



RUPTURA Y GUARDA

Por Francisco Javier Pérez-Olleros Sánchez-Bordona



Enero 2015

Sobre la posibilidad de un régimen en igualdad en la distribución del tiempo con los hijos tras la ruptura de la pareja o matrimonio, y su incidencia en la adjudicación del uso de la vivienda de la unidad familiar, y la necesidad urgente de una completa y nueva regulación del Código Civil en esta materia, trata este artículo.

Cuando la pareja o el matrimonio se separa o disuelve y tienen hijos, si los padres no consiguen alcanzar el deseable acuerdo sobre cómo distribuirse las obligaciones y derechos ordinarios respecto de los hijos comunes, la solución se encuentra recogida en el artículo 92 del Código Civil español, o en la legislación de las distintas Comunidades Autónomas con derecho civil propio, como son el caso de Aragón, Cataluña, Navarra o la Comunidad Valenciana.

Los hijos menores comunes no siempre reaccionan de igual manera ante la ruptura en la relación de sus padres. Generalmente lo que quieren es mantener una relación normal y pacífica con ambos progenitores, sentirse queridos por ambos, y que no les

hagan partícipes de su conflicto, y a ser posible, tener una rutina lo más parecida posible a la que tenían cuando sus padres vivían juntos con ellos.

Sin embargo, esto no suele ser posible porque sigue siendo mayoritario el sistema de custodia individual en las decisiones de nuestros Tribunales, en las que se atribuye la guarda y custodia a uno solo de los progenitores con un régimen de visitas, tenencia y comunicación más o menos amplio al progenitor no custodio.

Según el Consejo General del Poder Judicial en el año 2012 la custodia se venía otorgando en un 84% de los casos a las madres, y sólo en un 9% de los procedimientos era compartida. Y en un 7% la guarda se atribuía a los padres y a otros parientes (por ejemplo abuelos), o a la entidad pública de protección del menor.

Ante esta situación, y la doctrina del Tribunal Supremo de que el interés de los hijos determinaba que el régimen normal fuera el de guarda compartida de ambos progenitores, el 19 de julio de 2013, el Gobierno de España aprobó el **Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en casos de nulidad, separación y divorcio**.

Pero pese al tiempo transcurrido, el Anteproyecto todavía no ha visto la luz como Proyecto, y pudiera ser que en esta legislatura, tras las vicisitudes acaecidas en el Ministerio de Justicia, no se consiga la inexcusable reforma.



I.- GUARDA Y CUSTODIA E INTERES DEL MENOR

Señala el **artículo 159 del Código Civil** que *“si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oírà, antes de tomar esta medida, a los hijos*

que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”.

Como indica la **Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre 2012**, la guarda y custodia de los menores deriva de la patria potestad, siendo la guarda la potestad que atribuye el derecho a convivir con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente, bien de forma alterna o sucesiva en los periodos prefijados convencional o judicialmente, y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia.

Si la patria potestad es conjunta, la ley opta por una guarda y custodia equitativa entre los progenitores que se separan con relación a sus hijos.

Cuando el reparto del ejercicio ordinario de la patria potestad de los hijos es en igualdad estamos ante la llamada guarda y custodia compartida, en contraposición con el modelo de custodia individual o monoparental, que atribuye la guarda ordinaria de los hijos a uno de los progenitores, con un régimen de visitas, tenencia y comunicación más o menos amplio para el progenitor no custodio.

Diversas Sentencias el Tribunal Supremo expresan que la redacción del artículo 92 del Código Civil no permite concluir que la guarda y custodia compartida se trate de una medida excepcional, sino que debe considerarse la medida más normal, porque permite que sea efectivo el derecho de los hijos a relacionarse establemente con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis (**Sentencia del T.S. 496/2011, de 7 de julio, Sentencia 257/2013, de 29 de Abril, y de 22 de Octubre de 2014**).

Incluso la guarda y custodia compartida o el régimen de visitas extenso en favor del progenitor no custodio no tiene por qué variarse en caso de incumplimiento de otros deberes del progenitor, si por variar el régimen de guarda se está perjudicando aún más al hijo menor.

