

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR A LOS HIJOS MENORES DE DIFERENTES RELACIONES *

*ATTRIBUTING THE USE OF THE FAMILY HOME TO MINOR CHILDREN FROM
DIFFERENT RELATIONSHIPS*

CARMEN SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Málaga

mdsanchez@uma.es

RESUMEN: En materia de atribución del uso de la vivienda familiar se erigen como criterios predominantes, por un lado, el interés superior del menor afectado por la situación; y, por otro, la necesidad de tener una vivienda adecuada. Ambos aparecen de forma reiterada en los últimos pronunciamientos judiciales que pueden ser objeto de estudio. La adaptación progresiva a las necesidades sociales demostrada por parte del art. 96 C.c., no otorga cobertura, salvo por vía de analogía, a la disputa por la atribución del uso en los supuestos de hijos menores de diferentes relaciones, es decir, comunes y no comunes, lo que pone una vez más de manifiesto su ineludible cambio legislativo que le permitiría adaptarse a las nuevas realidades.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar; menores; familias reconstituidas.

ABSTRACT: In terms of the attribution of the use of family housing, the best interests of the child affected by the situation and the need for adequate housing are predominant criteria. Both appear repeatedly in recent judicial decisions that may be the subject of study. The progressive adaptation to social needs demonstrated by art. 96 C.c., does not provide coverage, except by way of analogy, to the dispute over the attribution of use in the cases of minor children of different relationships, that is, common and uncommon, which once again highlights its inevitable legislative change that would allow it to adapt to the new realities.

KEY WORDS: Family home; children; reconstituted families.

FECHA DE ENTREGA: 25/05/2018 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 30/06/2018

* El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad de referencia DER2015-67512-P, titulado "La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las decisiones del Tribunal Constitucional", financiado durante tres anualidades desde 1 de enero de 2016 del que soy investigadora principal y del Proyecto financiado en el marco de las Acciones de dinamización "Redes de Excelencia" del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de referencia DER 2016-81752-REDIT, "Justicia Civil: Análisis y prospectiva" del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, del que es Investigadora Principal Carmen Senés Motilla.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. REALIDAD LEGAL.- III. PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: NO ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR AL PROGENITOR CUSTODIO, ANTE LA EXISTENCIA DE HIJAS HABIDAS DE DIFERENTES RELACIONES DEL PADRE COMÚN NO CUSTODIO.- IV. RÉGIMEN APLICABLE Y CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUESTIONADA EN EL CASO.- V. SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: NO ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR AL PROGENITOR CUSTODIO, ANTE LA EXISTENCIA DE HIJAS HABIDAS DE DIFERENTES RELACIONES DEL PADRE COMÚN CUSTODIO DE DOS DE ELLAS.- VI. RÉGIMEN APLICABLE Y CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUESTIONADA EN EL SUPUESTO.- VII. INTERESES EN CONFLICTO.- VIII. UNIFICACIÓN DE CRITERIOS EN EL RÉGIMEN DE ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA Y DIFERENCIAS APRECIABLES.- IX. HIJOS DE DIFERENTES RELACIONES, VIVIENDA Y EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL.- X. RECAPITULACIÓN A EFECTOS DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho de Familia en la actualidad se encuentra basado en la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que tiende de forma progresiva a inmiscuirse lo menos posible entre los miembros de la pareja incluso en los supuestos de crisis, siempre que sean respetados los límites y principios que informan este sector del Derecho Civil.

Entre las cuestiones más controvertidas que se plantean como consecuencia de la crisis de una pareja se encuentra la atribución del uso de la vivienda familiar. En estos casos, de forma habitual, la economía de la antes pareja se ve perjudicada pues la separación conlleva el mantenimiento de dos viviendas, en el mejor de los casos, en función del régimen de guarda y custodia que sea establecido.

Como bien sabemos, en materia de atribución del uso de la vivienda familiar¹ se erigen de forma habitual como criterios predominantes, por un lado, el interés superior del menor afectado por la situación²; y, por otro, la necesidad de tener una vivienda adecuada o digna. Ambos aparecen de forma reiterada en los últimos pronunciamientos judiciales que pueden ser objeto de estudio.

No obstante, la adaptación progresiva a las necesidades sociales que ha sido demostrada por parte del art. 96 C.c., no otorga cobertura, salvo por vía de analogía, a la disputa por la atribución de la vivienda en los supuestos de hijos menores de diferentes relaciones, es decir, comunes y no comunes. Esta situación pone una vez

¹ Sobre el concepto de vivienda familiar, Sentencias TS 31 diciembre 1994 (RJ 10330, 1994) y 16 diciembre 1996 (RJ 9020, 1996).

² Sentencias TS 25 abril 2011 (Tol 2125260) y 31 enero 2013 (Tol 3020982). Sentencia TEDH 30 noviembre 2011, caso P.V. contra España (Tol 2647876).

más de manifiesto, su ineludible y necesario cambio legislativo lo que le permitiría adaptarse a las nuevas realidades en torno a las formas de familia que tantas transformaciones ha experimentado³.

Se plantea pues el análisis de dos casos en los que, existiendo descendencia con derecho al uso de la vivienda familiar, concurre la circunstancia de que proceden de diferentes relaciones, lo que verifica la inobservancia de esta situación por parte del Código Civil y la inaplicabilidad del régimen previsto en el art. 96.1 del citado cuerpo legal, pues no cabe adjudicar la vivienda a quien ostenta la guarda y custodia del menor común. Ante esta imposibilidad y como se puede comprobar se recurre a la aplicación analógica del art. 96.2 C.c. Ambos supuestos únicamente difieren en cuanto al régimen de atribución de la guarda y custodia, respecto de los hijos no comunes y nacidos de una previa relación, lo que ayuda, por otra parte, a perfilar precisamente los criterios de atribución del uso de la vivienda ante el supuesto general de crisis de parejas reconstituidas establecidos en la actualidad por la jurisprudencia, cuando existen hijos menores nacidos de diferentes relaciones con un progenitor común.

II. REALIDAD LEGAL

El Código Civil, como es sabido, contempla distintos supuestos en materia de atribución del uso de la vivienda familiar, que deben ser adaptados a los diferentes modelos de familia existentes en la actualidad, en los que también este tema es fuente de conflicto.

