

## ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASO DE CUSTODIA COMPARTIDA

(Comentario a la STS de 21 de julio de 2016)<sup>1</sup>

**Carlos Beltrá Cabello**

*Subdirector General de Gestión de Personal y Relaciones con la  
Administración de Justicia de la Comunidad de Madrid  
Letrado de la Administración de Justicia*

---

### EXTRACTO

La guarda y custodia compartida 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. Para la atribución de la vivienda familiar debe 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. Es posible la limitación temporal del uso similar a la que se establece en la ley para los matrimonios sin hijos.

**Palabras claves:** derecho de familia, guarda y custodia compartida, atribución de la vivienda familiar e interés del menor.

---

*Fecha de entrada: 14-09-2016 / Fecha de aceptación: 24-09-2016*

---

<sup>1</sup> Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de septiembre de 2016).

Antes de entrar en el objeto concreto de la sentencia analizada, procede hacer una reflexión sobre las cuestiones generales de la custodia compartida. La jurisprudencia viene reiterando la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida ya que con la misma:

- Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
- Se evita el sentimiento de pérdida.
- No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- Se estimula la cooperación de los padres en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

La cuestión a dilucidar en cada caso concreto será si ha primado el interés del menor al decidir sobre su guarda y custodia. Este interés, que ni el artículo 92 del CC ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, desarrollada en la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel.

La interpretación de los artículos 92.5, 6 y 7 del CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar. Esta se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

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

Lo que se pretende es aproximar este régimen 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 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.

La estabilidad que tiene el menor en situación de custodia exclusiva de la madre, con un amplio régimen de visitas del padre, no es justificación para no acordar el régimen de custodia compartida.

En los casos en que se discute la guarda y custodia compartida es reiterada que en casación solo puede examinarse si el juez *a quo* ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda. La razón se encuentra en que «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este». El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia.

La sala admite que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre que el interés de estos la requieran.

Esta sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa «la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad». Pero ello no impide a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen *per se* este régimen de guarda y custodia, salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos.

El presente comentario es relativo a lo fijado en la sentencia en razón a determinar una temporalidad en el uso de la vivienda privativa atribuido a la esposa, como interés más necesitado de protección, en un supuesto en que se ha acordado la guarda y custodia compartida.

El artículo 96 del CC establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse análogicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver «lo procedente». 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. 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, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del CC.

Ello obliga a una labor de 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 progenitores. Ahora bien, existe un interés sin duda más prevalente que es el de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades, que, conforme a la regla dispuesta en el artículo 96 del CC, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Teniendo en cuenta tales factores o elementos a ponderar al acordar la custodia compartida, está estableciendo que los menores no residirán habitualmente en el domicilio de la madre, sino que, con la periodicidad establecida, 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 los menores y al padre o madre que con el que convivan, pues ya la residencia no es única. Así, 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 dos años, con el fin de facilitarla a ella y a los menores (interés más necesitado de protección) la transición a una nueva residencia.