Así, en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2013**, interpretando el **artículo 776.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil** que

permite modificar el régimen de guarda y custodia “por incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas”, llega a la conclusión de que dicho precepto debe estar siempre subordinado al superior interés del menor, y en aplicación de este criterio, valora la Sala que los acreditados incumplimientos del ex cónyuge custodio no justifican un cambio de guarda y del régimen de visitas cuando las circunstancias del caso determinan que dicho cambio no resulta beneficioso para el menor.

En la **Sentencia de 6 de noviembre de 2014** el Tribunal Supremo establece que la revisión de la modalidad de guarda establecida en la sentencia del Juez de primera instancia sólo procede si ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor.

Por tanto, para el Tribunal Supremo en principio el régimen de guarda y custodia mejor es el de guarda compartida para los hijos menores respecto de los progenitores que se separan, si bien la modalidad del régimen de guarda deberá establecerse en atención al superior interés del hijo menor común, y este interés no viene definido en la legislación, puesto que es un concepto jurídico indeterminado que tiene que ser concretado en cada situación específica.

Un criterio para determinarlo serán las preferencias manifestadas por los hijos menores a los que afectará la medida cuando tengan suficiente juicio, pues el derecho a ser oídos se les reconoce en el artículo 92 del Código Civil, y en todo caso a los que fueran mayores de 12 años. El artículo 92.5 del Código Civil también señala que debe procurarse no separar a los hermanos.

Los criterios utilizados por la Jurisprudencia para determinar el interés de los hijos menores en caso de discrepancia de los progenitores, son: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los hijos, el cumplimiento por parte de los padres de sus deberes con los hijos, el respeto en relación al otro progenitor y otros familiares, los acuerdos adoptados por los progenitores, la actitud y posibilidades de dedicación de los padres respecto de los hijos, la ubicación de sus respectivos domicilios, actividades y horarios de unos y otros, y el resultado de los informes o dictámenes de especialistas y del Ministerio Fiscal.

El informe de los equipos psicosociales que prestan sus servicios periciales en los equipos de familia va a ser determinante en la mayoría de los casos.

También los Tribunales siguen valorando a la hora de tomar la decisión el apego en la edad temprana de los menores a la madre, sobre todo si es lactante.

Sea cual fuere el régimen de guarda convenido o establecido por sentencia, éste es siempre revisable.

En la **Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Noviembre de 2014**, se resuelve que la distribución de la tenencia de los hijos en situaciones de crisis familiar debe *"asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor"* y, en definitiva, aproximarlos 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, y que aunque ambas partes tras su ruptura hubieran convenido una guarda y custodia a favor de la madre con un régimen de visitas a favor del padre, y esta distribución haya funcionado correctamente, puede ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación por las que se acordó la atribución de la guarda a la madre, y las nuevas circunstancias que permiten la guarda y custodia compartida.



II.- GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Lo normal para que se acuerde una guarda y custodia compartida es que la pidan los dos progenitores, pues si la pide sólo uno de ellos, del artículo 92.8 del Código Civil se infiere que sólo cabe que el Juez la acuerde si no cabe proteger de otra forma suficientemente el interés superior del menor.

En la **Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Abril de 2013** recuerda que el **artículo 92 Código Civil** establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es

la contenida en el **párrafo 5**, que la atribuye cuando se dé la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el **párrafo 8** de esta misma norma, que permite "*excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco*", acordar este tipo de guarda "*a instancia de una de las partes*", con los demás requisitos exigidos.

En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse.

Sobre la interpretación de la expresión "excepcionalmente", la **Sentencia del Tribunal Supremo 579/2011, de 27 julio** establece que el texto actualmente vigente del artículo 92.8 CC, redactado por ley 15/2005, admite la posibilidad de que el juez establezca como forma de protección de los menores, la guarda y custodia compartida, aun cuando no haya sido pedida por ambos progenitores. El citado párrafo 8 establece: "*Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del ministerio fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor*".

La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse en relación con el párrafo cinco del propio artículo, que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el Art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla "*fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor*". De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la "excepcionalidad", a que se refiere el Art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que **viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla.**

Las situaciones que prevé el art. 92 Código Civil –CC- son:

1.º Acuerdo de los padres: art. 92.5 CC, aunque en este caso la guarda y custodia compartida tampoco es automática, puesto que el Juez debe actuar conforme se establece en el Art. 92.6 CC.

