



Universidad
Zaragoza

La Atribución del uso de la vivienda en el régimen de Custodia Compartida en Aragón

Autor: Pilar Salguero Murillo

Tutor: Isaac Tena Piazuelo

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. LA LEY DE IGUALDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES ANTE LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE PADRES CON HIJOS.....	5
2.1 OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	6
2.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	7
2.3 EL PACTO DE RELACIONES FAMILIARES.....	9
2.4 ASPECTOS COMUNES A LAS MEDIDAS JUDICIALES.....	11
3. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR ANTE LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE PADRES.....	13
3.1 ANTECEDENTES	13
3.2 EL TÉRMINO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.....	15
3.3 FUNDAMENTO DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA.....	18
4. CRITERIOS LEGALES DE ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN DEFECTO DE PACTO.....	22
5. LIMITACIÓN TEMPORAL DEL USO DE LA VIVIENDA.....	31
6. ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA Y RÉGIMEN DE GASTOS.....	39
7. LA POSIBILIDAD DE ACORDAR JUDICIALMENTE LA VENTA DE VIVIENDAS FAMILIARES.....	44
8. CONCLUSIONES.....	53
BIBLIOGRAFÍA.....	57

LISTADO DE ABREVIATURAS

LIRF	Ley de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de padres con hijos
Cc	Código Civil
CDFA	Código de Derecho Foral Aragonés
St.	Sentencia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
DDAA	Disposición Adicional
DT	Disposición Transitoria
STSJA	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón
SAPZ	Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
RDGRN	Resolución de la Dirección General de Registros del Notariado
SAPH	Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca
SAPT	Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel

1. INTRODUCCIÓN

«La atribución del uso de la vivienda en el régimen de custodia compartida en Aragón» éste constituye el tema de mi trabajo.

En primer lugar quiero decir los motivos que me han llevado a elegir este tema. El Derecho de Familia en los últimos 20 años ha adquirido gran relevancia precisamente por los cambios, rupturas y alteraciones que se han ido produciendo en el concepto de Familia.

A mi modo de ver, se ha producido una desregularización y sobre regularización de la familia. La concepción de la familia como un grupo de sujetos unidos en busca de la satisfacción de sus propios intereses ha llevado a la desregularización. La retirada de las leyes en el ámbito de la familia acentúa el carácter privado de las realidades familiares.

En cambio *ad extra*, la familia sigue viéndose como una unidad social que conforma la sociedad compuesta por grupos de familias y la autoridad pública.

En nuestro contexto actual, el divorcio y la separación es una realidad que crece por momentos: cada 3.9 minutos se produce la quiebra (tanto por separación, como por divorcio) de una pareja matrimonial. Esto ha llevado a que exista una mayor preocupación institucional hacia las consecuencias que conllevan las rupturas entre los progenitores y a buscar los mecanismos que resulten más idóneos y menos perjudiciales para los hijos comunes de ambos progenitores.¹

La guarda y custodia compartida fue una novedad que se introdujo con la ley 15/2005, de 8 de julio, que modificó el Cc y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Sin embargo la trascendente en materia de regulación de la custodia compartida fue la ley 2/2010, de 26 de mayo, conocida como *Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres*. Esta ley fue refundida en 2011 en el art. 75 a 84 del CDFA. Como punto de partida creo conveniente empezar analizando los cambios y novedades que esta ley supuso en nuestro sistema.

¹ TENA PIAZUELO, I. «La ruptura de la pareja con hijos: la opción por la custodia compartida » en *Factores y contenido de la evolución del Derecho de Familia*, Montevideo, 2008 pp.

Seguidamente me centraré en explicar los aspectos comunes a las medidas judiciales para después adentrarme en lo que constituye el objeto central de mi estudio: la atribución del uso de la vivienda familiar en el régimen de la custodia compartida.

Como sabemos la custodia compartida pretende que los padres ambos puedan desempeñar las funciones de la guarda de sus hijos alternándose por períodos más o menos amplios y similares. La custodia compartida tiene sus ventajas y sus inconvenientes. Aragón ha optado por el régimen preferente de la custodia compartida por considerar que existen más ventajas que inconvenientes y especialmente por tratarse de una medida que protege el interés superior del menor que es el que debe prevalecer.

La atribución del uso de la vivienda familiar que queda regulada en el art. 81 CDFA es una de las cuestiones más conflictivas en los procesos de crisis matrimoniales especialmente en nuestro contexto actual de crisis económica.

Por ello, mi intención con este trabajo es analizar en qué consiste detalladamente la aplicación de esta medida judicial y tratar los problemas actuales que surgen en relación con la atribución de este derecho de uso desde un punto de vista tanto teórico, como práctico a través de la jurisprudencia precisamente, porque siempre ha sido una de las cuestiones que más controversias y disputas ha provocado entre los progenitores en orden a regular sus relaciones familiares.

2. LA LEY DE IGUALDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES ANTE LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE PADRES CON HIJOS

Desde mi punto de vista conviene analizar en primer lugar la ley de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres por la novedad legislativa que en el ámbito nacional ésta supuso. Fue novedosa por ser la primera ley específica en la materia como por su tratamiento de la misma, dando preferencia al régimen de la custodia compartida.

De manera que no existía una ley específica en el ámbito nacional que regulase las rupturas de convivencia de padres con hijos a cargo, por lo que había que acudir al Derecho común supletorio. En este sentido, el art. 41 del Estatuto de Autonomía de Aragón en su apartado 2^a establece «el Derecho civil general del Estado se aplicará como supletorio sólo en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que la inspiran».

Con esta ley, el legislador aragonés decidió modificar sustancialmente el régimen legal de la guarda y custodia de los hijos menores de edad antes existente para los casos de ruptura de la convivencia de los padres, para así establecer, como medida de aplicación preferente el régimen compartido de la guarda y custodia de los hijos, por considerar que esto redundaba en una mayor protección del interés de los menores implicados.²

Pero esta ley no solo es importante por la regulación de la custodia compartida como opción preferente sino por la incidencia que esto tiene en diversos aspectos claves relativos al ejercicio de la autoridad familiar, como es por ejemplo: el traslado de menores. Esta ley intenta dar respuesta al modo en que se ha de proceder cuando el menor es trasladado de domicilio y los criterios que hay que seguir para autorizar o denegar las reubicaciones de los hijos a cargo, en un marco de custodia compartida.

Hoy en día el Derecho de Familia se ha convertido en uno de los más importantes y sensible a los cambios sociales propios del siglo XXI. Esto se debe a factores tales como el mayor protagonismo de los menores en la sociedad, de la incorporación de la

² I.TENA PIAZUELO,I, »Ley aragonesa de mediación familiar...la que faltaba » en *Diario la Ley* 2011, nº 7626, p. 1232

mujer al mercado de trabajo, la igualdad de responsabilidades entre los progenitores, el principio del interés superior del menor...³

De manera que se exige a las instituciones implicadas en este tipo de materias que trabajen en aras a proteger los intereses de los menores. Por ello esta ley incorpora la custodia compartida como opción preferente, precisamente porque el legislador aragonés considera que se favorece el mejor interés de los progenitores.

2.1 OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Esta ley ha sido refundida en 2011 en los art 75 a 84 del Código de Derecho Foral de Aragón, que constituyen la Sección 3^a, titulada «efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo» del Capítulo II, regulador del deber de crianza y autoridad familiar, del Título II (De las relaciones entre ascendientes y descendientes).

De acuerdo con su art 1, la Ley tiene por objeto «regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de convivencia de los padres con hijos a su cargo». De manera que esta ley y la presente Sección del CDFA, tiene por objeto principal regular todo supuesto en el que se ha producido una ruptura de convivencia de los padres con hijos a cargo. Pero no solo esto, sino que el contenido va más allá de la mera decisión sobre el régimen de la custodia que se aplicará a los hijos a cargo. El texto también se ocupa de otras cuestiones que no están directamente relacionados con los hijos como el destino de la vivienda familiar regulado en el art. 81 CDFA. El objeto de la ley es amplísimo.

En primer lugar, se establecen los principios y derechos que vertebran dichas relaciones familiares, ya que a pesar de la ruptura de la convivencia, dichos principios y la naturaleza de las relaciones paterno-familiares deben permanecer. De hecho la falta de convivencia hace necesario recalcar la importancia de los dos derechos que informarán las relaciones: a) el de los hijos menores a relacionarse con sus padres de modo directo y regular y a que ambos participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses; b) el de los padres a la igualdad en las relaciones familiares con sus hijos menores.

³MARTÍNEZ DE AGUIRRE,C, considera que el art. 62.1 d) de la Ley 13/2006 de 27 de diciembre choca curiosamente con la tendencia legislativa actual de proteger al menor de forma superior a los intereses de los progenitores en « La nueva regulación de la custodia en la Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de padres con hijos» en *Actas de los XX encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, (Zaragoza,Huesca,2010), el Justicia de Aragón,núm.8,octubre,2010.

En aras de alcanzar la solución más adecuada para regular la nueva situación familiar, sigue primando el principio de libertad de pacto entre los padres, que pueden alcanzar, por sí solos o por la mediación.

Por último son de gran importancia las cuestiones económicas tras la ruptura de la convivencia y de estas también se ocupa la LIRF y ahora la sección correspondiente del CDF, como es el destino de la vivienda familiar en la que me voy a detener a explicar detalladamente.

2.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LIRF

Tanto la Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres con los hijos, como el artículo 75 CDFA, exigen dos condiciones que deben concurrir necesariamente para que se aplique esta Sección. En primer lugar es requisito necesario la previa situación de convivencia y en segundo lugar la existencia de hijos a cargo.

A) *La situación previa de convivencia*

El primer presupuesto de aplicación de esta ley es la ruptura de una situación previa de convivencia. Para que exista una ruptura es necesario que haya habido una cohabitación anterior en el tiempo, es decir que compartan un inmueble, que normalmente será el domicilio habitual de ambos, en el que también vivirán los hijos.

