de uso sobre la vivienda familiar reconocido a favor de uno de los cónyuges³⁴.

La temporalidad del derecho de uso sobre la vivienda familiar en situaciones de custodia compartida a favor de uno de los miembros de la pareja ha sido destacada por la generalidad de normas autonómicas que han desarrollado esta materia. Así:

A) En el Código Civil de Cataluña, el art. 233.20 atribuye el uso al cónyuge más necesitado con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron.

a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor. Y reiteró como doctrina jurisprudencial que “la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC”.

³⁴ Las SSTS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 2014 y 9 de septiembre de 2015 han estimado recursos de casación en asuntos sobre custodia compartida, determinando que procede limitar temporalmente el derecho de uso sobre la vivienda familiar reconocido a uno de los cónyuges.

En el supuesto resuelto por la STS de 24 de octubre de 2014, la sentencia de apelación había confirmado la medida acordada en primera instancia de atribuir el uso de la vivienda a la madre por tiempo indefinido. La sentencia de casación considera que es obligado realizar una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres; y en segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos.

Se armonizan con ello, dice la sentencia, los dos intereses contrapuestos: el del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele disponer de ella, incluso en los periodos en los que el hijo permanece con él, y el del hijo a comunicarse con su madre en otra vivienda; aspecto en que debe casarse la sentencia. Y por ello limita el derecho de uso a favor de la progenitora a un plazo de dos años desde la fecha de la sentencia de casación, tiempo que se considera suficiente para que esta restablezca una situación laboral equilibrada.

Por otra parte, en la sentencia de 9 de septiembre de 2015, la Audiencia Provincial había concedido la guarda y custodia monoparental a la madre de tres menores de cuatro, siete y nueve años. El Tribunal Supremo revoca la sentencia de apelación, confirmando la de primera instancia en cuanto aquella había establecido el sistema de custodia compartida.

En lo que respecta al uso de la vivienda familiar, la sentencia del Tribunal Supremo no comparte la dictada en primera instancia. El Juzgado *a quo* había adjudicado al padre de los menores el uso del inmueble, al considerar que su interés era el “más necesitado de protección”, frente al de la madre que convivía con los menores en una vivienda propiedad de los abuelos maternos. La sentencia de casación determina que el uso de la vivienda por parte del padre queda limitado a tres años, transcurridos los cuales debe abandonar el inmueble, que se integrará en el proceso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.

B) El art. 81 del Código del Derecho Foral de Aragón dispone que la atribución debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia.

C) La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, señala en su art. 6 que, a falta de pacto entre los progenitores, la atribución tendrá carácter temporal siendo la autoridad judicial la que fije el periodo máximo de dicho uso³⁵.

La Ley Valenciana prevé, no obstante, que el uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario

D) Como indicamos anteriormente, la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, de Navarra ha sido integrada por los tribunales de dicha Comunidad en el sentido de entender procedente la limitación temporal del derecho de uso que se reconozca a uno de los consortes en los casos de custodia compartida.

E) El art. 12.5 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, dispone que en el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar y el ajuar a uno de los progenitores por otorgársele la guarda y custodia de los hijos e hijas, ya fuera exclusiva o compartida, y si la vivienda fuera privativa del otro progenitor o común a ambos, dispondrá del uso solo mientras dure la obligación de prestarles alimentos.

También la Ley Vasca añade que, en todo caso, la revisión judicial de este derecho de uso podrá solicitarse a instancia de parte, por cambio de circunstancias relevantes.

³⁵ La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) viene aplicando la Ley Valencia en el sentido de reconocer el derecho de uso hasta que los hijos menores alcancen la mayoría de edad (por ejemplo, sentencias de 26 de noviembre de 2014, o de 8 de junio de 2015). Esta doctrina (que podría flexibilizarse a la vista de las SSTS de 24 de octubre de 2014 y 9 de septiembre de 2015 ya citadas) contrasta con la mantenida con las otras Audiencias de la Comunidad Valenciana.

En efecto, la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 9ª) viene reiterando que “un periodo de entre 3 y 5 años constituye tiempo suficiente para que se resuelva lo procedente respecto de la venta o atribución definitiva a uno de los condóminos en la liquidación de la copropiedad de la vivienda” (por ejemplo, sentencia de 9 de junio de 2011, o de 30 de junio de 2015). Por su parte, la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª) interpreta la Ley Valenciana en el sentido de limitar la duración del derecho de uso, por ejemplo, por un tiempo suficiente para que las partes liquiden ese patrimonio común y el cónyuge adjudicatario del disfrute del inmueble familiar pueda satisfacer sus necesidades de vivienda y las de sus hijos cuando estén con el mismo de otro modo (*vid* sentencia de 30 de junio de 2014).