2.º Falta de acuerdo de los padres en la guarda compartida: se puede reconocer este tipo de guarda siempre que con esta atribución se proteja el interés del menor, según el art. 92.8 CC, y ello con las garantías que se establecen en el propio Art. 92 CC para proteger dicho interés.

Lo que ya no es necesario para la adopción del régimen de guarda y custodia compartida es el informe favorable del Fiscal, pues la **Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2002, de 17 de octubre**, declaró inconstitucional y nulo el inciso “favorable” contenido en el apartado 8.º del artículo 92, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio.

Finalmente, recordar que la **Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Abril de 2013**, anteriormente citada, de la que fue ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana, declaró en su fallo, como doctrina jurisprudencial, que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que 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. Señalando que 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.



III.- IMPORTANCIA DE LA AUDIENCIA AL MENOR AFECTADO

Que el menor afectado por el régimen de guardia sea oído, cuando tiene capacidad de expresar sus opiniones, es un derecho, no una obligación, y por este motivo no debe recibírsele a estos efectos declaración como testigo, aunque sea compatible que ha otros efectos sea explorado como tal. Si no se les escucha, puede entenderse vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, que les otorga el artículo 24.1 de la CE, y por ende puede dar lugar a la anulación de la Sentencia, y a la retroacción de las actuaciones al momento anterior para que, antes de resolver sobre la guarda y custodia de los menores, se oiga a los mismos de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad (**STC 125/2005**, entre otras).

El Juez debe supervisar la observancia de este derecho, debiendo en todos los procedimientos contenciosos recabar la opinión del menor cuando tenga suficiente madurez, explorándolo directamente, o con la coparticipación de un profesional, preservando su intimidad aunque el resultado de la exploración no sea confidencial, de ahí que la exploración se realice normalmente por el propio Juez, y a presencia también del Ministerio Fiscal, pero no de las partes.

Puede también ser más conveniente recabar su opinión a través de una persona que designe para que le represente, o a través de sus representantes sin intereses contrapuestos, o de personas que, por su profesión o relación especial de confianza con él, pueden transmitir objetivamente su opinión, como una educadora o maestro, el equipo psicosocial o de expertos, y así no ser necesario convocarle a la exploración judicial (artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección Jurídica del Menor, y artículo 92.9 del Código Civil).

En los procedimientos de mutuo acuerdo el artículo 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción dada por la Ley 15/2005, señala que si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando sólo si lo estima

necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor.

En cualquier caso el Juez no debe determinar su decisión en la opinión del menor, sino en lo más conveniente para él, sin perjuicio que en la globalidad de lo actuado sopesa como quiere el menor relacionarse con sus padres o con quien quiere vivir.



IV.- GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA Y VIOLENCIA DE GÉNERO

La Sala Primera del Tribunal Supremo reitera en varias de sus Sentencias (Ver SSTs, entre otras, de 10 octubre 2010, 11 febrero 2011) que lo que importa es garantizar o proteger el interés del menor, y esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. De ahí, que todos los requerimientos establecidos en el artículo 92 Código Civil han de ser interpretados con esta única finalidad. Y el régimen de guarda puede ser revisado cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior.

Por tanto, las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, al interés del menor (**Sentencia de 22 de julio de 2011 del Tribunal Supremo, dictada en el RC núm. 813/2009**).

Lo que ha de primar es que el sistema de guarda, en el caso concreto, se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido en el artículo 92 como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, **no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda** (SSTs de 11 de marzo de 2010 ; de 7 de julio de 2011 ; de 21 de febrero de 2011 , de 10 de enero de 2012 ; de 29 de abril de 2013, entre otras).

Sin embargo, el legislador estatal ha excluido el régimen de guarda y custodia compartida **cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge, o de los hijos que convivan con ambos, o existan indicios fundados de violencia doméstica (artículo 92.7 del Código Civil).**

El defecto de esta previsión legislativa, introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modificó el Código Civil, es que no diferencia en la gravedad del objeto del proceso penal, ni contempla la incidencia del hecho en los hijos.