La situación más fácil se presenta cuando, ante la crisis, la pareja llega a un acuerdo en torno a quién se atribuye el uso a partir de ese momento de la considerada como vivienda familiar⁴. El pacto de los progenitores debe ser examinado por el Juez para evitar un posible perjuicio a los menores. Por lo tanto, existiendo acuerdo, los progenitores deciden el lugar en el que van a vivir sus hijos a partir de ese momento, pudiendo no ser, incluso, el considerado hasta esas fechas como domicilio familiar,

³ Vid. al respecto, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el Derecho español: la superación del derecho positivo por la práctica jurisprudencial”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, noviembre 2015, pp. 9-43; “La atribución del uso de la vivienda familiar en la reciente jurisprudencia”, *Familia y sucesiones: Cuaderno Jurídico*, núm. 99, 2012, pp. 15-23; PINTO ANDRADE, C.: La atribución del uso de la vivienda familiar, Bosch, Barcelona 2011, p. 66; ALGABA ROS, S.: La atribución del uso de la vivienda familiar y los hijos. Déficit y retos en la interpretación del art. 96 del C.c., *Estudios en Homenaje al Profesor José M^a Miquel González*, Díez-Picazo (Coord.), Vol. I, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra 2014, pp. 223-240; ZUMAQUERO GIL, L.: “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 41, 2016, pp. 111-151; VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La “necesidad de vivienda”, *InDret*, enero 2016, pp. 1-57.

⁴ Cuando existe acuerdo entre los miembros de la expareja y en, su caso, progenitores, sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, se le otorga validez y eficacia incluso cuando se procede a la venta del inmueble o se adjudica al no custodio la vivienda aun existiendo hijos menores. Vid. al respecto, PINTO ANDRADE, C.: “La atribución”, *cit.*, p. 53.

siempre que ello no atente al interés de los menores afectados.

Cuando no existe el referido acuerdo la situación se complica y entonces procede la aplicación del tan cuestionado art. 96 C.c. En principio, atendiendo a su tenor literal ante la ausencia de acuerdo aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, es decir, a quien se otorgue la guarda y custodia de los menores de forma exclusiva (art. 96.1 C.c.).

Por otro lado, cuando algunos de los hijos quedan en la compañía de distintos progenitores, el “Juez resolverá lo procedente”, es decir, valorará las circunstancias del caso y las necesidades de los hijos tras la ruptura para la atribución del uso de la vivienda familiar⁵. Cabe precisar que cuando el Código Civil se refiere a los “hijos menores”, se trata de hijos comunes a ambos progenitores⁶. En consecuencia y, conforme a lo establecido en el art. 96.2 C.c., se deja en manos del Juez la decisión en torno a lo que estime mejor, atendiendo al interés de los hijos y las circunstancias concurrentes. Cuando se trata de hijos nacidos de diferentes relaciones, si bien el art. 96.2 C.c. se refiere, en principio, como se ha dicho a hijos comunes cabría su aplicación analógica para otorgar cobertura a los hijos no comunes, siendo el Juez el que resuelve lo procedente, según el perfil de la situación conflictiva surgida en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar.

Por último, no habiendo hijos podrá acordarse que el uso de dichos bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección (art. 96.3 C.c.)⁷.

III. PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: NO ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR AL PROGENITOR CUSTODIO, ANTE LA EXISTENCIA DE HIJAS HABIDAS DE DIFERENTES RELACIONES DEL PADRE COMÚN NO CUSTODIO

El problema planteado en la STS 17 de octubre de 2017⁸, gira en torno a la

⁵ Como ha manifestado LUQUE JIMÉNEZ, M^a. C.: La atribución del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid 2012, pp. 81-82, el Juez procederá a atribuir el uso de la vivienda al “subgrupo familiar” que, tras la ponderación de las circunstancias del caso, considere más necesitado de protección. Por su parte, GIL MEMBRADO, C.: La vivienda familiar, Reus, Madrid 2013, p. 149, estima que en estos casos deberá primar el “interés de la familia globalmente considerada”.

⁶ PINTO ANDRADE, C.: “La atribución”, cit., p. 56.

⁷ Sobre el particular, vid. entre otros, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La atribución”, cit., p. 20; PINTO ANDRADE, C.: “La atribución” cit., p. 75; ALGABA ROS, S.: “La atribución” cit., p. 237; ZUMAQUERO GIL, L.: “La atribución”, cit., pp. 16-17; VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estudio”, cit., pp. 19-22; SANTOS MORÓN, M^a. 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. 1, núm. 3, julio-septiembre 2014, pp. 10-11; LUQUE JIMÉNEZ, M^a. C.: “La atribución”, cit., pp. 85-97.

⁸ RJ 4528, 2017.

atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de relaciones diferentes del padre y el régimen de guarda y custodia es atribuida respecto de ambas menores a sus respectivas madres. Producida la crisis de la pareja de hecho de cuya convivencia había resultado el nacimiento de una hija (Zaira), la madre solicita en el proceso sobre adopción de medidas definitivas sobre guarda y custodia y alimentos, la guarda y custodia exclusiva de la menor, régimen de visitas a favor del padre y la atribución del uso de la que fuera vivienda familiar, durante los aproximadamente ocho años que había durado la relación. En este domicilio había convivido también, durante los periodos en los que le correspondía al padre ejercer su derecho de visita, otra hija que éste había tenido de una relación anterior (Victoria), la cual mantiene una estrecha relación tanto con su hermana Zaira, como con la madre de ésta, situación que no se produce, como luego se puede comprobar, en el siguiente supuesto objeto de análisis.

El padre procede a la contestación de la demanda oponiéndose al régimen de visitas propuesto, solicitando la atribución de la guarda y custodia de la menor a la madre, manteniendo ambos progenitores la patria potestad compartida, un régimen de visitas a su favor más amplio, una pensión de alimentos a su cargo y en favor de su hija de 150 euros, más la mitad de los gastos extraordinarios, no procediendo la atribución del uso de la vivienda familiar en favor de la hija común y el progenitor custodio (la madre).

El Juez de Primera Instancia dicta sentencia en la que estima parcialmente la demanda de guarda y custodia instada por la madre y contra la que el padre interpuso recurso de apelación, siendo estimado por la Audiencia Provincial que lo revoca parcialmente para no atribuir el uso de la vivienda familiar a la hija menor común (Zaira) y a la madre como progenitor custodio, pues se trata del domicilio del padre en el que vive con otra hija (Victoria), habida de una relación anterior y Zaira, cuando ejercita su derecho de visita sobre ambas.

Frente a esta sentencia la madre interpone recurso de casación, basándose en la violación del art. 96 C.c., por no haber sido atribuida la vivienda familiar a la hija menor (Zaira) y al progenitor bajo cuya custodia había quedado. El TS decide admitir el recurso dando traslado al progenitor no custodio quien presenta escrito de impugnación.

IV. RÉGIMEN APLICABLE Y CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUESTIONADA EN EL CASO

En principio, cabe discutir la procedencia o no de la aplicación del art. 96.1 C.c., en virtud del cual y, ante la ausencia de acuerdo entre las partes, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponden a la menor (Zaira) y a la madre, por quedar la misma en compañía de ésta. Este régimen de atribución del domicilio familiar es una manifestación del principio del interés del menor que, al parecer, no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el referido

precepto⁹. Con ello, se pretende evitar que, a la separación de los padres que amenaza sin duda el bienestar de la menor, se sume la pérdida de la vivienda en la que han convivido hasta el momento de la ruptura con evidente repercusión en su crecimiento, desarrollo y nivel de relaciones¹⁰.