El art. 75 CDFA no hace mención alguna al estado civil de la pareja con hijos a cargo pero si acudimos a las Disposiciones Adiciones Segunda «Especialidades procesales en los casos de nulidad separación y divorcio» y Tercera «Especialidades procesales en los casos de ruptura de convivencia de parejas estables no casadas o parejas de hecho con hijos a cargo») vemos que quedan incluidas tres situaciones que responden a diferentes grados de juridificación o institucionalización: en primer lugar, el matrimonio ⁴ en segundo lugar, las parejas estables no casadas reguladas por la ley 6/2009, de Parejas

⁴ MARTINEZ DE AGUIRRE, C, considera que como no se distingue entre separación de hecho y de derecho hay que entender incluidas las dos. «La regulación de la custodia compartida en la Ley de Igualdad de la Relaciones familiares ante la Ruptura de la convivencia de los progenitores» en *Actas de los XX encuentros del Foro de Derecho Aragonés* p. 136, (Zaragoza, Huesca 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs.133-176.

Estables, no casadas, y en tercer lugar las parejas de mero hecho, que son las que viven juntas pero sin estar casadas, ni están sujetas a la ley 6/1999.

Se nos puede plantear la siguiente cuestión: si uno de los requisitos que exige la ley es que haya existido cohabitación: ¿qué ocurre en el caso de padres que no han convivido con sus hijos a cargo? , en este caso, al no haber existido nunca convivencia quedaría fuera del ámbito de aplicación de la presente Sección.

Al respecto, hay que decir que aunque en un principio sí que quedaría fuera ya que si no ha habido nunca convivencia no puede haber ruptura, el último inciso del art. 75 CDFA permite extender el ámbito de aplicación a estas situaciones cuando incluye en su objeto los procesos que versen sobre la guarda y custodia de los hijos menores⁵.

En este caso, los hijos también tienen el derecho a relacionarse con ambos progenitores, por lo que entendiendo que hay identidad de razón en lo que se refiere al derecho de los hijos a relacionarse y al principio de igualdad entre los progenitores se podría emplear la analogía (4.1 Cc) y esto incluiría también a los hijos fruto de uniones esporádicas. Ahora bien hay que distinguir las relaciones de padres e hijos y aquella otra cuyo objeto principal es la situación de convivencia que en el caso en cuestión no se aplicarían.

B) La existencia de hijos a cargo

El segundo presupuesto de aplicación es que quienes hayan roto su convivencia tengan hijos a cargo. La ruptura de convivencia entre dos personas adultas no conlleva la aplicación por sí sola de la aplicación del art. 75 CDFA sino que como se ha apuntado anteriormente, se requiere la existencia de hijos a cargo.

Deben ser hijos comunes porque solo en tal caso se plantean los interrogantes relacionados con la determinación de la guarda y custodia.

En cuanto a la edad de los hijos, aunque el art. 75 CDFA no dice nada al respecto, en artículos como (76.2, 76.3, 76.4 79.2...) se hace referencia a los hijos menores de edad

⁵ GONZALEZ DEL POZO,J.P «Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores en la llamada custodia compartida en Aragón», en *Diario La Ley* 2010 nº 7537,p.1941

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. «Regulación de la Custodia compartida en la Ley de Igualdad de relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de padres con hijos a cargo » en *Actas de los XX encuentros de Foro de Derecho Aragonés*, (Zaragoza, Huesca 2010), El Justicia de Aragón, 2011, págs.133-176.

y el 77.2 d) alude a los hijos mayores de edad. Así pues, los hijos a cargo pueden ser tanto menores de edad como mayores que no disponen de recursos económicos suficientes bien porque no han terminado su formación académica o por encontrarse afectos de alguna discapacidad que les impide gobernarse por sí mismos.

Como he dicho anteriormente, pese a la ruptura de la convivencia de los padres, los principios y la naturaleza de las relaciones de los padres con los hijos se mantienen. Estos derechos se recogen en el art. 76.3 CDFA que establece el derecho de los hijos a relacionarse con los padres de un modo directo y regular y el de igualdad entre ambos progenitores.⁶

Por tanto, como ha señalado Martínez de Aguirre, tanto el derecho a relacionarse con sus padres que corresponde al hijo, como el derecho a ser tratados con igualdad que corresponde a los progenitores, están sujetos en su aplicación al principio de interés superior del menor, que tiene carácter prevalente.

El art. 76.2 CDFA regula este principio al señalar que «toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio de los mismos». Además el TC en la STC 185/2012 de 17 de octubre se pronunció al respecto, diciendo que «el interés superior del niño opera, precisamente como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia».

2.3 EL PACTO DE RELACIONES FAMILIARES

Junto al principio del interés superior del menor se recogen otros principios, pero de menor importancia en este ámbito.

⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. considera que «En el texto de la ley, se introduce, junto con el derecho de los hijos a relacionarse con sus padres, el derecho, que en la letra de la ley corresponde también a los hijos, de que ambos padres participen en la toma de decisiones que les afecten. Sin embargo, este segundo derecho parece responder más bien a la perspectiva de los progenitores antes que a la de los hijos. Según esto, tendríamos por un lado el derecho de los hijos a relacionarse con sus padres y por otro lado el derecho de los padres a ser tratados con igualdad, y a participar en la toma de decisiones que afecten a los hijos». «La regulación de la custodia compartida en la Ley de Igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de padres con hijos» en *Actas de los XX Encuentros del Foro de derecho aragonés*, (Zaragoza, Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, pág.142

Uno de ellos, es el principio de libertad de pacto, el art. 77. 1 CDFA confiere a los progenitores la posibilidad «de fijar los términos de sus relaciones familiares con los hijos».

Este artículo establece un contenido mínimo, que presenta importantes similitudes con el Convenio regulador del art 90 Cc. Esta equivalencia entre el convenio regulador y el Pacto de relaciones familiares se manifiesta en la Disposición Adicional Segunda cuando dice explícitamente «las referencias hechas al convenio regulador se entenderán hechas al pacto de relaciones familiares». A pesar de su similitud, no hay una completa identidad entre el convenio y el pacto.⁷

Así pues el art. 77 CDFA establece que el pacto de relaciones familiares deberá concretar, como mínimo, los acuerdos sobre los siguientes extremos relacionados con la vida familiar:

- a) El régimen de convivencia o de visitas con los hijos.
- b) El régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas
- c) El destino de la vivienda familiar y el ajuar familiar
- d) La participación con la que cada progenitor contribuya a sufragar los gastos ordinarios de los hijos, incluidos en su caso los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios, la forma de pago, los criterios de actualización y, en su caso, las garantías de pago. También se fijarán los gastos extraordinarios y la aportación de cada progenitor a los mismos.
- e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial
- f) La asignación familiar compensatoria, en su caso, que podrá determinarse en forma de pensión, entrega de capital o bienes así como, la duración de la misma

⁷ GONZÁLEZ DEL POZO J.P considera que «estas diferencias son irrelevantes», «Comentarios sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Igualdad de las relaciones familiares» en *Diario La Ley*, nº7529,2010 MARTÍNEZ DE AGUIRRE C. piensa que «son notables y de gran relevancia jurídica », « Regulación de la Custodia compartida en Aragón en la Ley de Igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de padres con hijos a cargo », en *Actas de los XX encuentros del Foro de derecho aragonés*, (Zaragoza, Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, 2011, pág.133-176

2.4 ASPECTOS COMUNES A LAS MEDIDAS JUDICIALES

Como hemos apreciado anteriormente, los progenitores pueden pactar el régimen de las relaciones entre ellos y con sus hijos en el pacto de medidas familiares. Pero en defecto de pacto, el juez deberá diseñar el régimen de las relaciones familiares en todo aquello, que no haya sido objeto de convenio, o que siéndolo, sobreponse los límites de la libertad de pacto.

El Código Foral dedica la sub-sección cuarta de la sección, antes indicada a exponer las diferentes medidas de aplicación judicial en defecto de pacto, que el juez puede adoptar en relación con algunos puntos como la guarda y custodia de los hijos o la atribución del uso de la vivienda que constituye el objeto central de mi trabajo.

Como acabo de mencionar arriba, en defecto de pacto el Juez debe acordar las medidas judiciales teniendo en cuenta los criterios que se establecen en el art. 80 CDFA, así como las otras medidas judiciales que guardan estrecha relación con el tipo de guarda y custodia que se adopte (art. 81, sobre atribución del uso de la vivienda)

De acuerdo con el apartado 1 del art. 80 CDFA «cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos». De manera que nos encontramos con una legitimación bastante amplia, ambos juntos o por separado pueden pedir la custodia compartida o individual. Lo que no significa que esta decisión vincule al juez que deberá atenerse a lo dispuesto en el apartado segundo del art. 80 CDFA.

Además, que hay que tener en cuenta la posibilidad de que otras personas con autoridad familiar (los abuelos o los hermanos mayores de edad) pueden ser, de hecho (arts 86 y 87 CDFA) o por decisión judicial, los titulares de la guarda y custodia. En este sentido el apartado 4 del art. 233-10 CCcat establece que «la autoridad judicial, excepcionalmente puede encomendar la guarda a los abuelos, a otros parientes, a personas próximas, o en su defecto, a una institución idónea, a la que pueden conferirse funciones tutelares con suspensión de la patria potestad»⁸

⁸ La SAPZ, Secc.2^a, 364/2011, de 21 de junio, confirma la del JPI num.6 de Zaragoza de 30/04/2010 que mantiene a favor de los abuelos paternos la guarda y custodia sobre su nieto, les atribuye a ellos y a la madre biológica, de forma compartida la autoridad familiar, sobre el menor.

Por otra parte, es necesario que la demanda y la reconvención vayan acompañadas de un plan de relaciones familiares para que se adopte en conformidad con lo dispuesto en las DDAA 2^a Y 3^a CDFA.

Este plan es trámite necesario, para establecer las relaciones familiares a partir del momento de la ruptura, aunque su contenido no sea vinculante para el juez. Así se manifiesta en la STSJA 8/2011, de 13 de julio que dice que «no debe establecerse el sistema de guarda y custodia compartida sin contar con el plan de relaciones familiares que la ley exige»

Por otra parte, en cuanto a la modificación de las medidas judiciales la DT 6. °2 establece que « las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurran causas o circunstancias relevantes». En particular, cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hijo menor, se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado en la propia Sentencia, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida».