Por ejemplo, una vejación o una amenaza leve emitida por un progenitor al otro por correo electrónico o telefónicamente en un momento de enfado, no tiene por qué afectar al hijo menor común, y por ello no siempre tiene que ser considerado víctima directa o indirecta de tal hecho. Sin embargo, por un supuesto interés del menor, con carácter general, se priva al hijo menor a que se establezca un régimen de guarda o de relación con sus progenitores en igualdad, sin tener en cuenta el caso concreto. Debería haberse dejado al arbitrio judicial, pues esta previsión también puede dar lugar a denuncias instrumentales penales en la lucha por la adjudicación del uso de la vivienda con salida del otro progenitor de la misma.

En este sentido de valorar la incidencia de la condena en los hijos comunes, la **Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 12.ª, en su Sentencia de 25 de julio de 2014**, en el recurso de apelación 31/2014, mantuvo el modelo de custodia compartida pese a que el demandado fue condenado como autor de un delito continuado de amenazas leves a la demandante en el momento de resolver la apelación.

Interpretó la previsión similar del **artículo 233-11.3 del Código Civil de Cataluña** como una presunción *iuris tantum* que debe ser desvirtuada en el caso en concreto, para permitir la atribución de la guarda compartida y, con mayor motivo, la exclusiva al padre.

Es decir, conforme esta resolución de la Sección 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona, cabe establecer una guarda conjunta, incluso atribuirla en exclusiva al padre, pese a que a éste se le hubiera

condenado por delito de violencia de género, si se constata que los hijos no son víctimas directas o indirectas de la violencia.

Hay que tener en cuenta que es doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que la guarda y custodia compartida no es adecuada en supuestos de grave conflictividad entre los progenitores, (SSTSJC 29/2008, de 31 de julio, 24/2009 de 16 de junio, de 27/2011 de 25 de junio), sin que ello signifique, sin embargo, que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no deba procurarse su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas, teniendo en cuenta la edad de los hijos, el horario laboral o profesional de los progenitores, la proximidad del lugar de residencia de ambos progenitores, la disponibilidad por éstos de una residencia adecuada para tener consigo a los hijos, el tiempo libre o de vacaciones, la opinión de los menores al respecto, u otras circunstancias similares, teniendo siempre en cuenta el preferente interés de los menores

En cualquier caso, una posterior Sentencia de 30 de octubre de 2014 del Tribunal Supremo también determinó como premisa para una guarda y custodia compartida el 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 afectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

En España no es común que se den las condiciones anteriores en una separación o divorcio, al menos en los primeros momentos de la crisis de la pareja con hijos comunes. Aunque lo deseable es que se mantenga esa relación de respeto entre los progenitores en beneficio de sus hijos comunes, en lo que influye mucho la educación, los valores, y los apoyos con que cuente la pareja. En este terreno hay mucho por hacer, y es importante como instrumento de mantenimiento de la cordura y equilibrio entre los progenitores la mediación y la conciliación, y una actuación de los Letrados que asesoren a las partes proclive a dicha mediación.



V.- REGIMEN DE GUARDA Y ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Todo práctico del derecho de familia tiene en cuenta que el régimen de distribución de la tenencia de los hijos comunes que se establezca tras la ruptura de la pareja condiciona normalmente la atribución del uso de la vivienda familiar, lo que dificulta en una economía actual el que pueda establecerse un régimen de guarda compartida, y distorsiona el entendimiento en los progenitores de cuál fuere el interés prevalente para sus hijos.

El **artículo 96 del Código Civil** se limita a resolver a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar, estableciendo la preferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuya la guarda y custodia, o a aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección, sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho. Se trata de una situación en la que uno de los cohabitantes en el mismo domicilio es preferido al otro por razones que el ordenamiento jurídico considera protegibles, y ello con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, propiedad exclusiva de uno de ellos o copropiedad de ambos progenitores.

Y en el supuesto de que el progenitor titular del derecho de propiedad de la vivienda queda excluido de su uso por la resolución judicial de familia, y la vende o cede a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento, el Tribunal Supremo ha venido sosteniendo que el derecho de uso del cónyuge no titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división ejercitada por el cualquiera de los copropietarios (ver SSTs de 27 diciembre 1999, 4 diciembre 2000, 28 marzo 2003 y 8 mayo 2006, entre otras).