Sin embargo, en el presente caso objeto de análisis se estima que no se ha producido una violación del art. 96.1 C.c. por las siguientes causas:

1ª. Este precepto no contempla la situación familiar que deriva del interés de dos hijas de madres diferentes por mantenerse en la misma casa, que además es propiedad de los padres de uno de ellos (el demandado y padre de las dos menores, Victoria y Zaira).

2ª. El desacuerdo entre los progenitores, a efectos de la atribución del derecho de uso del que fuera el domicilio familiar, lleva a la aplicación analógica del art. 96.2 C.c., en virtud del cual, cuando exista una pluralidad de hijos y la custodia sea dividida, se concede normativamente al Juez la decisión de atribuir el uso de la vivienda familiar a uno y a otro progenitor en la que ha existido una convivencia estable.

3ª. El hecho de que el padre de ambas menores no tenga atribuida la guarda y custodia de ninguna de ellas no es razón suficiente para que la vivienda familiar sea adjudicada a la menor (Zaira), en compañía de su madre y ahora demandante. La razón estriba en que la vivienda objeto de litigio ha constituido la residencia familiar estable de ambas niñas, lugar de encuentro durante amplios periodos, a pesar de no ser propiedad de ninguno de los progenitores, lo que ha permitido una efectiva comunicación entre las hermanas de “vínculo sencillo”, cumpliéndose con ello también una de las indicaciones en las que el Código Civil fundamenta el interés del menor, tal es, procurar “no separar a los hermanos” (art. 92.5 C.c.).

4ª. La existencia de hijas menores nacidas de diferentes relaciones y que han constituido y adoptado, por lo tanto, durante un periodo de tiempo determinado la forma de “familia reconstituida”, no debe dar lugar a que la unión entre ellas pueda quedar desfavorecida por la atribución del uso de la vivienda familiar, en virtud del art. 96.1 C.c., a una en compañía del progenitor custodio. La no atribución en estos términos permite mantener el encuentro y convivencia temporal entre las menores en la vivienda que ha sido de ambas. De ser admitida la atribución a Zaira y su madre se produciría un desplazamiento de la otra hija menor, su hermana, Victoria, siendo además una y otra desfavorecidas en sus necesidades de convivencia con el progenitor que tienen en común, lo que se estima contrario al interés familiar preferente y necesitado de mayor protección¹¹, pues provoca un entorpecimiento

⁹ STS 28 noviembre 2014 (RJ 6048, 2014).

¹⁰ STS 17 octubre 2017 (RJ 4528, 2017).

¹¹ Vid. sobre el interés más necesitado de protección, entre otros, ATS 11 abril 2018 (JUR 105277, 2018); ATS 28 junio 2017 (JUR 176330, 2017); ATS 24 mayo 2017 (JUR 134068, 2017); ATS 22 febrero 2017 (JUR 46480, 2017); ATS 16 noviembre 2016 (JUR 249822, 2016); ATS 28 enero 2015 (JUR 39741, 2015) y STS 25 marzo 2015 (RJ 1165, 2015).

del “desarrollo vital común de las hijas, custodia y comunicación entre ellas”¹² en los periodos que pueden disponer para convivir ambas con su progenitor común.

5ª. La vivienda objeto de litigio no tiene el carácter de “familiar”, pues una cosa es el uso que se lleva a cabo de la misma mientras se encuentra vigente la relación y otra cosa distinta es que ese uso permita llegar a calificarla como familiar si no sirve a los fines del matrimonio.

6ª. Las necesidades de vivienda por parte de Zaira y su madre pueden ser satisfechas por la existencia de otra vivienda propiedad de los padres de la demandante, en la cual había vivido hasta iniciar la relación con el padre de la menor, y que resulta ser idónea para satisfacer el interés prevalente de la misma¹³.

7ª. La vivienda objeto de litigio resulta ser propiedad de los padres del demandado y padre de Zaira y Victoria, lo que faculta al Juez para no atribuir su uso, ya que sus propietarios y, en este caso, abuelos de las menores pueden recuperarla mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, lo que perjudicaría a la menor, cuyo interés es el que debe presidir el régimen de atribución de la vivienda.

En consecuencia, los criterios en virtud de los cuales se procede a la no atribución de la vivienda familiar conforme, en principio, a lo establecido en el art. 96. 1 C.c., no aplicable, son los que siguen:

1º. El perjuicio que ello causaría en su otra hija (Victoria), nacida de una relación anterior y por ser el de ésta el interés más necesitado de protección, así como el interés de Zaira en seguir manteniendo una relación y convivencia, tanto con su hermana, como con su progenitor común cuando éste ejercita el derecho de visita respecto de las menores en periodos de tiempo que les permita coincidir.

2º. La que es cuestionada como vivienda familiar, resulta ser propiedad de los padres del demandado (padre de ambas menores).

3º. La madre de Zaira (demandante) y quien reclama la atribución del uso del domicilio familiar dispone de otra vivienda, propiedad familiar, que resulta ser adecuada pues se encuentra en la misma zona, con suficiente dotación de servicios y con posibilidades de cubrir las necesidades de escolarización y social de su hija.

4º. La atribución del uso de la vivienda a Zaira y su madre supondría entorpecer el desarrollo vital común de las hijas, custodia y comunicación entre ambas. Esto conllevaría un desplazamiento en relación al domicilio de la otra hija Victoria, resultando ambas desfavorecidas en sus necesidades de convivencia con el progenitor que tienen en común, y desde mi punto de vista, entre ellas mismas.

¹² STS 17 octubre 2017 (RJ 4528, 2017).

¹³ STS 6 febrero 2018 (RJ 352, 2018).

V. SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: NO ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR AL PROGENITOR CUSTODIO, ANTE LA EXISTENCIA DE HIJAS HABIDAS DE DIFERENTES RELACIONES DEL PADRE COMÚN CUSTODIO DE DOS DE ELLAS

El problema planteado en la STS 14 de febrero de 2018¹⁴, gira nuevamente en torno a la cuestión de a quién debe ser atribuido el uso del domicilio familiar cuando existen hijos menores de diferentes relaciones. En concreto, tras la crisis de la pareja, la madre solicita en el proceso de juicio de familia para la adopción de medidas paterno filiales, la guarda y custodia exclusiva del menor habido en común de dos años de edad, régimen de visitas a favor del padre, la atribución del uso de la vivienda familiar al hijo y a ella y una pensión de alimentos que debe satisfacer el padre de 125 euros. Consta, asimismo, lo que será trascendental para con posterioridad plantear la posibilidad de una “convivencia compartida”, que el demandado, expareja y padre del menor, había interpuesto una denuncia previa contra ella por “presuntos malos tratos y amenazas” a él y a su hija mayor, fruto de una relación anterior.