De manera que el régimen de guarda y custodia establecido por el juez puede ser modificado por este, a instancia de cualquiera de las partes «a medida que puedan cambiar las circunstancias que actualmente se valoran, y en adaptación a los turnos de trabajo que correspondan a cada uno de los progenitores» (STSJA 13/2012, de 9 de abril).

El art. 79.5 CDFA exige como presupuesto necesario que concurran causas o circunstancias relevantes. Para interpretar este artículo nos sirve la doctrina establecida para los art .90,91 y 100 del Cc : «la modificación de las medidas ya fijadas en anteriores procesos matrimoniales requiere de una alteración de circunstancias, que para que sean tenidas en cuenta, ha de revestir una serie de características, como que sean trascendentales y no de escasa o relativa importancia, que se trate de una modificación permanente duradera y no aleatoria o coyuntural, que no sea imputable a la propia voluntad de quien solicita la modificación ni pre constituida y que sea anterior y no haya sido prevista por los cónyuges o el Juzgado en el momento en que las medidas fueran establecidas. Correspondiendo la carga de la prueba a la parte que propone la revisión de las medidas (217 Lec)». ⁹

⁹ Vid. Ss. APZ, Secc.2^a, 246/2012, de 9 de mayo, 345/2012, de 19 de junio, y 417/2012, de 13 de julio.

El ATSJ de 26/7/2012 (casación 31/2012) señala que el artículo 79.5 CDFA « al prever la posibilidad de modificación de las medidas adoptadas judicialmente en el caso de concurrir circunstancias relevantes, es una norma completa de carácter hermenéutico , que establece una consecuencia jurídica (la modificación de las medidas) si se da el presupuesto de hecho (la concurrencia de causas o circunstancias relevantes) , lo que exigirá la comprobación de la existencia de tales circunstancias para llegar a la conclusión de modificar, o no, las medidas anteriormente adoptadas, pero no se trata de una norma de procedimiento sino de interpretación, que permite una revisión casacional si efectivamente se produjera una desviación en el razonamiento lógico que exige»

3. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR ANTE LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS PADRES

3.1 ANTECEDENTES

Fue la reforma operada por la Ley 15/2005 de 8 de julio que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Separación y divorcio la que introduce la custodia compartida de forma expresa en la normativa estatal.¹⁰

Sin embargo, no se mencionó nada acerca de los criterios a seguir para la atribución del uso de la vivienda familiar en los casos en los que se adoptara el régimen de custodia compartida, lo que ha provocado importantes problemas que debieron ser previstos por el legislador.

La atribución del uso de la vivienda familiar siempre ha sido uno de los temas que más controversias ha suscitado entre los progenitores a la hora de regular sus relaciones familiares.

De manera que anteriormente a la promulgación de la ley de igualdad en las relaciones familiares, nos encontrábamos con un vacío legal sobre esta materia. Las únicas referencias eran los artículos 90, 91 y 96 Cc. La regla general era atribuir el uso de la vivienda a lo que los progenitores acordasen y en su defecto, al progenitor custodio. En

¹⁰ Modificando así el art. 92 Cc BALDA MEDARDE,M.J, « La vivienda familiar en la Ley 2/2010 , de 26 de mayo de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres» en *Actas de los XX encuentros del Foro de Derecho Aragonés* , (Zaragoza, Huesca, 2010), El justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, pág.218

el caso de la custodia compartida no hay ninguna referencia. La ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres fue novedosa en este aspecto regulando la atribución del uso de la vivienda familiar específicamente, en los artículos 3 y 7. El artículo 3 se refiere a los casos en los que la decisión sobre su destino se lleva a cabo de forma consensuada entre los progenitores, y el segundo, a las medidas que el juez puede adoptar en caso de que los progenitores no consigan ponerse de acuerdo.

Además, el art. 9 también hace mención del uso de la vivienda cuando regula la asignación compensatoria entre los progenitores. En la actualidad el Código Foral dedica su art. 81 CDFA al completo a regular esta cuestión que es de gran importancia tras la ruptura de la convivencia. En la mayoría de los casos se trata del elemento más valioso del patrimonio de ambos progenitores, y también es un componente clave en el bienestar del menor, ya que si es su residencia habitual, estará integrado en su entorno social al que alude el art. 80.2 letra b CDFA.

Por otra parte, respecto de los criterios de empadronamiento de los menores hay que acudir a la Instrucción 1/2006 de la Fiscalía General del Estado sobre la guarda y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores que se dictó tras la reforma del Código Civil en 2005.¹¹

Partiendo de la base de que solo se puede estar empadronado en un único domicilio, y éste ha de ser el sitio donde se resida más tiempo al año, hay que tener en cuenta: en primer lugar, que esta regla también se aplica a los hijos menores en los supuestos de guarda y custodia compartida por lo que, deberán ser empadronados en un solo domicilio.

En segundo lugar, el domicilio preferente será aquel en que el menor pase más tiempo al año. Ahora bien en el caso de que los períodos de tiempo sean iguales, los progenitores se tendrán que poner de acuerdo en establecer cuál de los domicilios se va a tener en cuenta a efectos del empadronamiento del menor.

¹¹ Conclusiones Encuentro de Jueces, Fiscales, Secretarios y Abogados de Familia sobre (Problemática Actual de la atribución del derecho de uso del domicilio familiar), Madrid, 2008.

Por último los convenios reguladores o resoluciones judiciales deberán pronunciarse en el sentido de determinar cuál es el domicilio del menor a efectos de su empadronamiento.¹²

Para aproximarnos al tema objeto del presente estudio, como punto de partida voy a empezar por analizar el término vivienda familiar.

3.2 EL TÉRMINO VIVIENDA FAMILIAR

Como punto de partida debemos analizar el término de vivienda familiar y lo que esto significa. El legislador aragonés utiliza el término de la vivienda familiar en lugar del de domicilio familiar, que aparece definido en el ámbito de la normativa aragonesa, concretamente en la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, en su apartado 2 que dice «se presume que el domicilio familiar es aquel donde los cónyuges conviven habitualmente o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia».

En opinión de BALDA MEDARDE el hecho de que la Ley citada mencione a los cónyuges puede ser el motivo por el cual el legislador aragonés ha preferido sustituir el término domicilio por vivienda familiar dado que «el nuevo régimen previsto en la ley es aplicable a las relaciones familiares de los padres con hijos con independencia del régimen legal de convivencia de los padres» por lo que en su ámbito de aplicación incluye tanto a parejas casadas como parejas estables no casadas y parejas de hecho con hijos a cargo.

Por tanto, el art. 81 CDFA establece que el objeto sobre el que recae el uso atribuido es la vivienda familiar. Así se afirma expresamente en la SAP de Zaragoza núm.271 de 15 de mayo de 2012 «A falta de acuerdo de los cónyuge, el juez del divorcio solo puede disponer en principio de la vivienda familiar objeto de uso ordinario, no sobre los demás bienes, pues si son privativos nada procede acordar sobre ellos y si son consorciales se debe proveer a su reparto en el correspondiente procedimiento de

¹² BALDA MEDARDE, M.J, señala que « la ley 2/2010 de Igualdad de las relaciones familiares de Aragón, tampoco regula esta materia por lo que la indicada Instrucción de la Fiscalía sigue siendo en este tema la única referencia para su determinación» , « La vivienda familiar en la Ley de Igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo», en *Actas de los XX encuentros del foro de Derecho Aragonés*, (Zaragoza, Huesca, 2010), El justicia de Aragón, Zaragoza,2011, págs.217-230.

liquidación del patrimonio común». ¹³Este criterio también lo sigue el Tribunal Supremo con respecto al art 96 Cc. ¹⁴ Es más el Tribunal Supremo en diversas STS incide en la necesidad de que la única vivienda que puede ser el objeto de atribución es aquella que en el momento de la ruptura tiene la condición familiar y no una que lo ha sido en un momento anterior; ni tampoco la que no ha llegado a serlo pese a estar destinado a ello¹⁵

En la jurisprudencia aragonesa se sigue este criterio, concretamente en la SAP de Zaragoza núm. 234 de 9 de mayo de 2013 donde se deniega el uso al hijo y a la madre custodia de una vivienda propiedad del padre, por no haber habitado en ella antes de la ruptura familiar. De manera que en base a esta interpretación es necesario que dicha vivienda constituya el núcleo donde se ha venido desarrollando la vida familiar hasta ese momento.

Llegados a este punto, es conveniente determinar qué debe entenderse por vivienda familiar. En primer lugar, es conveniente acudir a la Convención sobre Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, en concreto a su artículo 27 donde se recoge el derecho del niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Corresponde a los padres la obligación de velar y proporcionar al niño las condiciones necesarias para que éste pueda desarrollarse plenamente.

No solo es tarea de los padres sino que el Estado también debe contribuir proporcionando las medidas necesarias para ayudar a dar efectividad a este derecho. ¹⁶ En el mismo sentido se pronuncia el art. 47 de la ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia en Aragón.

Uno de los artículos de la Convención que nos interesa traer a colación es el art. 3.1 en cuya virtud «todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o

¹³º BAYOD,M.C y SERRANO GARCIA,J.A *Relaciones entre padres e hijos ¿un modelo a exportar?*, Editorial Institución Fernando El católico, Zaragoza, 2014

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2012

¹⁵ En la STS de 31 de mayo de 2012 el Tribunal Supremo alude a la STC 221/2011 donde se sienta la siguiente doctrina: « la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores en una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art 96 Cc».

¹⁶ Art.27 de la Convención de Derechos Humanos establece que « Los estados parte reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico mental, moral espiritual y social...».

los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá es al interés superior del menor».

Por otra parte el CDFA nos permite acercarnos más al concepto de vivienda familiar. En él se configuran diversos preceptos que permiten configurar el término. El art 81 CDFA a diferencia de la dicción literal del art 190 que se refiere exclusivamente a los matrimonios, excluyendo así por tanto a las parejas estables no casadas, incluye en su ámbito de aplicación a toda pareja con hijos a cargo con independencia de la naturaleza jurídica de su relación.