Las SSTs de 29 de marzo, 1 y 14 de abril, 21 de junio, 30 de septiembre y 10 de octubre de 2011, reiteran la presunción *iuris tantum* de que el interés de los menores se satisface mediante la atribución de la vivienda que fue familiar, presunción que puede quebrar en determinados supuestos pero quedando siempre salvaguardado y satisfecho el interés del menor, que será siempre el interés superior. Este derecho de uso no

se extinguirá mientras continúen en la situación de minoría de edad, a pesar de pactarse o acordarse la liquidación de la Sociedad de Gananciales, salvo pacto en contrario.

Es decir, por razones de protección de la familia y la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges, cuando se produce la venta o cesión de la vivienda que fue familiar a un tercero por parte del cónyuge propietario o copropietario, el derecho de uso del cónyuge custodio reconocido en la sentencia es oponible a terceros, por lo que se debe mantener a los hijos y al cónyuge en la posesión acordada bien en el convenio regulador, o bien en la sentencia.

Téngase en cuenta que el artículo 1.320, párrafo primero, del Código Civil en su redacción de 1981, señala que *“para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial”*.

Teniendo en cuenta el **artículo 96 del Código civil**, en defecto de acuerdo, los Tribunales resuelven normalmente que el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Recordar que reputada doctrina y la Dirección General del Registro y del Notariado entienden que en estos casos en los que el derecho al uso de la vivienda familiar se atribuye en atención a los hijos, que representan simplemente el interés más digno de protección, éstos son beneficiarios, pero la titularidad de la vivienda corresponde al progenitor custodio (DGRN, 18.11.2009-RJ/2010/1667, entre otras).

Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se homologue un convenio contrario al interés superior de los hijos comunes menores, pues este precepto recoge taxativamente cual es el interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (artículo 142 del Código Civil).

La atribución automática del uso por el hecho de ser el progenitor custodio determina muchas veces que el progenitor no custodio deba hacerse cargo no sólo del pago de la pensión de alimentos, sino también

de la amortización de la hipoteca conforme al título constitutivo de la misma, del pago de sus tributos, y del pago de una nueva vivienda para él, bien en régimen de alquiler o compra, lo que determina en muchos casos que le sea imposible hacer frente a las consecuencias económicas de su separación o divorcio.

En caso de que existan hijos comunes menores, esta atribución del uso de la vivienda familiar se efectúa como hemos señalado normalmente en favor de la madre, que suele quedar como progenitor custodio, y esa preferencia salvo razones excepcionales, sociológicamente aceptada, no encaja en una sociedad que pretende no ser patriarcal, al menos en los países de nuestro entorno, y que propugna igualdad entre sexos en el mercado laboral y en el mundo de los negocios.

Por ello cuando la ruptura de la pareja del progenitor no custodio viene acompañada con estar en desempleo o crisis en su negocio, la situación puede llevarle a la exclusión social si en esos momentos no cuenta con apoyos familiares o sociales, con perjuicio también para sus hijos.

La redacción actual del artículo 96 del Código Civil es por tanto demasiado simplista, y puede producir situaciones de abuso y desequilibrio económico, incluso respecto de terceros.

Por ejemplo, piénsese en el caso de viviendas cedidas por los padres del progenitor no custodio, o en caso de que los progenitores compraron la vivienda siendo avalados en el préstamo hipotecario por los padres del progenitor no custodio, y los progenitores no tienen capacidad de seguir amortizando dicha hipoteca.

Puede también ocurrir que el progenitor custodio se encuentra en una situación económicamente mucho mejor que el no custodio.

El Gobierno fue sensible a esta problemática en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en casos de nulidad, separación y divorcio que presentó en el año 2013. Dicho Anteproyecto modificaba el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Registro Civil.

El Anteproyecto no pretende establecer la modalidad de guarda y custodia compartida como régimen de guarda preferente, como prevé el artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón, y el artículo 233-10

del Código Civil de Cataluña, y en la Comunidad Valenciana el artículo 5.2 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, salvo que otro régimen como la custodia individual sea más conveniente para el hijo.