Rechazada la orden de protección solicitada se acuerda la atribución de la guarda y custodia del menor a la madre con un régimen de visitas de fines de semana alternos sin pernocta hasta que no tenga domicilio conocido, una pensión de alimentos de 125 euros a cargo del padre, pues la madre se encontraba en situación de desempleo cobrando un subsidio de 425 euros, el uso y disfrute de la vivienda familiar y el mantenimiento de la guarda y custodia de las menores de 12 y 11 años de otra relación anterior que el padre tiene a su cargo. Contestada la demanda por el padre que está conforme con todas las medidas solicitadas, plantea la elevación de la pensión de alimentos a 200 euros, pues no procede el otorgamiento a favor del menor y el custodio (art. 96.1 C.c.) del uso y disfrute del hasta ahora domicilio familiar, pues estaba adjudicado con anterioridad a sus dos hijas mayores habidas en una relación anterior y, además, era de su propiedad.

La estimación parcial de la demanda reduce el objeto controvertido a la atribución del uso de la vivienda familiar pues en el fallo es asignada al padre, siendo fijado un plazo de 3 meses para proceder al abandono de la misma por parte de la madre y su hijo menor de dos años. Interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Santander es desestimado, procediendo la madre a interponer recurso de casación por interés casacional en base a la violación del art. 96 C.c. e infracción de la jurisprudencia del TS sobre el particular.

VI. RÉGIMEN APLICABLE Y CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUESTIONADA EN EL SUPUESTO

Atendiendo a la situación y ante la falta de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, en principio, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en

¹⁴ RJ 413, 2018.

ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden (art. 96.1 C.c.). Se trata pues, como ha sido referido, de un sistema que depende del régimen de custodia establecido tras la crisis de pareja de naturaleza individual, situación que se agrava y no es tan fácil de resolver, como es el caso, cuando existe una sola vivienda por atribuir e hijos de dos relaciones diferentes, que son hermanos de padre, pero cuya guarda y custodia no es atribuida a la misma persona (padre).

Nos encontramos, como en el caso anterior, ante una nueva realidad social como son las crisis de parejas reconstituidas no prevista en nuestro ordenamiento, en la que los problemas derivados de la ruptura se agudizan pues a la existencia de posible descendencia común o no, se une un incremento de los gastos a los que es necesario hacer frente. Asimismo, y como ya ha sido comprobado con anterioridad, el art. 96.2 C.c. establece que “cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo que proceda”. En consecuencia y frente al conflicto planteado el Juez decide resolver que la violación de la jurisprudencia alegada por la demandante no existe ante la carente identidad entre los supuestos objeto de discusión, procediendo la aplicación analógica del art. 96.2 C.c., dada la pluralidad de hijos concurrentes y custodia dividida respecto de los mismos, lo que le conduce a adjudicar la vivienda familiar al padre en compañía de sus dos hijas menores nacidas de una relación anterior¹⁵.

Los criterios determinantes en virtud de los cuales se ha procedido a la atribución del uso de la vivienda han sido en el presente caso, los que siguen:

1°. La vivienda objeto de discusión es privativa del padre y garantiza el cuidado y manutención de las otras dos hijas cuya guarda y custodia tiene atribuida en exclusividad y a quienes por aplicación del art. 96.1 C.c. le había sido adjudicada con anterioridad.

2°. El padre de todas las menores tiene una situación económica peor que la ostentada por la madre del hijo en común, pues abona el pago de la hipoteca en exclusividad de la vivienda, un alquiler por la nueva vivienda que se ha visto obligado a coger y sustenta a las dos hijas habidas de una relación anterior y cuya guarda y custodia, como se ha dicho, tiene atribuida, necesitando para cubrir todos los gastos una ayuda económica familiar externa.

3°. La atribución del uso de la vivienda familiar al padre y sus dos hijas en exclusiva resulta imprescindible para poder garantizar su convivencia, cuidado y manutención. Por otra parte, garantiza el lugar de encuentro común entre todos los menores que son hermanos de padre de forma habitual, procurando con ello el cumplimiento, en cierta medida, de lo establecido en el art. 92.5 C.c. a efectos de no separar a los hermanos, pues de lo contrario las hermanas mayores se verían privadas del que

¹⁵ Como ha sido establecido por el TS en Sentencia 17 octubre 2017 (RJ 4528, 2017), “el art. 96 del Código Civil no contempla la situación familiar que deriva del interés de dos hijas de madres diferentes por mantenerse en la misma casa”, como ya quedó constatado con anterioridad.

hasta el momento y por previa adjudicación había sido su hogar familiar, así como del punto de encuentro con su hermano menor.

La posible y cuestionada atribución a la madre con el hijo en común de la vivienda debe realizarse, en todo caso, atendiendo a los parámetros familiares actuales de uno y otro progenitor, ya que el uso exigido por la madre entorpecería el desarrollo común y vital de los menores, hermanos de padre, su custodia y comunicación entre todos ellos. Si el inmueble es adjudicado al menor hijo en común y a la madre se produciría un desplazamiento de las otras dos hijas mayores del padre, viéndose todos los menores desfavorecidos en sus necesidades de convivencia con el progenitor que tienen en común¹⁶.

4º. La imposibilidad de una convivencia compartida entre los menores a fin de garantizar, por un lado, el uso por parte de “todos” de la que ha sido la vivienda familiar; y por otro, la convivencia entre “todos” los hermanos de padre. Esta salida resulta inoperante como consecuencia de la inexistencia de relación de parentesco, así como por el deterioro experimentado en las relaciones personales de la actora con el padre de las niñas y una de ellas, que ha tenido incluso efectos penales.

La suma de todos estos factores, ha permitido la determinación de los intereses de los menores que concurren en el caso¹⁷, lo que conduce, a su vez, a la formulación de las siguientes cuestiones:

1ª. ¿Condiciona el establecimiento previo del régimen de guarda y custodia de hijos habidos en relaciones anteriores, la atribución de la vivienda familiar respecto de los hijos nacidos de relaciones posteriores?

2ª. ¿Cuál es el interés del menor/es a valorar por el hecho de ser descendientes de diferentes progenitores? Esto ¿nos dirige a tener que considerar el interés de unos menores en detrimento del interés de otros por el hecho de ser familias reconstituidas?

La situación probablemente cambiaría si fuese posible la convivencia compartida de todos los menores y la situación económica del progenitor no custodio diferente¹⁸.

¹⁶ Vid. STS 17 octubre 2017 (RJ 4528, 2017).

¹⁷ La STS 17 junio 2013 (RJ 4375, 2013), establece que: «El interés del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura (...), sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros».

¹⁸ Vid. al respecto el art. 233-21 Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a persona y familia y el art. 96.2 Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, de 10 de abril de 2014, que con posterioridad será analizado.

VII. INTERESES EN CONFLICTO

La atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis de pareja, ya sea matrimonial o de hecho¹⁹, constantemente genera problemas y los resultados no siempre garantizan los intereses de las partes involucradas. Esta situación se agrava, como ha sido posible comprobar en la exposición de los dos casos resueltos por el TS., cuando se trata de la crisis de familias reconstituidas y, en consecuencia, las partes en conflicto son más y, por lo tanto, los intereses a satisfacer y garantizar también.