El legislador vio necesario emplear un nuevo término para referirse al inmueble que constituye la residencia habitual donde conviven habitualmente los progenitores o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia, independientemente de cuál sea la relación por la que ambos están vinculados.

Por tanto para delimitar el concepto de vivienda familiar, en primer lugar debemos poner en relación el art 81 con el art 190 CDFA donde se ofrece una noción muy amplia de la vivienda identificándola con la familia. A su vez el art 81 se refiere indistintamente a la vivienda familiar y al domicilio familiar por lo que podemos concluir que la vivienda es la sede del domicilio familiar que dependerá de lo que acuerden los progenitores o, en su defecto del acuerdo de la Junta de Parientes (si ambos deciden acudir a ello) o de la decisión del juez, según el art 184.1 CDFA. Este precepto establece la presunción de que el domicilio es aquel donde los progenitores conviven habitualmente o uno de ellos con la mayor parte de la familiar. De manera que no pueden existir varios domicilios familiares simultáneos.

El art. 187 CDFA establece « el deber de los cónyuges de contribuir a la satisfacción de las necesidades familiares con la atención directa del hogar y a los hijos, la dedicación de sus bienes al uso familiar, la remuneración de su trabajo, los rendimientos de sus capitales, y otros ingresos, y en último término, con su patrimonio».

Al respecto, también hay que citar la STSJ de Aragón de 13 de junio de 1991 porque en ella se determinaron los elementos a tener en cuenta para establecer el domicilio conyugal o vivienda familiar.

Principalmente son la vinculación e intención de permanencia que no se dan cuando estamos ante una vivienda ocupada de forma ocasional por cualquiera de los

progenitores por motivos laborales y que se encuentra fuera de la localidad en que se encuentra la vivienda familiar¹⁷. El tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto, diciendo que la vivienda familia es «la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en el que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. En este sentido se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar, que es un concepto no definido en el Código Civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el art. 70 Cc, en relación al domicilio de los cónyuges».-
STS de 31 de mayo de 2012-

3.3 FUNDAMENTO DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA.

En primer lugar hay que señalar que la atribución del uso de la vivienda familiar se fundamenta en el principio del interés del menor. Desde el momento en que esta medida se vincula a la existencia de hijos a cargo, nos encontramos ante una manifestación más del principio del interés del menor.¹⁸ Así pues por citar algún ejemplo en la STSJ de Aragón de 15 de diciembre de 2012 se atribuye la vivienda familiar a la madre atendiendo al interés del menor a la hora de decidir la correspondiente atribución. O en la STSJA de 9 de abril de 2012 en la que se sustituye la custodia individual de la madre por la compartida debido al deseo de los hijos de 16 y 20 años) de convivir con ambos progenitores. Lo que constituye un dato que debe ser claramente valorado y tenido en cuenta en base al interés del menor recogido en las disposiciones del presente Código (6, 76.4, 80.2 CDFA) ¹⁹

Ahora bien, hay que apuntar que del hecho de que el principio del interés del menor se trate de un principio general con carácter de orden público que debe guiar la adopción

¹⁷ Esa vinculación viene determinada, en la citada St., en favor de la ciudad de Zaragoza en donde la familia integrada por los litigantes y sus hijas tuvieron desde hace más de diez años su vivienda familiar que mantuvieron y conservaron, sin traslado de mobiliario, durante el corto periodo de desplazamiento por parte de los miembros a jaca”

¹⁸ STC 21 mayo de 2012 de TS « El principio protegido en esta disposición 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 (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 y art. 81.2 CDFAragón). 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».

¹⁹ SAPZ Secc. 2^a 198/2012 de 11 de abril « De la exploración del hijo de 16 años, edad suficiente para expresar su opinión de forma consciente y racional, se desprende, la negativa de los hijos a convivir con su padre, ni aun temporalmente, por lo que el recurso debe ser rechazado en este apartado».

de cualquier medida en una situación de ruptura de la convivencia de los progenitores ²⁰ no significa que se acceda a la conveniencia del menor sin más trámites sino que hay que conjugar de una manera adecuada su opinión con el resto de factores a tener en cuenta.

Ni tampoco, tal y como señala la STSJ de Aragón de 7 de febrero de 2013, significa que deba oírse a los menores afectados antes de adoptar una decisión sobre la vivienda familiar, ya que no estamos ante una decisión que afecte propiamente a su persona o sus bienes, sino que requiere como acabo de decir en todo caso de una adecuada ponderación de todas las circunstancias familiares.

Por otra parte, la STS de 14 de abril de 2011 señala que «La atribución del uso de la vivienda familiar «es una forma de protección que se aplica independientemente, del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus progenitores». De manera que es aplicable con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, que puede ser arrendamiento, propiedad exclusiva del titular o copropiedad con el otro progenitor. ²¹

Además, al igual que ocurre en el Derecho Civil común en el Derecho Aragonés la atribución del uso de la vivienda queda englobada dentro de lo que se conoce como prestación de alimentos a favor de los hijos.

A pesar de la relación que existe entre la prestación de alimentos y la atribución del uso de la vivienda comparto la opinión de Salazar Bort²² de que si la medida consiste en atribuir el uso de la vivienda es porque el interés que se pretende proteger exige para su satisfacción el uso de la vivienda y no una prestación económica.

Si se protege el uso de la vivienda es porque precisamente se considera que ésta tiene un valor especial, de manera que la atribución no es un fin en sí mismo sino que constituye un instrumento al servicio del mantenimiento del menor en su entorno habitual. De las circunstancias económicas en que se desarrolla la vida del menor puede depender la atribución del uso de la vivienda y la duración de la misma.

²⁰ STSJ de 21 de diciembre de 2012.

²¹ STSJ de 18 de enero de 2010.

²² SALAZAR BORT, S. *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Ed Aranzadi, Madrid, 2001, pág.142

También hay diferencias notables entre las regulaciones, ya que por ejemplo en la regulación catalana que otorga mayor importancia a lo económico estableciendo la posibilidad de excluir la atribución del uso de la vivienda al progenitor beneficiario del uso por motivo de tener la guarda y custodia de los hijos, cuando éste disponga de medios suficientes para cubrir sus necesidades.²³

La naturaleza jurídica de la atribución del uso de la vivienda ha sido una de las cuestiones más debatidas en la doctrina científica y en la jurisprudencia.²⁴

La doctrina del Tribunal Supremo no es otra que la que «el derecho de uso entre los cónyuges no constituye un derecho real, sino que se trata de una limitación de la facultad de disponer del propietario, que el titular puede oponer a terceros».

Hay que traer a colación la STS 859/2009 donde se formula la siguiente doctrina casacional «De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia, no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección» (RDGRN de 14 de mayo de 2009 . Desde la perspectiva patrimonial el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o autorización judicial en su defecto) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros por lo que puede ser inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008).

Esta doctrina ha sido confirmada en diversas STS como por ejemplo la STS 861/2008 de 18 de enero de 2010 donde se añade que «El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero, una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial».

²³ Art.233.21 CCcat.« La autoridad judicial, a instancia de uno de los cónyuges, puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar en cualquiera de los ss casos:

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

²⁴ La cuestión no es pacífica ni entre los magistrados del Alto Tribunal (voto articular formulado a la STC de 18 d enero de 2010

En el supuesto de que estemos ante una vivienda copropiedad de ambos cónyuges y que uno de los cónyuges ejerza la acción de división, la Sala entiende que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido la acción de división en una subasta o del propietario. La Sala apoya sus pretensiones en razones como la protección de la familia y de la vivienda basándose en la buena fe en las relaciones entre los cónyuges.²⁵

Por otra parte siguiendo a Castilla Barea, la guarda y custodia de los hijos es importante no solo por su función y contenido sino también porque determina la aplicación de otras medidas de carácter económico como es la atribución del uso de la vivienda o la fijación de la pensión alimenticia²⁶

Considera Castilla Barea que «el peso de estos factores es tan fuerte – que hay que decirlo clara y abiertamente- en no pocas ocasiones determina la solicitud de una guarda y custodia de los hijos, que en otras circunstancias no se pediría».

La atribución del uso de la vivienda, en el derecho aragonés tiene carácter patrimonial que ha de ser valorada al fijar, ex art.82 del CDFA, los gastos de asistencia de los hijos a cargo de los progenitores, entre ellos se encuentra el derecho de habitación.

Además de que la atribución del uso de la vivienda es uno de los criterios que el Juez debe ponderar para determinar cuál es la limitación temporal o indefinida de la asignación compensatoria.

La trascendencia patrimonial también, se pone de manifiesto, en la regulación valenciana, de lo dispuesto en el art. 6.1 párrafo 2^a de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

De manera que podemos concluir que hay una relación de interdependencia entre los efectos personales y los patrimoniales que se pone de manifiesto en los diferentes

²⁵ MOLINS GARCIA-ATANCE, E. « La regulación de la atribución del uso de la vivienda en el art. 81»en *Actas de los XX encuentros del Foro de Derecho aragonés*, (Zaragoza, Hueca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs.323-378.

²⁶ CASTILLA BAREA,M.« Notas sobre la Guarda y Custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de Igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres» en *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 7/2010 pág.4

Derechos civiles que conceden una mayor o menor importancia a los aspectos personales sobre los patrimoniales.²⁷

4 CRITERIOS LEGALES DE ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN DEFECTO DE PACTO

La ley de igualdad introdujo importantes novedades respecto a las medidas judiciales a adoptar en defecto de pacto. Así pues se aleja del criterio de atribución del Código Civil²⁸ que vincula, de forma imperativa o absoluta uso del domicilio y custodia. Además de que introduce criterios distintos, en función del régimen de custodia compartida o individual, en referencia a las medidas que el Juez puede adoptar sobre el destino de la vivienda familiar. Establece una limitación temporal al uso de la vivienda independientemente del régimen de custodia adoptado.

Asimismo otorga al juez la facultad de acordar la venta de la vivienda si ésta fuera necesaria para unas adecuadas relaciones familiares siempre que sea propiedad de ambos progenitores.