Pero conforme a la reforma establecida en el Anteproyecto sí sería el juez el que determinaría qué forma de guarda y custodia es la más conveniente en cada supuesto, atendiendo al interés superior del menor, aumentando de esta manera el arbitrio judicial de los jueces a la hora de fijar la modalidad de guarda al caso concreto.

Para promover en los padres el pacto, establece que es necesario que en caso de ruptura incorporen al proceso judicial un “plan de ejercicio de la patria potestad”, y la posibilidad, no la obligación, de que los progenitores, de común acuerdo o por decisión del Juez, acudan en cualquier momento a la mediación familiar para resolver las discrepancias derivadas de su ruptura, sin perjuicio de mantener la prohibición de la mediación en los supuestos en los que una de las partes del proceso sea víctima de actos de violencia de género o doméstica.

Entre los preceptos modificados se encontraba el artículo 96 del Código Civil, procurando en la nueva redacción que en la asignación de la vivienda prevalezca el interés superior de cada menor, por encima de cualquier otra consideración, y atender los intereses del cónyuge que más dificultades pueda tener para encontrar una nueva vivienda tras el cese de la convivencia, sólo en la medida en que dichos intereses sean compatibles con el citado interés superior de cada menor. Sobre la base de ese criterio general, el precepto tiene en cuenta si se está ante un supuesto de régimen de convivencia compartida o de atribución de la convivencia individual, y se prevén diversas soluciones dependiendo de si la vivienda familiar es común a ambos progenitores, o un bien privado del progenitor que no resulta adjudicatario del régimen de convivencia.

En todo caso, preveía que la atribución de la vivienda familiar tendría carácter temporal hasta que cesase la obligación de prestar alimentos a los hijos, si se la hubiera atribuido por tener su guarda y custodia, o dos años prorrogables si la atribución fue por razón de necesidad del cónyuge o, en todo caso, hasta que se le dé un destino definitivo.

Se completan las anteriores previsiones del Anteproyecto sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental estableciendo criterios para la distribución de las obligaciones por razón de la vivienda y para la resolución del caso, muy frecuente en la práctica, en que algún familiar próximo haya cedido un inmueble para que vaya a vivir el matrimonio. Si la posesión deriva, en cambio, de un título contractual, la redacción propuesta entendía que es preciso ajustarse a lo establecido por éste, sin perjuicio de la posibilidad de subrogación que prevé la legislación de arrendamientos.

Los legisladores autonómicos en las Comunidades Autónomas con derecho civil propio, regulan de manera más extensa esta importante cuestión.

En Aragón esta materia se regula por lo dispuesto en **el artículo 7 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura** de la convivencia de los padres, que confiere al Juez un amplio poder de decisión, según la modalidad de guarda, y en la atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida, el criterio que en primer lugar establece es que sea el de “la mayor dificultad de acceso a una vivienda de uno de los progenitores”. La redacción del precepto es la que sigue:

1. En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares.

2. Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor.

3. La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia.

4. Cuando el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el Juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares.

5. *El ajuar familiar permanecerá en el domicilio familiar salvo que se solicite en el plan de relaciones familiares la retirada de bienes privativos. En el caso de que ninguno de los padres continúe en el domicilio familiar se decidirá la entrega de los bienes entre los mismos según las relaciones jurídicas que les sean aplicables.*

El Código Civil de Cataluña regula la atribución de la vivienda familiar matrimonial y de la pareja estable, en los **artículos 233-20 a 234-3**:

La regulación es mucho más detallada y acertada que la del vigente artículo 96 del Código Civil, y así el artículo 233-20 establece que: Los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este. También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados.

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 esta.

No obstante, 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 compartida o distribuida entre los progenitores.*
- b) Si los cónyuges no tienen hijos o estos son mayores de edad.*
- c) Si pese a corresponderle el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos es previsible que la necesidad del cónyuge se prolongue después de alcanzar los hijos la mayoría de edad.*

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 corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.

La atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges, por el hecho de ser el más necesitado, debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las

circunstancias que la motivaron. La prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.