Atendiendo a los supuestos objeto de análisis y resolución por parte del TS cabe considerar que nos encontramos ante un conflicto en el que los intereses en juego son los que siguen:

1º. El interés de los menores, prioritario y necesitado de protección, pero nunca en detrimento de los intereses de los demás intervinientes en el conflicto. La situación en la cual se encuentren los que deben ejercer la guarda y custodia, ya sea individual o compartida, influye en el desarrollo de la vida posterior de los menores y en el cumplimiento de los deberes inherentes a su ejercicio. En los casos analizados la existencia de hijos de diferentes relaciones agrava la situación habitual, pues como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, al problema de la atribución del uso de la vivienda que siempre se presenta cuando se aplica el art. 96 C.c., se une la confluencia de intereses de hijos que no siempre quedan bajo el mismo régimen de guarda. Esto se puede comprobar tanto en el primer caso, en el que la menor respecto de la cual se discute la atribución de la vivienda queda bajo la guarda y custodia de la madre, mientras su hermana de padre se encuentra bajo la de su madre, no ostentando, en consecuencia, el progenitor común más que un derecho de visita respecto de las mismas; como en el segundo, en el que el menor sobre el cual se cuestiona la atribución de la vivienda queda bajo la guarda y custodia de su madre, mientras que el padre común ostenta la guarda y custodia de las hijas habidas de una relación anterior y hermanas del pequeño. Como puede comprobarse entran en juego los intereses de menores unidos por vínculo sencillo por parte del padre, debiéndose tener presente a efectos de ponderación cuál es la decisión que mejor satisface y protege sus intereses como hermanos que solamente de forma temporal y según lo determinado por el régimen de visitas establecido para el progenitor no custodio pueden desarrollar una vida en común y de convivencia.

2º. Los intereses de las progenitoras (madres en este caso), a quienes se les atribuye el ejercicio individual y exclusivo de la guarda y custodia de los menores que, por otra parte, deben seguir relacionándose con sus hermanas de padre. Respecto de las mismas, en el segundo caso analizado, se llega a plantear la posibilidad de establecer una convivencia compartida con el fin de garantizar, por un lado, la atribución del uso de la vivienda al progenitor custodio en cuya compañía queden las menores; y,

¹⁹ La aplicación analógica del art. 96 C.c. a las parejas de hecho ha sido admitida por el TS, entre otras, en SSTs 7 julio 2004 (RJ 5108, 2004); 1 abril 2011 (RJ 3139, 2011) y 25 abril 2016 (RJ 1698, 2016).

por otro, el mantenimiento de la convivencia y relación entre los hermanos. Esta última posibilidad sugerida, y que no prospera en el caso particular por el deterioro sufrido en la relación entre el progenitor común y la madre que reclama la vivienda, no me parece una solución adecuada, aun no planteándose los problemas de relación apuntados, pues al fin y al cabo las menores nacidas de una relación anterior vivirían con una persona respecto de la que no ostentan parentesco alguno, atribuyéndole además a una persona que no es su progenitora una responsabilidad y asunción de unos deberes cuya viabilidad desde mi punto de vista deben ser objeto de un análisis y estudio más detallado. Estimo que la solución adoptada por el TS, con el fin de garantizar el mantenimiento de la relación entre las hermanas habidas de diferentes relaciones, es la que mejor protege el interés de todos los menores y de los progenitores en conflicto.

3°. Los intereses de los progenitores no custodios (los padres), los cuales discuten la atribución de la vivienda basándose en dos elementos, por un lado, el hecho de que constituye el lugar de encuentro entre su descendencia común, lo que les permite ante la situación económica que ostentan poder dar cumplimiento a sus deberes económicos respecto de la misma, ya que, de lo contrario, el detrimento económico que ello conlleva repercutiría en el bienestar de los menores; y por otro lado, la vivienda en un caso es propiedad de un tercero y, en otro, propiedad del progenitor, existiendo en ambos supuestos disponibilidad por parte de las progenitoras custodias de otra vivienda bien en propiedad o en otro régimen, pero que protege el interés de los menores en cuestión ofreciéndoles una vivienda adecuada y digna que es de lo que al fin y al cabo se trata, la cual no siempre tiene que ser la que constituía su domicilio familiar, pero le permite mantener la relación con sus otros hermanos y el progenitor común²⁰.

4°. El mejor interés para las relaciones familiares, como es el establecido en el art. 81.2 Decreto-Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que aprueba el Código de Derecho Foral de Aragón, concepto indeterminado, ambiguo e indefinido que pretende conjugar el interés del menor y otros intereses dignos de protección otorgando amplias facultades y margen de discrecionalidad al Juez²¹. Esto implica tener presente no solamente el interés del menor de forma aislada, sino atendiendo también en su configuración a las relaciones que deben ser mantenidas con los progenitores y con los hermanos, lo cual puede, con el objetivo de ser las mismas objeto de la debida protección, llegar a justificar la atribución de la vivienda familiar al progenitor no custodio como ocurre en los supuestos analizados²².

En ambos supuestos cabe entender que las decisiones adoptadas por el TS protegen los intereses no solamente de los menores de forma correcta, sino del resto de personas involucradas en el conflicto, que deben ser tenidos asimismo en cuenta para proteger el interés primordial al que siempre se retorna, el del menor. En cualquier caso, hay que tener presente que proteger el interés de los menores no

²⁰ Como ejemplos de atribución de la vivienda familiar al progenitor no custodio, SSTS 29 marzo 2011 (RJ 3021, 2011) y 5 noviembre 2012 (RJ 10135, 2012).

²¹ VERDERA IZQUIERDO, B.: "Estudio", cit., p. 8.

²² En este sentido, *Ibíd.*, p. 9.

implica sacrificar y desproteger los intereses del resto de las personas intervinientes en el conflicto pues esto, en última instancia, repercute en los mismos. Cabe estimar que, ambos pronunciamientos, lo que no excluye la necesaria reforma del art. 96 C.c.²³, constituyen claros ejemplos de esa apreciable tendencia en los últimos pronunciamientos del TS que permite tener en cuenta las circunstancias concurrentes e intereses en conflicto, es decir, valorar todas las situaciones para decidir lo mejor para todos. No cabe duda de que la aplicación estricta del referido precepto puede llevar a soluciones que repercutan en el futuro cumplimiento de los deberes de asistencia de los menores en todas sus dimensiones.

VIII. UNIFICACIÓN DE CRITERIOS EN EL RÉGIMEN DE ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA Y DIFERENCIAS APRECIABLES

Analizados ambos casos en los que se discute la atribución del uso del que fuera domicilio familiar de una familia en la que conviven hijos de diferentes progenitores y ante la crisis de la pareja, cabe establecer aquellos criterios comunes a ambos, así como los que, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, revisten especial consideración por su diferenciación.