En definitiva en Derecho aragonés la atribución del uso de la vivienda familiar viene establecida por el correspondiente régimen de guarda y custodia que se adopte respecto de los hijos a cargo: esto quiere decir, que los criterios de atribución van a ser distintos en función de cuál sea el régimen de custodia por el que se opte.

A) *Custodia Compartida*

²⁷ GARCIA-ATANCE, E. « La regulación de la atribución del uso de la vivienda en el art.81 »en *Actas de los XX encuentros del Foro de derecho aragonés*,(Zaragoza,Huesca,2010), el Justicia de Aragón, 2011, pág.323-378.

²⁸ La ley 25/2010 de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia en su art. 233 -3-1 indica « Los pactos adoptados en convenio regulador deben ser aprobados por la autoridad judicial, salvo los puntos que no sean conformes con el interés de los hijos menores» redacción que en opinión de BALDA MEDARDE es más adecuada que la referencia a los hijos e hijas de la ley aragonesa que somete a control judicial también los pactos que afecten a los hijos mayores de edad BALDA MEDARDE,M.J. «La Vivienda familiar en la ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres» en *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho aragonés* , (Zaragoza,Huesca,2010), el Justicia de Aragón,2011,p. 222

En la custodia compartida que es la opción preferente en nuestra legislación, el criterio de atribución del uso de la vivienda queda recogido en el art. 81.1 del Código Foral que dice: «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». ²⁹

Como ya hemos señalado es incuestionable, que para adoptar cualquier medida en una situación de ruptura de la convivencia de los progenitores, ha de atenderse de manera prioritaria al interés superior del menor. Como no podía ser de otra manera el interés del menor (*favor filii o favor minoris*) debe ser el punto de referencia a partir de cual giren todas las medidas judiciales a adoptarse de mutuo acuerdo o por parte de uno de los progenitores conforme a lo establecido en la Convención de Derechos Humanos del niño de 20 de noviembre de 1989, recomendación 14 de la Carta Europea de los Derechos de la infancia de 21 de septiembre de 1992³⁰, en el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en el art. 11.2 de la Ley orgánica de Protección del menor de 15 de enero de 1996. Y también en el derecho aragonés como antes hemos indicado cabe citar los art. 3.3 a) y c), 4, 13, 21, 46.i) de la ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia en Aragón.

Cabe plantearse si el criterio del interés superior del menor a favor de la atribución del uso de la vivienda es una presunción *iuris et de iure* o se trata más bien de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario. Y por otro lado, yendo más allá de lo que se trata, se cuestiona si en realidad es un derecho de habitación que pretende garantizar una vida digna al menor otorgando amplias facultades al juez para atribuir el uso de la vivienda al cónyuge que no disfruta de la guarda y custodia de los hijos si el interés así lo exigiera.

²⁹ «Esta mayor dificultad debe obedecer a razones objetivas y no meramente personales, siendo a tal efecto determinante en la jurisprudencia la desigual situación económica de los progenitores» (STSJ de Aragón de 11 de julio de 2013, SAP de Zaragoza núm. 111 de 28 de febrero de 2012 y SAP de Zaragoza núm. 174 de 26 de marzo de 2013).

³⁰ 15. «Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses. A tales efectos, y siempre que ello no implique riesgo o perjuicio para el menor deberá ser oído desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en las decisiones que le afecten» MOLINS GARCIA –ATANCE, E. «La regulación de la atribución del uso de la vivienda en el art. 81» en *Actas de los XX Encuentros del Foro de derecho aragonés*, (Zaragoza, Huesca, 2010), El justicia de Aragón, 2011, págs.323-378.

En cuanto a la presunción *iuris et de iure* de que el interés superior del menor se satisface por medio de la atribución del uso de la vivienda, algunos autores interpretando de forma literal la ley consideran que tal atribución es automática, ineludible e imperativa.

Atendiendo a la jurisprudencia distintas resoluciones judiciales consideran que lo contenido en la disposición es de aplicación imperativa cuando existen matrimonios con hijos a cargo, y es una concreción mas del principio *favor filii o favor minoris* de manera que el interés de estos se convierte en el más necesitado de protección.

Sin embargo la aplicación imperativa de este precepto lleva a obviar ciertos aspectos que desde mi punto de vista hay que tener en cuenta, como son que puede ser que la vivienda sea titularidad privativa del cónyuge no custodio o la posibilidad de que el cónyuge custodio disponga de otra vivienda.

De todas maneras la mayor parte de autores se decantan por una interpretación teleológica del precepto atendiendo al espíritu y finalidad de la norma y no a su sentido literal.³¹ Así se considera que la asignación legal del uso a los hijos y a su guardador supone el que los hijos permanezcan en el mismo hogar en el cual han venido desarrollando su vida y ésta es la forma de favorecer al interés superior del menor.

De manera que hay que entender que el interés superior del menor se satisface con la atribución del uso de la vivienda es una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario, sobre la posibilidad de satisfacer este interés de otra manera.

Como hemos señalado anteriormente, el interés superior del menor debe ser el punto de referencia por lo que algunos autores como consideran que, hubiera sido más adecuado establecer como criterio rector de todas estas medidas el principio general de *favor filii* de manera que no hubiese sido necesario ponerlo de relieve al regular cada una de estas medidas.

Como hemos mencionado anteriormente, el Tribunal Constitucional ha sostenido en varias de sus STC que «El interés superior del niño, opera como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del

³¹ MARTÍN MELÉNDEZ, M.T «Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales :Teoría y práctica jurisprudencial »en Civitas- Aranzadi, 2005, pág.149

menor» «Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo del menor, el interés de los progenitores, deberá ceder frente al interés de éste»—STC 176/2008

Por ello, se debe considerar la atribución del uso de la vivienda al progenitor con mayores dificultades de acceso a la vivienda como una medida que se justifica por la necesidad de atender al interés superior del menor y que forma parte del deber de contribuir a los alimentos de los hijos.

Al hilo de esta cuestión, cabe citar la STS de 21 de mayo de 2012 del Tribunal Supremo que establece que” El principio protegido en esa disposición (en este caso, se refiere al art. 96 del Código Civil) 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(142Cc); 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.

La atribución del uso de la vivienda es una forma de protección, aplicable con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acorada entre quienes son sus propietarios”³²

El tribunal Superior de Justicia de Aragón ha recalcado e insistido en la importancia de que el interés superior del menor es el que debe prevalecer. Así el punto de la norma legal aplicable, el art. 80 CDFA, que incorpora el régimen de la custodia compartida como opción preferente y como aquel que satisface en mayor medida el interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad”³³

Conviene mencionar el auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 22 de noviembre de 2011, en el que se falló levantar la suspensión de la Ley de la Comunidad Valenciana 5/2011 de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. En dicha resolución, el Abogado del Estado, a favor de la suspensión del art. 6.1 de la Ley Valenciana alegó que dicho precepto «al regular a atribución del uso de la

³² MOLINS GARCIA-ATANCE,E. «La regulación de la atribución del uso de la vivienda en el art.81» en *Actas de los XX Encuentros del Foro de derecho aragonés*, (Zaragoza,Huesca,2010),El Justicia de Aragón, 2011, pág.332

³³ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 6 de junio de 2012 , de 18 de abril de 2012, y 8 de febrero de 2012

vivienda habitual, introduce factores que distorsionan la prevalente atención del interés del menor pues el legislador valenciano establece que 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».

Al introducir la frase «y siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda» está incorporando un factor que distorsiona el del preferente interés del menor.

La dificultad de acceder a la vivienda de uno de los progenitores es un concepto jurídico indeterminado cuya compatibilidad con el interés del menor queda al arbitrio del juez y viene establecido porque para el legislador valenciano el régimen general es el de custodia compartida de manera que solo tiene sentido este criterio si se mantiene la vigencia de la prioridad del régimen de custodia compartida”

Sin embargo el Tribunal Constitucional rechazó esta alegación motivando que «es la autoridad judicial la que ha de decidir la atribución del uso de la vivienda lo que asegura la toma en consideración en todo caso del superior interés de los menores afectados».

En segundo lugar, a la luz del propio art. 6.1 no está tan claro que haya afectación al interés superior del menor ya que el precepto proclama como criterio de atribución del uso de la vivienda el de la conveniencia de los hijos de suerte que la toma en consideración de la eventuales dificultades en el acceso a la vivienda por parte de uno de los progenitores solo se producirá en el caso de que, a juicio de la autoridad judicial resulte compatible con el interés de los hijos. En tercer lugar los intereses patrimoniales de uno de los progenitores no deben prevalecer sobre los intereses generales a que obedece la ley (Fundamento de Derecho séptimo)³⁴

En cuanto al significado de que la atribución del uso de la vivienda debe realizarse al progenitor que tenga más dificultades de acceso a una vivienda Castilla Barea considera que en la custodia compartida los hijos siguen disfrutando de la vivienda familiar con

³⁴ MOLINS GARCÍA-ATANCE,E. «La regulación de la vivienda familiar en el art. 81 del código foral de derecho aragonés »en *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho aragonés*,(Zaragoza ,Huesca,2010),El Justicia de Aragon,2011, pag.333

independencia del progenitor a quien se atribuye su uso, por lo que el factor decisivo es la mayor dificultad de acceso a la vivienda familiar.³⁵

Esta posibilidad no se recoge de forma explícita en el Código Civil aunque es cierto que el art. 96.3 lo contempla para el supuesto de que no haya hijos a cargo.

Por otra parte de no resultar aplicable el criterio establecido en el art 81 CDFA el juez podrá decidir el destino de la vivienda en función del criterio del interés que sea más conveniente para las relaciones familiares. Nos encontramos como hemos señalado anteriormente ante un concepto jurídicamente indeterminado con los riesgos que ello comporta.³⁶

Se trata de un criterio subsidiario y genérico que otorga al juez amplias facultades para resolver. De manera que el Juez debe valorar las situaciones económicas de ambos progenitores y si uno de ellos dispone de menos recursos económicos que el otro deberá atribuir el uso a aquel que tenga más dificultades.

