

# ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASO DE CUSTODIA COMPARTIDA CUANDO AQUELLA ERA PROPIEDAD PRIVATIVA DE UNO DE LOS CÓNYUGES

Comentario a la STS de 14 de junio de 2017<sup>1</sup>

**Carlos Beltrá Cabello**

*Letrado de la Administración de Justicia*

---

## EXTRACTO

La custodia compartida, teniendo en cuenta la redacción dada en el artículo 92 del CC, no permite concluir que se trate de una medida excepcional sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable. En el caso de custodia compartida la norma que debe aplicarse análogicamente es la del párrafo segundo del artículo 96, que regula el supuesto en que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver «lo procedente». Es decir, en el CC no existe una regulación específica sobre el uso de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida y la doctrina jurisprudencial; ante este vacío normativo, considera que debe aplicarse el artículo 96.2.º, que obliga a una ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, y debiendo ser tenido en cuenta el factor del 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. Ahora bien, existe un interés sin duda más prevalente, que es el de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades. En este caso, la sentencia recurrida infringe la jurisprudencia, al haber atribuido indefinidamente la que fue vivienda familiar, propiedad del esposo, a la esposa e hijos dado que, al alternarse la custodia entre padre y madre, la vivienda familiar no puede quedar adscrita a uno de ellos con exclusividad. La sala pondera el interés más necesitado de protección y fija el periodo de dos años, computados desde la propia sentencia, con el fin de facilitar a la madre y a las menores (interés más necesitado de protección) la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará para el uso exclusivo de su titular.

**Palabras clave:** derecho de familia; custodia compartida; atribución del domicilio familiar.

---

*Fecha de entrada: 15-10-2017 / Fecha de aceptación: 27-10-2017*

---

<sup>1</sup> Véase el texto de esta sentencia en [www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com) (selección de jurisprudencia de Derecho Civil del 1 al 15 de octubre de 2017).

El asunto que se somete a la decisión de la sala es el de la atribución de la vivienda familiar a la madre, sin limitación temporal, siendo privativa del recurrente y habiéndose acordado la guarda y custodia compartida de los hijos.

Establece el artículo 96 del CC que «en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente».

En la sentencia comentada por la recurrente en casación se plantea la cuestión de la atribución de la que era vivienda familiar, vivienda privativa del esposo, ahora recurrente, por tiempo indefinido a la madre para que habite en ella con los hijos cuando le corresponda su custodia y sin ellos cuando no le corresponda.

En primer lugar hemos de centrar la cuestión desde diferentes puntos de vista. La custodia compartida, teniendo en cuenta la redacción dada en el artículo 92 del CC, no permite concluir que se trate de una medida excepcional sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situación de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea. La guarda y custodia compartida busca que el hijo conserve su relación con ambos progenitores en la mayor extensión posible y procura que la ruptura de aquellos incida lo menos posible en el quehacer cotidiano del menor. Con este régimen de custodia se pretende aproximar al menor al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos.

En cuanto al uso de la vivienda familiar, en el supuesto de custodia exclusiva, en defecto de acuerdo entre las partes se dispone en el artículo 96 del CC que el uso del domicilio familiar se atribuya a los hijos menores y al progenitor en cuya compañía quedan. Pero este criterio no es aplicable en el caso de custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos, por lo que teniendo en cuenta las diversas variantes de custodia compartida que pueden articularse, los pronunciamientos sobre la atribución del uso del domicilio familiar pueden revestir diversas posibilidades:

- Que los menores permanezcan de manera permanente en la vivienda y que los padres compartan el uso durante los periodos que tienen atribuida la custodia. Se trata de una medida que no se estima aconsejable que perdure en el tiempo, en particular si se ha establecido la custodia compartida por periodos cortos de tiempo, por los problemas, conflictos e inconvenientes que plantea en la práctica y por ser inviable ante la creación de nuevas familias.
- Que sean los hijos los que cambien de domicilio. En estos casos la atribución del uso del domicilio se efectuará atendiendo al interés del progenitor más necesitado de protección, entendiendo aconsejable introducir limitaciones temporales en su atribución; si no hubiere un interés prioritario de protección se podría establecer un uso rotatorio por periodos temporales de un año.
- No efectuar pronunciamiento alguno en relación con el uso cuando no existe un interés susceptible de prioritaria protección, con lo que se propicia la división de la comunidad o la liquidación de la sociedad de gananciales.

En el caso de custodia compartida la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo del artículo 96, que regula el supuesto en que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver «lo procedente». 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 progenitores, en segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges o convivientes, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos supuestos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que establece el párrafo tercero del mencionado artículo 96 del CC para los matrimonios sin hijos. Teniendo en cuenta tales factores, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que los menores ya no residirán habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitarán en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con ella conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el artículo 96.2 del CC, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un tiempo determinado, con el fin de facilitar a ella y a la menor, interés más necesitado de protección, la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.

En definitiva, cuando nos referimos a la atribución del domicilio familiar en los supuestos de custodia compartida, lo primero a considerar es el interés del menor.

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, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstan-

cias 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 estatus si no similar, sí 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».

No obstante, como se ha expuesto anteriormente, la permanencia de los hijos en el domicilio familiar en los supuestos de custodia compartida por periodos cortos de tiempo, pongamos que semanal, puede ser necesariamente fuente de conflicto entre los progenitores, por lo que suele acordarse que sean los hijos los que se alternen en las viviendas de sus progenitores y se proceda a valorar si existe un interés susceptible de prioritaria protección entre aquellos que aconseje atribuirle a uno el uso del domicilio familiar. Se considera que lo conveniente con carácter general en estos supuestos es procurar la venta del domicilio familiar con independencia de que en algunos casos, y precisamente atendiendo al progenitor más necesitado de protección, proceda atribuir al mismo temporalmente el uso de la referida vivienda.

### **Atribución del uso de la vivienda familiar cuando a cada progenitor se le atribuye la custodia de unos hijos**

Al igual que sucede con los supuestos de custodia compartida, el legislador no ha establecido parámetros que permitan de manera objetiva atribuir el uso de la vivienda a uno u otro progenitor, por lo que queda al criterio del tribunal resolver sobre dicha atribución por expresa previsión legal: «Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el juez resolverá lo procedente».

Ante el posible conflicto de intereses será preciso analizar todas las circunstancias concurrentes en cada uno de los grupos familiares a efectos de determinar cuál es el interés de prioritaria protección; la jurisprudencia ha señalado, entre otras, las siguientes: número de hijos que integran cada grupo familiar, edades y estado de salud de los mismos, recursos económicos de los progenitores, posibilidades de cada grupo de acceder o no a una vivienda, etc.

Cuando no quede acreditado un interés de especial protección, es posible no efectuar atribución del uso a ninguno de ellos o atribuirle de forma temporal y alternativa a cada grupo familiar con arreglo a los parámetros fijados en dicha forma de atribución.