Los criterios en virtud de los cuales se ha procedido en ambos supuestos, a pesar de ser reclamado, a alterar el régimen general previsto en el art. 96. 1 C.c., que atribuye la vivienda al progenitor custodio y resolver por analogía conforme al contenido del art. 96.2 C.c., que deja en manos del Juez decidir lo que proceda, permite deducir de la práctica jurisprudencial imperante, cómo resolver los conflictos de atribución del derecho de uso de la vivienda en los supuestos de existencia de hijos menores habidos de diferentes relaciones, ya sean comunes o no comunes. Estos criterios resultan ser los que siguen:

1°. La vivienda constituye el hogar familiar en el que los hijos habidos de distintas relaciones, pero con un progenitor en común, en ambos, el padre, por lo que son hermanos de vínculo sencillo, permite el encuentro no solamente del progenitor con sus hijos, sino de los hermanos entre sí. En consecuencia, la atribución del mismo a persona diferente provocaría una alteración del régimen de convivencia entre los menores que son hermanos de padre y de éstos con su progenitor común.

2°. En el primer caso, la vivienda objeto de litigio es propiedad de terceros (abuelos de las niñas), y en el segundo, del progenitor común de los menores afectados.

3°. La situación económica es determinante para proceder a la adjudicación de la vivienda, ya que, de lo contrario, supondría un detrimento del interés y, en su caso, bienestar de los menores implicados a efectos de poder satisfacer todas sus necesidades futuras diferentes a la vivienda.

²³ La necesidad de una reforma por parte del art. 96 C.c. ha sido puesta de manifiesto incluso por el TS en Sentencias 2 junio 2014 (RJ 2842, 2014) y 18 mayo 2015 (RJ 1919, 2015).

4º. La existencia de otra vivienda en la cual pueden ser cubiertas las necesidades de los menores implicados, sin alterar su necesaria convivencia tanto con el progenitor en común, como entre ellos mismos, lo que tiene como efecto, la no separación de los hermanos de forma definitiva.

En consecuencia, se puede afirmar que, en ellos se pone de manifiesto la finalidad asistencial²⁴, que preside el régimen de atribución de la vivienda familiar en supuestos de crisis de pareja, pues en todos se tienen presentes a los hijos, cuyo interés es el más digno de protección, en atención a lo establecido en el art. 39.2 C.E. y en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, reformada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia²⁵. Sin embargo, se aprecia también, que son tenidos en cuenta, a la hora de concretizar el interés de los menores involucrados en el conflicto, otros intereses concurrentes tan necesarios en su delimitación como el propio individualmente considerado.

En cualquier caso, estos intentos jurisprudenciales ponen una vez más de manifiesto que el Código Civil no contempla, entre otras, la situación familiar que se plantea ante la necesidad de atribución de la vivienda familiar cuando concurren hijos menores nacidos de distintas relaciones, comunes y no comunes. La situación se complica aún más cuando, la guarda y custodia de las menores implicadas, es atribuida a las respectivas madres a quienes correspondería la atribución de la vivienda familiar, por tratarse conforme al art. 96.1 C.c. del progenitor custodio, y así es objeto de discusión en los supuestos analizados. No obstante, los dos casos difieren en un dato, en el primero, como ya se ha referido, las menores hijas de padre común, tienen adjudicada la guarda y custodia a sus respectivas madres; mientras que, en el segundo, el padre común tiene atribuida la guarda y custodia de las hijas nacidas de una relación anterior, con las que se pretende el mantenimiento de la convivencia en el cuestionado domicilio familiar.

Como ha podido contemplarse, en principio, el régimen de asignación de la vivienda se encuentra fuertemente conectado con el régimen de guarda y custodia que se establezca, aunque no siempre es así. Los supuestos objeto de análisis y como refieren las sentencias, cabe subsumirlos por aplicación analógica en el art. 96.2 C.c., lo que permite ante el conflicto planteado que el Juez resuelva lo que estime procedente. Ante esta situación y quedando en ambos casos los hijos que tienen un padre en común, bajo la guarda y custodia de las respectivas madres, se procede a una ponderación de las circunstancias que concurren, teniendo presente, por un

²⁴ ROCA TRÍAS, E.: “Comentario al artículo 96 C.c.”, en Código Civil Comentado, Cañizares Laso, A./De Pablo Contreras, P./Orduña Moreno, J./Valpuesta Fernández, R. (Dir.), Vol. I, Civitas, Navarra 2011, p. 521; TAMAYO CARMONA, J.A.: ¿Patrimonialización del Derecho de uso de la vivienda familiar?, *Revista de Derecho Civil Valenciano*, núm. 10, 2011, p. 3; “El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, enero 2015, p. 270.

²⁵ Sobre el particular, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: El sistema de protección a la infancia y la adolescencia (Análisis crítico desde la perspectiva de su eficacia para evitar la exclusión social), Tirant lo Blanch, Valencia 2017.

lado, el interés más necesitado de protección, tal es aquel que permite a los padres mantener relación con los hijos habidos en sus diversas relaciones y de todos los hermanos entre sí; y por otro lado, el carácter o naturaleza de la vivienda familiar, es decir, si el domicilio litigioso es privativo de uno de los progenitores o pertenece a un tercero²⁶. En el primer supuesto concurre, además, la posibilidad de realojar a la menor con su madre en otra vivienda, y en el segundo, la madre tenía medios económicos suficientes para poder vivir en otro domicilio. El criterio del mantenimiento del menor en el mismo domicilio en el que vivía antes de la crisis de sus progenitores cede, atendiendo a las circunstancias del caso, ante otros, como son la existencia de una vivienda adecuada y digna distinta a la familiar, la situación económica del progenitor no custodio y el interés de los hijos habidos de relaciones anteriores quienes también tienen derecho a relacionarse con los hermanos cuya custodia no ostenta su progenitor custodio²⁷.

No cabe duda de que si los padres tienen la posibilidad de pactar dónde van a vivir sus hijos a partir de su separación, es posible admitir que el Juez, ante la falta de acuerdo, atendiendo a las circunstancias concurrentes y los intereses en conflicto y dignos de protección, pueda llegar a hacer lo mismo.

IX. HIJOS DE DIFERENTES RELACIONES, VIVIENDA Y EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL

Aunque el objetivo del Anteproyecto es proceder a la modificación del régimen de guarda y custodia en los casos de crisis de pareja, poniendo fin al carácter excepcional que acompaña a la guarda y custodia compartida cuando no hay acuerdo al respecto de los progenitores, propone también una reforma en lo que a la atribución de la vivienda familiar se refiere²⁸.

En concreto, en el que sería el nuevo art. 96.1 C.c.²⁹, se establece que “en defecto de acuerdo de los progenitores aprobado judicialmente sobre el lugar o lugares de residencia de sus hijos, el Juez acordará lo que considere procedente para la protección de su interés superior, en congruencia con las medidas adoptadas sobre

²⁶ Cuando la vivienda pertenece a un tercero y el menor tiene cubierta estas necesidades de otra forma el TS no atribuye la vivienda al cónyuge custodio. Vid. Sentencias 10 octubre 2011 (RJ 6839, 2011) y 15 julio 2015 (RJ 3597, 2015).