De una interpretación sistemática de la Ley y del art. 81 del CDFA se deduce que la intención del legislador ha sido conferir al Juez amplias facultades de forma que, una vez acordada la custodia compartida, su ejercicio pueda llevarse a cabo a través de distintos regímenes de convivencia, de manera que pueda asignarse en cada caso tiempos de estancia con los menores de distinto alcance.

Ahora bien sin olvidar que el punto de partida es el interés del menor que debe actuar como principio que rige la adopción de dichas medidas.³⁷

Por tanto, si hay dificultades de acceso a una vivienda por parte de uno de los progenitores, pero éstas no son trascendentales desde la óptica del beneficio de los hijos menores, no vincularán al juez. La amplitud de la previsión legal permite al juez

³⁵ CASTILLA BAREA, M. «Notas sobre el régimen de guarda y custodia a propósito de la ley aragonesa de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia entre los padres» en *Actualidad Civil*, nº7, 2010, pág.105-152.

³⁷Art 3.1 de la Convención sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 a cuyo tenor « En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño» DELGADO ECHEVERRÍA Y PARRA LUCAN , «Manual de Derecho Civil Aragonés, El justicia de Aragón, Zaragoza, 2012 ,

incluso acordar la atribución del uso alterno a uno de los progenitores, fórmula que en la práctica se ha venido adoptando de forma excepcional.³⁸

Cualquier otra interpretación nos llevaría a admitir, que en la atribución del uso de la vivienda familiar, puede prevalecer el interés de uno de los progenitores sobre el interés y beneficio de los menores; y esta línea es incompatible con lo establecido en el Código Foral, ni respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar, ni respecto a ninguna otra decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad.

Tena Piazuelo pone de manifiesto la libertad de criterio de la que disfruta el juez para decidir sobre la atribución del uso de la vivienda atendiendo a las circunstancias del caso en cuestión y aquello que sea más conveniente para proteger el interés superior del menor.

Para concluir este punto creo conveniente pasar a mencionar algunos de los criterios más utilizados por los Tribunales para resolver esta cuestión a través de la jurisprudencia:

1) Custodia compartida y el mejor interés para las relaciones familiares: En la STSJ de 15 de diciembre de 2011 se atendió al criterio subsidiario del mejor interés para las relaciones familiares ya que se atribuyó al que poseía mayores ingresos económicos.

Esto se debió a que el recurrente había aprobado esta medida, pese a tener menos ingresos que la madre, y porque el recurrente iba a adquirir una vivienda próxima a la anterior.

2) El objeto sobre el que recae la atribución es únicamente la vivienda familiar: en la SAPZ Sección 2^a, de 15 de mayo de 2012 se estableció la siguiente doctrina : « A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez del divorcio solo puede disponer en principio de la vivienda familiar y objetos de uso ordinario, no sobre los demás bienes, pues si son privativos nada procede acordar sobre ellos y si son consorciales se debe proveer a su reparto en el correspondiente procedimiento de liquidación del patrimonio común».

³⁸ SAP de Zaragoza núm. 605 de 14 de noviembre de 2011, que en beneficio de la hija, opta por la alternancia de los progenitores en el uso de la vivienda familiar por intervalos de tiempo de seis meses. O la SAP núm. 6 de Zaragoza de 27 de enero de 2011 que acuerda que sean las hijas las que residan en la vivienda familiar y que los progenitores se alternen en el uso.

- 3) Custodia compartida por periodos de seis meses y uso de la vivienda familiar de forma alterna por el menor y el progenitor que tenga la custodia, fundada en el beneficio del menor.
- 4) Atribución del uso y gastos: «la atribución del uso de la vivienda familiar conlleva lógicamente la obligación de asumir por parte de la actora los gastos derivados de los servicios de la vivienda». SAPHuesca de 7 de diciembre de 2011.
- 5) Atribución de segundas residencias: La Sala ha pronunciado la siguiente doctrina jurisprudencial: « El juez puede atribuir el uso de la vivienda familiar que no sea la que está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos». El Código de Cataluña, concretamente en los art. 233-20 recoge una solución similar al señalar que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y de los hijos, el juez, puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la otra residencia más adecuada –STS de 10 de octubre de 2011-

B) Custodia Individual

En el supuesto de atribuir la custodia de forma individual a uno de los progenitores, el art. 81.2 CDFA dispone que «se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconsejen su atribución al otro progenitor». De manera que de una lectura del precepto podemos extraer en primer lugar que el criterio preferente, es el de la atribución del uso al progenitor custodio, que viene a coincidir con el previsto en el art. 96 .1 Cc. Y de modo subsidiario, el novedoso criterio fundado en el mejor interés para las relaciones familiares, que como se ha indicado, concede un amplio arbitrio judicial.

Si atendemos a la jurisprudencia vemos que los órganos judiciales aragoneses, siguen decantándose por atribuir el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio (normalmente la madre). Cabe señalar la SAP de Zaragoza núm. 137 de 13 de marzo de 2013 que, atribuye el uso de la vivienda al padre que es el progenitor custodio a pesar de ser el titular de una segunda vivienda, mientras que la situación económica de la madre

es peor porque se encuentra en situación de desempleo sin derecho a prestación y carece de segunda vivienda.

A mi modo de ver, en este supuesto se debería haber aplicado el criterio subsidiario del mejor interés para las relaciones familiares en lugar de atribuir la vivienda al progenitor custodio porque el padre a pesar de tener la custodia se encuentra en una mejor situación económica.

Aunque la regla general, como he dicho anteriormente es atribuir el uso al progenitor custodio, en algunas ocasiones los órganos judiciales se separan de la regla general. Así por ejemplo la SAP núm. 109 de Zaragoza de 28 de febrero de 2012 priva del uso de la vivienda a la madre custodia e hija menor porque ambas llevan sin utilizarla desde hace más de siete años al vivir en el domicilio de los padres de la madre. El tribunal considera que es un tiempo excesivo y decide privarle del uso de la misma.

En la misma línea la SAP de Zaragoza núm. 131 de 13 de marzo de 2012 no atribuye el uso porque ésta se encuentra alquilada a un tercero sin que acceda tampoco a su venta precisamente por este motivo y por la situación del mercado inmobiliario.³⁹

Sin embargo la SAP de Teruel de 20 de mayo de 2013 si que hace uso de la medida recogida en el art. 81.2 CDFA para atribuir el uso de la vivienda a la madre no custodia durante dos años dada las escasas posibilidades económicas y que el hijo reside habitualmente con el padre custodio en la vivienda de la abuela paterna y a la intención por parte del padre de poner a la venta dicha vivienda.

Por último podemos preguntar si procede la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor custodio cuando tenga otra vivienda donde conviva con su nueva pareja. La STS de 29 de marzo de 2011 resuelve esta cuestión de forma negativa, por entender que el hijo no necesita dicha vivienda familiar, por encontrarse ya satisfechas sus necesidades de habitación por otros medios.

Así señala el alto tribunal que «no puede pretenderse una especie de medios de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético

³⁹ La SAP de Zaragoza núm. 131 de 13 de marzo de 2012 considera más conveniente para las relaciones familiares (sin argumentar por qué) que el destino de la vivienda familiar se decida de mutuo acuerdo por ambos progenitores o, en su defecto se ponga a la venta.

caso de que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de se guarda y custodia».

Sobre esta cuestión trataré más adelante en el apartado de atribución del uso de la vivienda y régimen de gastos.

5 LIMITACIÓN TEMPORAL DEL USO DE LA VIVIENDA

El Derecho Aragonés se separa, como el Derecho Catalán o valenciano, del Derecho Común, imponiendo una limitación temporal al disfrute del uso de la vivienda familiar. La finalidad de esta limitación no es otra que intentar paliar las dificultades económicas en que se encuentra el progenitor que carece de ese derecho para poder acceder a una nueva vivienda.

De manera que el apartado 3 del art. 81 CDFA establece que «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»

Si atendemos a una interpretación literal de la disposición, toda atribución del uso de la vivienda, independientemente de régimen de custodia establecido, estará sometido a una limitación temporal. Este intervalo de tiempo podrá ser determinado por los progenitores a través de pacto, o en su defecto lo fijará el juez.

Sin embargo en el art 96 del Cc no se contempla la fijación de un límite temporal. Aunque no establece dicha limitación temporal como regla general, en su apartado tercero se recoge una excepción y es en aquellos casos en los que haya una inexistencia de hijos menores en los que sí que se podrá.

Así pues el Tribunal Supremo ha venido interpretando este precepto en el sentido de excluir las limitaciones temporales que puedan afectar a hijos menores de edad.

Sin embargo algunos Tribunales se apartaban de este criterio y venían extendiéndolo a supuestos en los que sí que había existencia de hijos comunes a cargo⁴⁰ Además de ser

⁴⁰ Sentencia del TS de 23 de noviembre de 1998 y AP de las Palmas de Gran Canaria de 4 de junio de 2008 que establece limitación temporal del uso aun existiendo hijos menores.

una de las pretensiones más demandadas por parte de los foros jurídicos y de la doctrina⁴¹

Como se ha apuntado anteriormente, el derecho aragonés establece una limitación temporal que, a falta de acuerdo entre los progenitores, fijará el juez, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de la familia.

Cabe destacar que en la inicial Proposición de la Ley de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres con hijos a cargo, no se mencionaba en ningún momento el establecimiento de una limitación temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar. La atribución del uso de la vivienda familiar quedaba regulada en su art 7 cuyo tenor literal era el siguiente «En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que tenga más dificultad de acceso a la vivienda y en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares. Excepcionalmente, cuando el uso de la vivienda familiar sea a título de propiedad de los padres, el juez podrá acordar su venta, si es necesaria para las adecuadas relaciones familiares».

En la tramitación parlamentaria de la Ley 2/2010 de 26 de mayo, se propusieron límites de tres años prorrogables para atribuir el uso de la vivienda al progenitor con más dificultad para acceder a la vivienda en supuestos de custodia compartida, y de dos años si la vivienda familiar era de propiedad común de los cónyuges. Y una vez transcurrido esos dos años se debe proceder la venta de la vivienda para garantizar la igualdad de acceso de los progenitores a la vivienda.⁴²

Por otra parte, el derecho catalán está entre la regulación del derecho común y del derecho aragonés, porque excluye de la atribución temporal del uso de la vivienda los supuestos en los que la misma se conceda al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes que durara mientras permanezca ésta.