4. La pérdida efectiva de la vivienda constituye para uno de los cónyuges un perjuicio patrimonial del que puede derivarse incluso su exclusión social, principalmente en el contexto de una crisis económica prolongada.

En situaciones de custodia compartida, privar a uno de los cónyuges del derecho de uso sobre la vivienda familiar resulta si cabe más controvertido que en los supuestos de guardia monoparental. Y es que, en tal caso, el *favor filii* no justificará por sí solo la medida, porque los hijos disfrutarán generalmente de periodos o estancias tan amplios con un cónyuge -al que se atribuyó la vivienda de la familia- como con el otro -aquél que quedó despojado de su uso-.

La doctrina se ha mostrado sensible a esta realidad³⁶. Se ha indicado, y con razón, que “la forma óptima de cohonestar todos los intereses en juego en materia de vivienda familiar es que el cónyuge al que se le atribuya el uso de la vivienda familiar compense económicamente al que se ve privado del derecho a ocupar una vivienda que es total o parcialmente suya. Sólo en supuestos de incapacidad económica del cónyuge usuario el juez debería exonerarle de pagar tal compensación que puede traducirse en el pago de una renta (como sucede en Valencia) o que tal uso sea valorado, en caso de que rigiera la sociedad de gananciales, en su liquidación como activo que se adjudica a uno de los cónyuges”³⁷.

El Código Civil carece aún de una norma expresa que reconozca al cónyuge desprovisto del derecho de uso sobre la vivienda una compensación económica a cargo del otro. Ello no obstante, los trabajos legislativos que se han elaborado en esta materia sí han contemplado el citado derecho de compensación³⁸.

La normativa autonómica sí ha reconocido con carácter general al cónyuge privado del uso del inmueble distintos remedios de compensación:

A) El Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas prevé en su art. 81.4 que cuando el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el

³⁶ Por ejemplo, TAMAYO CARMONA, J. A.: “¿Patrimonialización del derecho de uso sobre la vivienda familiar?”, *Derecho Civil Valenciano*, núm. 10, segundo semestre, 2011; o CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2, abril-junio, 2014.

³⁷ CUENA CASAS, M.: “Uso...”, cit., p. 36.

³⁸ El art. 96.4 del Código Civil según el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia dispondría que “[l]a atribución del uso de la vivienda a uno solo de los cónyuges se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge. En todo caso, deberá preverse la adecuación de las prestaciones alimenticias o de la pensión compensatoria para cuando cese la atribución de aquélla”.

Juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares, y además tiene en cuenta la adjudicación del uso de la vivienda familiar para determinar la cuantía y la naturaleza temporal o indefinida de la asignación compensatoria.

B) En Cataluña, el art. 233-20.7 del Código establece que la atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge.

C) El art. 6.1 de la Ley Valenciana reconoce en términos muy amplios el derecho de compensación a favor del cónyuge privado de la vivienda. En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si esta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario. Tal compensación podrá ser computada como contribución a los gastos ordinarios. Para su valoración, la Ley Valenciana dispone tener en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso.

D) Por último, el art. 12.7 de la Ley Vasca 7/2015, de 30 de junio, también reconoce al cónyuge privado de la vivienda un derecho de compensación. En el caso de atribuirse la vivienda a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario. Como en la Ley Valenciana, se tendrá en cuenta el importe de las rentas pagadas por alquiler de viviendas similares y la capacidad económica de los miembros de la pareja.

5. La jurisprudencia viene caracterizando el derecho de uso a la vivienda familiar, no como un derecho real, sino como un derecho de carácter familiar.

En lo que se refiere a su oponibilidad *inter partes*, el cónyuge no adjudicatario del uso necesita el consentimiento del cónyuge usuario, o autorización judicial, para realizar actos de disposición sobre los derechos que titule en la vivienda.

Aparte, claro está, el cónyuge usuario de la vivienda tiene acción frente al otro –o, en su caso, dispondrá contra aquel de excepción- para defender su *ius possidendi*.

El derecho de uso sobre la vivienda familiar es también inscribible en el Registro de la Propiedad y oponible *frente a terceros*. Cabe realizar no obstante algunas matizaciones a este último respecto atendiendo a la crónica jurisprudencial. Si los cónyuges ocupan en precario una vivienda, la adjudicación judicial de su uso a favor de uno de ellos no se puede oponer frente al tercero propietario³⁹. El derecho de uso tampoco será oponible frente a la acción del acreedor hipotecario si su reconocimiento es posterior a la inscripción de la hipoteca que se ejecuta⁴⁰.

ÍNDICE

³⁹ Sobre esto, cabe referirse a la STS (Sala 1ª, Pleno) de 14 de enero de 2010. En la práctica, esto implica la inoponibilidad del derecho de uso frente a la demanda de desahucio por precario promovida por el tercero titular del inmueble.

⁴⁰ Así lo recoge la STS de 6 de marzo de 2015.