La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos.

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.

Conforme al artículo 233-21, la autoridad judicial, a instancia de uno de los cónyuges, puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar en cualquiera de los siguientes casos:

a) Si el cónyuge que sería beneficiario del uso por razón de la guarda de los hijos tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.

b) Si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos y, si procede, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de éstos.

Y si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley. Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias.

El artículo 233-21 del Código Civil de Catalunya permite incluso pactos capitulares en previsión de ruptura matrimonial sobre la atribución o distribución del uso de la vivienda y sobre las modalidades de este uso, siempre que no perjudiquen el interés de los hijos, y tampoco, si no se han incorporado a un convenio regulador, los que comprometan las

posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso.

Conforme al artículo 233-24 el derecho de uso se extingue por las causas pactadas entre los cónyuges y, si se atribuyó por razón de la guarda de los hijos, por la finalización de la guarda.

El derecho de uso, si se atribuyó con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge, se extingue por las siguientes causas:

- a) Por mejora de la situación económica del cónyuge beneficiario del uso o por empeoramiento de la situación económica del otro cónyuge, si eso lo justifica.
- b) Por matrimonio o por convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona.
- c) Por el fallecimiento del cónyuge beneficiario del uso.
- d) Por el vencimiento del plazo por el que se estableció o, en su caso, de su prórroga.

Una vez extinguido el derecho de uso, el cónyuge que es titular de la vivienda puede recuperar su posesión en ejecución de la sentencia que haya acordado el derecho de uso o de la resolución firme sobre la duración o extinción de este derecho, y puede solicitar, si procede, la cancelación registral del derecho de uso.

El artículo 233-25 del Código Civil de Cataluña permite al propietario o titular de derechos reales sobre la vivienda familiar, transmitirlos sin consentimiento del cónyuge que tenga el derecho de uso sobre la dicha vivienda, incluso sin autorización judicial, pero sin que afecte al derecho de uso del cónyuge no titular de dicho derecho real.

Esto permite vender la vivienda privativa del cónyuge que fue atribuida al otro progenitor por ser el interés más digno de protección, pero teniendo en cuenta que ese derecho de uso por el comprador tiene que respetarlo o tenerlo en cuenta pues se mantiene tras la venta.

En cuanto a la **regulación Valenciana, el artículo 6 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven**, establece un mayor arbitrio judicial, y

contempla los problemas económicos globales en la adjudicación de la vivienda, siendo su redacción la siguiente:

1. A falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda. En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta 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 teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores.

2. 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. Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos, éste cesará en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso.

3. En los supuestos de los dos apartados anteriores, la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal 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.

4. *El régimen jurídico establecido en los párrafos anteriores no será de aplicación a las viviendas que se disfruten como segunda o ulteriores residencias.*

5. *El ajuar familiar permanecerá en la vivienda familiar salvo que en el pacto de convivencia familiar o por resolución judicial se determine la retirada de bienes privativos que formen parte de él. En todo caso, el progenitor a quien no se le atribuya la vivienda tendrá derecho a retirar sus efectos personales en el plazo que establezca la autoridad judicial.*

6. *Cuando se haya decidido que ninguno de los progenitores permanezca en la vivienda familiar, se efectuará el reparto de los bienes que compongan el ajuar familiar y de los demás, sean comunes de los progenitores o privativos de uno u otro de ellos, de acuerdo con la legislación que les sea aplicable y previo acuerdo de aquéllos o resolución judicial en otro caso.*

El Tribunal Supremo ha sido también sensible ante el problema económico derivado de la disolución de la pareja y sus nuevas necesidades habitacionales.

El Tribunal Supremo se ha sumado en varias resoluciones a las críticas efectuadas desde distintos sectores al rigorismo de la medida de uso de la vivienda familiar realizada al amparo del artículo 96 del Código Civil, especialmente en unos momentos de crisis económica que ya dura siete años, en que se han puesto en cuestión algunos de los postulados que permitieron su actual redacción y que se han complicado especialmente en los casos de guarda y custodia compartida (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de abril, 2 de junio de 2014 y 28 de noviembre de 2014).