⁴¹ Conclusiones IV Encuentros Magistrados y Jueces de Familia, Asociaciones Abogados de familia y VI Jornadas Nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, Valencia 26 de Octubre de 2009; asimismo en los Encuentros, Jueces, Fiscales, Secretarios y Abogados de Familia Madrid 2008 (Problemática actual de la atribución del derecho de uso del domicilio familiar) y en las Conclusiones de los mismos Encuentros del año 2005).

⁴²Enmienda nº45 del Grupo Parlamentario. Parlamentario Popular. <http://bases.cortesaragon.es/bases/original>, MOLINS, GARCIA, E. «La Regulación de la atribución del uso de la vivienda en el art. 81», en *Actas de los XX encuentros del Foro de derecho aragonés*, (Zaragoza, Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, 2011, págs. 323-378.

Esta limitación temporal al uso de la vivienda familiar regulada en el art. 81.2 del Código del Derecho Foral de Aragón no significa que deje sin efecto el contenido de los deberes de crianza y educación de los hijos menores por parte de quienes ejercen la autoridad familiar entre los que se encuentran, el satisfacer sus derechos de habitación. Al igual que el Código Civil que regula los alimentos entre parientes en el Título VI del Libro I, estableciendo todo lo necesario para la habitación del alimentista.

De manera, que a pesar de la limitación temporal que pueda establecerse, el alimentista no puede quedar privado de su derecho de habitación que se incluye dentro de la prestación de alimentos debidos entre parientes.

Respecto de los hijos mayores de edad la STS de 30 de marzo de 2012, dice que «A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto (se refiere la sentencia al art.93 CC) la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los Arts. 142 y ss del Cc que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para la habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos». ⁴³

El hecho de que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor quede desvinculada del derecho de uso de la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, alcanzada la mayoría de edad .esta no va a ser determinante para atribuirle el uso de aquella.

Por otro lado hay que decir que los órganos judiciales se han pronunciado en diversas ocasiones diciendo que el objetivo de la limitación temporal no es otro que pretender evitar « la colisión de los derechos legítimos que al otro progenitor puedan corresponder sobre el referido inmueble, no tanto en cuanto a su uso como en lo que respecta a su disposición». ⁴⁴ En términos similares se expresa la SAP de Zaragoza núm. 314 de 18 de junio de 2013.

⁴³ Art 149 Cc

⁴⁴ SAP de Zaragoza núm. 210 de 20 de abril de 2012, BAYOD, M.C y SERRANO, J.A, « Relaciones entre padres e hijos: ¿un modelo a exportar?», editorial: institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2014.

Llegados a este punto conviene citar la STSJ de Aragón de 4 de enero de 2013 en la que se sienta una doctrina sobre una cuestión que venía siendo resuelta por los tribunales inferiores de modo muy incierto.

En esta St. el Tribunal Superior de Justicia de Aragón insiste en la necesidad de establecer un plazo, con el objetivo de satisfacer la necesidad de certeza que se requieren para las dos partes: por un lado , al que dispone del derecho al uso de la vivienda familiar, que de este modo podrá realizar con tiempo sus previsiones cuando llegue el momento de cesar en el mismo como por ejemplo la búsqueda de otra nueva vivienda o la posibilidad de adjudicárselo si es cotitular del inmueble; y por otro lado, al que se le ve privado por el uso , este señalamiento del plazo le permitirá ponderar las posibilidades de su adjudicación como también a partir de qué fecha podrá venderlo libre de esa carga.

En el caso en concreto, el Juzgador de primera instancia estableció una limitación temporal de nueve años a contar desde que la menor de las tres hijas hubiese cumplido 14 años, a partir de ese momento cualquiera de las partes podría formular una demanda con la finalidad de modificar las medidas judiciales para que se evaluase si cabría la prórroga del uso o cambio de destino a dar a la vivienda familiar.

Hay que insistir en la necesidad de esta Sentencia que como hemos apuntado anteriormente, sienta una doctrina que resuelve una cuestión que venía siendo resuelta hasta entonces de manera indefinida.⁴⁵

De manera que el legislador aragonés al establecer la limitación temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar lo hace de forma absoluta e imperativa estableciendo que en defecto de pacto, la fijación del plazo es función exclusiva de los tribunales de instancia. Otorga poder a los jueces de manera exclusiva sin que pueda ser revisable en casación, a no ser que nos encontremos ante una decisión arbitraria o absolutamente infundada.

Sin embargo no existe un criterio jurisprudencial uniforme en orden a regular esta limitación temporal. Esto nos lo demuestra la misma jurisprudencia por ejemplo la

⁴⁵ Así por ejemplo la SAP de Zaragoza núm. 103 de 28 de febrero de 2011 y núm. 126 de 13 de marzo que atribuyen el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio hasta que se proceda a la liquidación del consorcio conyugal o la SAP de Zaragoza núm. 154 de 20 de marzo de 2012 que lo atribuye, igualmente, al progenitor custodio «hasta que en su caso , se produzca la subasta judicial del inmueble»

STSJ de Aragón de 7 de febrero de 2013 en la que se atribuye el uso de la vivienda a la progenitora custodia y a los hijos menores por el plazo de un año debido a las circunstancias familiares en las que se encuentra: la vivienda es propiedad del padre y está gravada por una hipoteca por un préstamo que es responsabilidad de aquel, mientras que la madre es propietaria de otra vivienda. Por otra parte, en la STSJ de Aragón de 11 de julio de 2013 se sigue el criterio del juez *a quo* y se le adjudica la vivienda a la mujer ya que es la que en peor situación económica se encuentra.⁴⁶

Es decir, como he apuntado no existe un criterio uniforme en aras de regular esta cuestión. A pesar de ello, voy a pasar a mencionar algunos de los criterios seguidos por los jueces en los últimos años en orden a establecer algún tipo de limitación temporal.

- Justificación por la titularidad del esposo, el gravamen de una hipoteca y por disponer la esposa de otra vivienda: este supuesto es el que se da en la St. 7 de febrero de 2013 antes citada se resuelve atribuyendo el uso a favor de la madre por el plazo de un año por las circunstancias económicas. .
- Hay que respetar el pacto contenido en el convenio regulador: en base al principio *standum est chartae* es necesario respetar el pacto del convenio regulador. Así por ejemplo en la SPAH de 31 de enero de 2012 que revoca la de la primera instancia los progenitores acuerdan establecer un pacto de atribuir el uso de la vivienda en propiedad por iguales y mitades parte de los esposos, por lo que respecta a la mujer hasta que las hijas dispongan de medios económicos para asumir una vivienda en propiedad o en alquiler.
- De manera que siempre que exista un acuerdo entre los progenitores se ha de estar a lo que hayan pactado.
- Atribución del uso de la vivienda como pacto liquidatario no sometido al art. 81 CDFA: En la SAPZ Sección 2^a de 29 de mayo de 2012 el objeto de la *litis* a resolver es la cláusula 4^a del Convenio de separación en la que los cónyuges habían pactado de forma exclusiva y específica la liquidación de la sociedad conyugal con adjudicación concreta de sus bienes.

Los bienes adjudicados a la mujer tenían menos valor que los del hombre, por lo que el esposo se comprometía a ofrecerles una vivienda a su mujer e hijas propiedad de sus padres, y en su defecto una residencia de similares

características haciéndose él, responsable de la renta y demás gastos que ocasionase.⁴⁷

La Audiencia Provincial entendió que la cláusula 4^a del Convenio de Separación impedía no solo acordar la extinción del uso, sino ni siquiera, limitar temporalmente la misma. Sin embargo las partes alegaron que se trataba de un convenio específico en el que los esposos habían pactado la liquidación. Por tanto, estamos ante un pacto liquidatorio de inexcusable cumplimiento no sometido al régimen normativo del art. 81 CDFA y establecido para intentar paliar esa desigualdad en la adjudicación de bienes ya que su alteración conllevaría la inefectividad de la liquidación practicada por los cónyuges.

- Justificación del plazo por la necesidad de conciliar el derecho de la hija y la finalidad liquidatoria propia de la limitación temporal: En la SAPZ Sección 2^a de 29 de mayo de 2012 la *litis* es la disconformidad sobre el plazo fijado para el uso de la vivienda. La recurrente que tenía la custodia de su hija menor de nueve años no se encontraba conforme con la limitación que se le había establecido de cinco años del uso de la vivienda.
- En opinión de la AP «la recurrente enfoca el problema en la única perspectiva de su situación y de sus intereses y los de su hija, queriendo prolongar tal uso hasta su mayoría de edad o independencia económica. Se trata sin embargo, de conciliar en lo posible la finalidad liquidatoria, que la limitación temporal que la ley contempla persigue y el derecho de la hija a seguir en la vivienda que le ha servido de morada, con la seguridad que tal medida le proporciona y evitando aspectos ligados a la finalización del uso por los que sin duda queda afectada». Por ello atendiendo a la situación del actor demandado procede la desestimación del recurso pero se prolonga dos años más el periodo de atribución que la STC señala.⁴⁸
- Justificación del plazo para evitar nuevos cambios a la menor: En la SAPZ de 22 de mayo de 2012 se concede el uso de la vivienda a la madre e hija hasta que ésta cumpla 18 años de edad para evitar así ciertos cambios que son perjudiciales para el interés del menor teniendo en cuenta que se trata de una

⁴⁷ MOLINS GARCÍA-ATANCE,E.« Regulación de la atribución del uso de la vivienda familiar» en *Actas de los XX encuentros del Foro de Derecho Aragonés*,(Zaragoza,Huesca,20109,El Justicia de Aragón,2011,págs. 323-378.

⁴⁸ En el mismo sentido la SAPZ de 20 de julio de 2012

menor de 11 años que ha pasado por un proceso penal contra su padre y por un divorcio conflictivo entre sus progenitores.⁴⁹

- Atribución de la madre que carece de trabajo y tiene la custodia de dos hijos menores, durante seis años- SAPZ, Sección 2^a, de 28 de febrero de 2012. En primer lugar hay que estar a lo pactado y así la cláusula primera del convenio establecía un límite temporal con la posibilidad de alquilar la vivienda uno de los cónyuges a partir de dicha fecha. De manera que la demandada podía permanecer en la vivienda alquilándola ya que esto se encontraba en el pacto que habían pactado.