²⁷ CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 2, abril-junio 2014, pp. 15 y 16, considera que “de la mano del Derecho de familia, se produce una suerte de expropiación temporal, sin justiprecio, que puede conducir al dueño incluso a situaciones de exclusión social”, por lo que estima se ha “magnificado sobremanera el impacto que para los menores tiene un cambio de vivienda”.

²⁸ Como bien ha sido referido por ZUMAQUERO GIL, L.: “La atribución”, cit., p. 130, aunque la proyectada reforma supone un avance respecto a la regulación actual, el contenido resulta ser insuficiente.

²⁹ Conforme a la última versión definitiva de 10 de abril de 2014, denominado Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia.

su guarda y custodia, debiendo quedar, en todo caso, garantizado adecuadamente su derecho a una vivienda. Del mismo modo deberá determinar el domicilio de los hijos a efectos de empadronamiento, que coincidirá con el de aquel de los progenitores con el que, en cómputo anual, los hijos pasen la mayor parte del tiempo. Si esta determinación no fuera posible, será aquél con el que los hijos tengan mayor vinculación”. Continúa en el art. 96.2 C.c. a efectos de lo que interesa lo que sigue: “cuando la guarda y custodia de los hijos fuera ejercida por uno solo de los progenitores, el Juez atribuirá el uso de la vivienda familiar, de los enseres y del ajuar existente en la misma en atención a lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos, a criterios de necesidad y a la titularidad de la vivienda. Cuando alguno de los hijos quedare en la compañía de un progenitor y los restantes en la del otro, el Juez resolverá atendiendo al interés más necesitado de protección. El Juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel progenitor que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos, objetivamente tuviere mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro progenitor a quien correspondiere la guarda y custodia tuviere medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los hijos y fuere compatible con el interés superior de éstos”.

Los nuevos criterios previstos en el Anteproyecto son los que está aplicando el TS en los supuestos analizados, tales son, el interés superior de todos los hijos involucrados en el conflicto, la necesidad y titularidad de la vivienda. Concretiza además que, cuando existen hijos en compañía de distintos progenitores, el Juez resolverá atendiendo al interés más necesitado de protección. Asimismo, contempla de forma expresa, no excepcionalmente como ocurría en el anterior Anteproyecto³⁰, la posibilidad de atribuir la vivienda al progenitor no custodio si tiene más necesidad y el progenitor custodio dispone de medios para costearse otra vivienda.

Esta es la solución adoptada en los casos que nos ocupan, siendo el remedio también previsto por el Código Civil catalán en el art. 233.20 en virtud del cual “si no existe acuerdo o si este no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure ésta. No obstante, lo establecido por el apartado 2, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado en los siguientes casos: a) si la guarda de los hijos queda (...) distribuida entre los progenitores (...). Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponda la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos”³¹.

³⁰ Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio de 19 de julio de 2013.

³¹ Esta previsión, aunque considerada una “novedad”, es catalogada de “estrecha”, pues la regla presupone la situación de necesidad del cónyuge no custodio y mayor disponibilidad de medios en el guardador, pero no resulta ser aplicable en el supuesto en que, con independencia de la situación económica del cónyuge no custodio, el otro tiene su propia vivienda apta para cubrir las necesidades de alojamiento de los hijos, en cuyo caso, según la doctrina sentada recientemente por el TS, el guardador no tendría derecho a la asignación del uso. Cfr. SANTOS MORÓN, M^a. J.: “La atribución”, cit., p.16.

Al respecto y de forma exhaustiva, la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, del País Vasco, establece en el art. 12.1 que “en defecto de acuerdo o de su aprobación judicial, el Juez atribuirá el uso de la vivienda familiar, y de los enseres y el ajuar existente en ella, en atención a lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos e hijas, a criterios de necesidad de los miembros de la pareja y a la titularidad de la vivienda”. En el apartado 2 reconoce que “el Juez otorgará el uso de la vivienda familiar preferentemente al progenitor a quien corresponda la guarda y custodia de los hijos e hijas comunes si es lo más conveniente para el interés de estos”. Continúa en el apartado 3 diciendo que “el Juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel miembro de la pareja que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos e hijas, objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro progenitor tuviera medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los y las menores y fuera compatible con el interés superior de estos”. Para concluir en el apartado 6 precisando que “el Juez podrá sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otra vivienda propiedad de uno o ambos miembros de la pareja si es idónea para satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos e hijas menores y, en su caso, del progenitor más necesitado”. Se trata, como ha sido apuntado³², de una lectura en “clave de alimentos del derecho de uso”.

Por su parte, el art. 81.2 Decreto-Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que aprueba el Código de Derecho Foral de Aragón, establece que “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”.

En relación a la situación que nos ocupa, tal es, la existencia de hijos de relaciones diferentes, comunes y no comunes, y los problemas que la atribución de la vivienda familiar plantea, no cabe apreciar avance al respecto en el texto del Anteproyecto pues éste no establece diferenciación entre los hijos, pero sí atiende a los criterios que debe tener presentes el Juez para decidir lo que proceda. En cualquier caso, el otorgamiento de mayores facultades al Juez para decidir, atendiendo a las circunstancias concurrentes qué es lo mejor, permitiría proceder a la atribución de la vivienda conforme no solo al criterio del interés del menor, sino de todos los concurrentes en el caso que repercuten en el del menor, y se debe traducir en procurarle una vivienda adecuada y digna, con independencia de si la misma ha constituido o no el domicilio familiar.

La posibilidad prevista en el texto de, a criterio del Juez, otorgarle la vivienda al progenitor no custodio, aunque existan menores, supone un avance importante respecto de la regulación actual y la primera redacción del Anteproyecto. Lo que ocurre es que esta posibilidad se encuentra sometida a dos criterios, pues como establece el texto “el Juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel progenitor que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos, objetivamente tuviere mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro progenitor a quien correspondiere la guarda y custodia tuviere medios suficientes para cubrir la

³² DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La atribución”, cit., p. 25

necesidad de vivienda de los hijos y fuere compatible con el interés superior de éstos”. Luego, cuando el progenitor no custodio se encuentre en mayores dificultades y el custodio disponga de medios suficientes para cubrir las necesidades de vivienda de los menores, es cuando el Juez puede proceder a la atribución de la vivienda al progenitor no custodio.

Ante la situación actual y, por lo tanto, de aplicación del régimen previsto en el art. 96.1 C.c., con los problemas que conlleva en la práctica, no tiene sentido que se proceda solamente a nivel jurisprudencial a la aplicación de los criterios de un Anteproyecto de Ley que desde el año 2013 espera ver la luz, aunque no esté desprovisto de sombras, y no se adopten medidas para que exista una legislación definitiva capaz de otorgar respuesta a la realidad social imperante. Una vez más la legislación existente en esta materia en las Comunidades Autónomas se acerca más a la realidad social y a los problemas y conflictos que las distintas formas de familia plantean a efectos de la atribución del uso de la llamada “vivienda familiar”.