En la **Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Octubre de 2014**, la vivienda quedó sin adscripción expresa, dado que se acordó la guarda y custodia compartida, y por tanto que ambos progenitores quedaran con la custodia de los hijos. No constaba que la madre necesitara una especial protección, por lo que el inmueble quedó sometido al correspondiente proceso de liquidación. Y en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014** se vincula el régimen de custodia compartida con una limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar inicialmente concedido a la exesposa.

Pero en la **Sentencia de 28 de Noviembre de 2014, recurso 1657/2013, el Tribunal Supremo** señala que el interés prevalente del menor no pasa necesariamente por la liberación de la medida de uso. Se trata de un argumento simplemente especulativo que tendrá su razón de ser en algunos casos, no en todos.

Señala en este STS de 28-11-2014 que:

“El interés del menor - STS 17 de junio 2013 - "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 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”.

El art. 96 CC establece - STS 17 de octubre 2013 - que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio.

El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus

*propietarios, por lo que **no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien (STS 14 de abril 2011)**.*

Como reiteran las sentencias de 1 y 14 de abril y 21 de junio de 2011, aunque ésta pudiera llegar ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE).

Efectivamente, esta norma 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 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 ".

Por último, a los efectos de apuntar ideas para facilitar una salida a las familias cuya ruptura agrava su precaria situación económica, existen programas desarrollados por entidades públicas que gestionan la vivienda de alquileres solidarios de vivienda, como por ejemplo, la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid S.A.

Sin embargo, se critican estos programas por falta de control en el mantenimiento de la finalidad del recurso, convirtiéndose en formas de adjudicación de vivienda pública, cuando solamente era una cesión temporal del uso para paliar una situación concreta, con perjuicio de otras familias o personas que también necesitarían esa misma cesión del uso, y no se les puede facilitar por falta de recursos.

Algunas entidades financieras también tienen programas solidarios de alquiler, como es el caso del Programa Alquiler Solidario de la obra social de la Caixa.

De "lege ferenda" habría que contemplar la posibilidad de que la agencia de la comunidad autónoma que gestiona la vivienda pública, también

gestionara un banco de viviendas para el intercambio urgente del uso de las nuevas necesidades habitacionales en casos de disolución de la pareja, de forma tal, que si por ejemplo una pareja con dos hijos se separa, necesitaría dos viviendas o habitaciones adaptadas a la nueva configuración familiar, y a ser posible, por la zona donde están escolarizados los hijos, pudiendo permutarse la vivienda en propiedad de esta unidad familiar por el uso de las nuevas viviendas o habitaciones del banco de vivienda solidaria creado, que a su vez se haría cargo de la gestión de la que era la vivienda de la unidad familiar disuelta, para alquilarla o venderla, y su producto repartírselo los progenitores copropietarios en la forma que acuerde en un convenio global, o en la forma que estableciera la resolución judicial.

Muchos propietarios también en situación precaria, cederían el uso temporal de una vivienda que tienen vacía a este hipotético banco de vivienda solidaria, si con ello no tuvieran que seguir abonando la comunidad y los tributos que la gravan, de los que se haría cargo la citada entidad, o simplemente quedarían exentos del pago de tributos por la propiedad a cambio de dicha cesión, que a su vez la cedería en uso a personas que tuvieran una necesidad perentoria habitacional, como pueden ser los progenitores que se separan, a cambio de una renta justa por la cesión del uso temporal, que entregarían al propietario, una vez deducidos los gastos por la gestión de la cesión. La modificación fundamental en esta hipotética reforma sería eximir de tributos la propiedad de la vivienda cedida en uso temporal al banco de vivienda solidaria durante el tiempo de la cesión.

Con ello podría además regularse de forma civilizada y organizada el mercado de la vivienda, y en especial la vivienda asistencial, evitando a la vez, con las oportunas medidas legislativas el fenómeno de la ocupación ilegal de viviendas (movimiento okupa).

Un saludo amigo lector, y aprovecho para desearle que el calor humano del verdadero espíritu de la Navidad le acompañe durante todo este año 2015. Si desea realizar una aportación sobre este tema, puede remitirla a la siguiente dirección de correo electrónico: justiciahispana@gmail.com