X. RECAPITULACIÓN A EFECTOS DE CONCLUSIÓN

Los casos objeto de análisis constituyen una manifestación más en torno a que, aun siendo el interés más necesitado de protección el de los hijos, cabe la posibilidad de tener en cuenta las circunstancias que concurren en el supuesto concreto para decidir a quién atribuir el derecho de uso de la vivienda familiar, que no siempre resultan ser los hijos y el progenitor custodio en cuya compañía queden los beneficiados por la misma. Esto apunta también a que no siempre el Tribunal Supremo mantiene una postura tan rigurosa en torno a la aplicación del art. 96 C.c. Sin embargo, y a la luz de lo establecido en el Anteproyecto de Ley, muchas veces olvidado y sin destino, pero de momento único texto en el que poder analizar las posibilidades de reforma, cabe considerar que quizás sería aconsejable la adopción de una fórmula más abierta en cuanto al régimen de atribución del uso de la vivienda familiar cuando estamos ante supuestos de guarda y custodia exclusiva con atribución del régimen de visitas respecto del progenitor no custodio y no existe acuerdo, siendo el Juez el que debe decidir el destino, al cual se le debería reconocer un mayor margen de apreciación, lo que le permitiría proceder a la valoración de todas las circunstancias que convergen en el caso.

Este planteamiento del mayor margen de apreciación y valoración por parte del Juez, teniendo presentes los intereses de las partes en conflicto y circunstancias concurrentes, se pone de manifiesto en los asuntos resueltos por el TS en ambas sentencias, lo que no debe interpretarse en términos de abandono de la demandada reforma que exige el art. 96 C.c. y que la prevista en el Anteproyecto de Ley, aunque supone un avance, no cubre en su totalidad

En cualquier caso, si la atribución de la vivienda familiar al progenitor en cuya compañía queden los menores, como interés superior siempre protegible, solamente procede cuando no existe acuerdo entre los progenitores, pues de existir éste, el interés del menor por permanecer en el que fuera su domicilio familiar parece no

demandar tal protección, no tiene sentido seguir manteniendo que como regla general ante la ausencia de acuerdo la vivienda deba ser para el progenitor custodio, no siendo necesario atender a otras circunstancias que puedan concurrir³³.

Esta realidad es tenida en cuenta por el TS en el que cabe apreciar una evolución hacia las nuevas realidades, aunque éstas no sean objeto del amparo legal suficiente. El criterio de la “vivienda necesaria, adecuada y digna” es el que se debe tener presente a efectos de la atribución de la vivienda familiar, debiendo el Juez actuar con un amplio margen de apreciación, lo que supondría la superación de la fórmula matemática y tradicional de hijos más guarda y custodia igual a domicilio familiar, sin atender a los verdaderos intereses en conflicto, ni a las realidades que confluyen en el supuesto³⁴. En las sentencias analizadas se pone de manifiesto el paso dado por el TS, el cual garantiza en ambos casos el derecho de todos los menores en conflicto a una vivienda adecuada y digna³⁵, teniendo también en cuenta los intereses de los progenitores concurrentes para asegurar y proteger el cumplimiento de sus deberes respecto de los menores en igualdad de condiciones y sin detrimento y perjuicio alguno³⁶.

BIBLIOGRAFÍA

ALGABA ROS, S.: La atribución del uso de la vivienda familiar y los hijos. Déficit y retos en la interpretación del art. 96 del C.c., *Estudios en Homenaje al Profesor José M^a Miquel González*, Díez-Picazo (Coord.), Vol. I, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra 2014.

³³ Como considera ALGABA ROS, S.: “La atribución”, cit., p. 224, aunque es comúnmente admitido que el interés del menor ha de ser preponderante en caso de conflicto, esa prevalencia debe tener límites, no pudiendo ser objeto de una protección desmedida que lleva a uno de los progenitores a vivir en una vivienda inadecuada e indigna.

³⁴ Como ha sido puesto de manifiesto en los IV Encuentros institucionales de Jueces Y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales de 2009 “hasta que se produzca la reforma legal del artículo 96 del Código Civil, se acuerda que el mismo sea interpretado de forma que la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos. En todo caso, la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar, en los supuestos en que proceda, se hará siempre con carácter temporal”.

³⁵ Sobre el derecho de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades, vid. ampliamente, SANTOS MORÓN, M^a. J.: “La atribución”, cit., p. 32. Por su parte, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Los efectos derivados de las crisis conyugales: un estudio de la jurisprudencia española sobre la materia”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, 2014, p. 165, en relación al art. 96.1 C.c. ha reconocido que la aplicación del citado precepto no puede prescindir del examen de las circunstancias del caso concreto y la norma no puede ser interpretada con tal rigor, que llegue a sacrificar, de manera desmesurada, el interés del progenitor no custodio a la posibilidad de tener una residencia propia.

³⁶ La delimitación del “interés del menor que se halla integrado dentro de un grupo (familiar), el interés familiar no es supraindividual, contrapuesto al de cada uno de sus componentes, sino la suma de los intereses de los individuos que forman el grupo: hay tantos intereses individuales como personas, y cada uno debe ser valorado, aislado o en conflicto con otros”. Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*. Dykinson, Madrid 2007, p. 151.

CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 2, abril-junio 2014.

GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, Reus, Madrid 2013.

LUQUE JIMÉNEZ, M^a. C.: *La atribución del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid 2012.

PINTO ANDRADE, C.: *La atribución del uso de la vivienda familiar*, Bosch, Barcelona 2011.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid 2007.

ROCA TRÍAS, E.: “Comentario al artículo 96 C.c.”, *Código Civil Comentado*, Cañizares Laso, A./De Pablo Contreras, P./Orduña Moreno, J./Valpuesta Fernández, R. (Dirs.), Vol. I, Civitas, Navarra 2011.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: *El sistema de protección a la infancia y la adolescencia (Análisis crítico desde la perspectiva de su eficacia para evitar la exclusión social)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017.

SANTOS MORÓN, M^a. 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. 1, núm. 3, julio-septiembre 2014.

TAMAYO CARMONA, J.A.: ¿Patrimonialización del Derecho de uso de la vivienda familiar?, *Revista de Derecho Civil Valenciano*, núm. 10, 2011.

-“El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, enero 2015.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en la reciente jurisprudencia”, *Familia y sucesiones: Cuaderno Jurídico*, núm. 99, 2012.

-“Los efectos derivados de las crisis conyugales: un estudio de la jurisprudencia española sobre la materia”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, 2014.

-“La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el Derecho español: la superación del derecho positivo por la práctica jurisprudencial”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, noviembre 2015.

VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La “necesidad de vivienda””, *InDret*, enero 2016.

ZUMAQUERO GIL, L.: “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 41, 2016.