Se excluye por imperativo legal, la atribución del uso sin limitación temporal: todo lo apuntado hasta el momento nos lleva a la conclusión de que el art. 81 CDFA impone un deber a los jueces de fijar un límite temporal al uso de la vivienda teniendo en cuenta las circunstancias concretas de la familia. Pero como hemos podido apreciar no hay un criterio jurisprudencial uniforme para determinar el límite temporal y en ocasiones, se recurre a límites temporales que son inciertos o indefinidos como el momento de la independencia de los hijos o el de la liquidación de la sociedad conyugal, con la finalidad de evitar situaciones no deseadas que podrían derivarse de la fijación de un plazo establecido.⁵⁰

Pero también hay que mencionar que junto con estos criterios, han existido y existen resoluciones judiciales que no van unidas a la circunstancia de la mayoría de edad o la independización económica de los hijos sino a otras causas como la limitación temporal hasta un término fijo sin perjuicio de que antes se liquide la sociedad de gananciales o hasta la venta de la vivienda en la que nos detendremos más adelante.

La limitación temporal del uso de la vivienda es una medida muy necesaria⁵¹ porque hasta entonces era necesario esperar a la mayoría de edad de los hijos y a su

⁴⁹ Fijan el plazo de un año la SAP de Huesca de 29 de febrero de 2012 y de 4 de julio de 2013 ; el plazo de dos años , la SAP de Teruel, de 20 de mayo de 2013, el plazo de tres años la STSJ de Aragón de 30 de abril de 2013; el plazo de cuatro años, la SAP de Zaragoza núm. 395 de 10 de julio de 2012 , el plazo de 5 años las SAP de Zaragoza núm. 70 de 12 de febrero ; la SAP de Zaragoza núm. 299 de 11 de junio de 2013 el plazo de seis años y el plazo de siete años la SAP de Zaragoza núm. 90 de 19 de febrero de 2013.

⁵⁰ Hasta los 26 años según la Ley de Derecho de la Persona de Aragón (art.66-2)

⁵¹ Y reclamada reiteradamente por la doctrina Cfr. Al respecto, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^aT, «Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia en el proceso contencioso», en *Abogados de Familia*, núm50, cuarto trimestre de 2008, Ed.La Ley; *Diario La Ley*, núm.7105, añoXXX, de 2 de febrero de 2009, Ref.S-29.

independencia económica para, una vez planteada la demanda correspondiente, tratar de recuperar la disponibilidad de la vivienda atribuida al que quedaba en compañía de aquellos.

Es cierto que los órganos judiciales establecen límites temporales al uso de la vivienda que en ocasiones pueden tacharse de restrictivos, además de que el CDFA no establece la posibilidad de prórroga⁵², pero en ningún caso, se deja sin efecto el deber de crianza y educación. Como se ha puesto de relieve en las diversas sentencias comentadas existe una preocupación constante por parte de los órganos judiciales de salvaguardar el derecho de habitación (65 CDFA). Por eso en ocasiones junto con el cese del uso de la vivienda durante la minoría de edad se incrementa la pensión de alimentos a satisfacer a estos. Por ejemplo la SAP de Zaragoza núm. 109 de 28 de febrero de 2012 que priva del uso de la vivienda a la mujer e hija por llevar sin utilizarla durante más de siete años, aumenta la pensión de alimentos de la hija que corre a cargo del progenitor no custodio.

Una vez finalizado el plazo de uso fijado, el progenitor habrá de abandonar la vivienda sin posibilidad de establecer prórroga, a fin de que decidan sobre el destino de la vivienda familiar. El tribunal Supremo ha admitido la validez de establecer una cláusula penal por cada día en el retraso en el cumplimiento de la obligación de abandonar la vivienda familiar⁵³

Además, es conveniente destacar que el legislador aragonés ha optado por no respaldar explícitamente la posibilidad de que el destino de la vivienda se acomode a lo que viene siendo «custodia compartida nido» que consiste en que los progenitores vayan rotando en el uso de la vivienda para así salvaguardar la permanencia de los hijos en el uso del hogar⁵⁴. Lo más lógico, es que la consideración de la gran cantidad de problemas e inconvenientes que esto conlleva en la praxis jurídica ha llevado al legislador a rechazar esta decisión⁵⁵.

⁵² Lo que en opinión de BALDA MEDARDE hubiese sido deseable, tal y como lo manifiesta en «La vivienda familiar en la Ley 2/2010...» cit.pág.228 y, de hecho, se prevé en el art.233-20.5 Cc de Cataluña.

⁵³ STS de 17 de octubre de 2007

⁵⁴ MARÍN GARCIA DE LEONARDO M^a T. (ob.cit, pág.83 y 84, texto y nota 35) se refiere a la posibilidad de atribución por períodos alternativos a cada uno de los litigantes, citando al respecto la SAP de Castellón de 23 de octubre de 2006 (JUR 2007, 228244). «Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia en el proceso contencioso», en *Abogados de Familia*, núm50, cuarto trimestre de 2008, Ed.La Ley; *Diario La Ley*, núm.7105, añoXXX, de 2 de febrero de 2009, Ref.S-29.

⁵⁵ Una exposición detallada de los mismos puede verse en GONZÁLEZ DEL POZO J.P (págs2052 y 2053) quien dice que la unidad familiar debe contar con al menos tres viviendas (como mínimo dos de

Por otra parte, como hemos podido apreciar dichos criterios indefinidos a pesar de ser amplios, siguen sin solucionar determinaciones problemas relativos a la interpretación

¿Podría entenderse cumplida la limitación temporal de la atribución del uso con la expresión « mientras dure la situación de necesidad que la motivó»?

6 ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA Y RÉGIMEN DE GASTOS

En el supuesto de que la vivienda sea titularidad de ambos progenitores ya sea porque tenga carácter consorcial o porque esté en régimen pro-indiviso, la aplicación de lo establecido en el art. 81 CDFA supone la privación de la atribución del uso de la vivienda a uno de los progenitores durante todo el tiempo en que se mantenga la medida. Siempre y cuando el juez no decida acordar la atribución del uso de la vivienda de forma alterna a ambos progenitores que en ese caso no supondrá la privación de la atribución del uso (lo que resulta infrecuente en la práctica).

Lo dispuesto en el apartado segundo del art. 81 CDFA «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». De manera que puede ocurrir que siendo la vivienda privativa de uno de ellos o común, el uso del inmueble se atribuya al cónyuge que no es titular pero que si que tiene la custodia. Podemos decir entonces, que ese uso es «gratuito» ya que independientemente de su capacidad económica, el cónyuge custodio, podrá residir sin coste alguno por tal concepto en el inmueble.

A pesar de no tener derecho a la posesión del inmueble el cónyuge propietario pero no custodio deberá abonar los gastos derivados de la propiedad como son los de comunidad, el impuesto sobre bienes inmuebles y el préstamo hipotecario si lo hubiera solicitado para adquirir dicha propiedad.⁵⁶ Si la vivienda es titularidad de ambos, tales cargas deberán ser abonadas por ambos cónyuges.

uso alterno) el incremento de las controversias sobre las condiciones de uso, la inadecuación de este modo de vida cuando los progenitores rehacen su vida formando nuevas familias, etc.«Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar ante la falta de acuerdo de los progenitores en la llamada Ley de Custodia Compartida en Aragón», en *Diario La Ley*, N°7537,2010.

⁵⁶ Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en la STS de 28 de marzo de 2011 (RJ 2011/939) y 26 de noviembre de 2012 (RJ 2013/186) « los gastos derivados de la titularidad de la vivienda tales como

Llegados a este punto, creo conveniente analizar las consecuencias que trae esta “gratuidad” del derecho del uso en la solución de las crisis matrimoniales.

I. El carácter gratuito del uso de la vivienda familiar: consecuencias

Para valorar las consecuencias que tiene la constitución del derecho de uso sobre la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial, es necesario atender a la naturaleza de tal derecho o, más bien a su comportamiento en la práctica.

Como hemos señalado anteriormente, como consecuencia de la falta de mención por parte del legislador la doctrina ha establecido diversas teorías respecto a la naturaleza de este derecho.

El Tribunal Supremo en varias de sus sentencias manifiesta el carácter real de derecho de uso pero para el caso de que la vivienda sea propiedad de ambos cónyuges. Y es que efectivamente, si sobre la vivienda no existiese un derecho de dominio y los cónyuges solo fueran arrendatarios o comodatarios, al tratarse de derechos personales, no cabría constituir sobre el inmueble un derecho real de goce. Evidentemente un juez de familia no podría gravar a favor de los cónyuges un bien que no pertenece a ninguno de ellos sin intervención del dueño del inmueble.

En el caso de que la vivienda sea titularidad de uno de ellos, el Tribunal Supremo niega el carácter real de dicho uso. De manera que cuando los cónyuges poseen en virtud de un derecho personal, no es posible conceptualmente gravar una propiedad al margen de la voluntad del propietario del inmueble.

El uso atribuido al cónyuge no titular se funda en la del titular del que deriva y esponible a terceros en la medida que el derecho que le sirve de sustrato, también lo es.

Así lo pone de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2010 «nadie puede dar lo que no tiene y, en consecuencia, la atribución del uso de la vivienda

gastos de hipoteca, las derramas extraordinarias el seguro del hogar o impuestos como el IBI seguirá corriendo a cargo de los dos progenitores debido a que ambos son cotitulares de la vivienda. Sin embargo los gastos derivados del uso de la vivienda corren a cargo del progenitor custodio».

como medida complementaria de la separación judicial no puede suponer la atribución de un derecho derivado de una titularidad de la que se carecía por el matrimonio».

Aunque existan hipótesis en las que el uso no pueda ser contemplado como un derecho real, ya que la posesión de los cónyuges se sustenta sobre uno personal, ello no constituye un argumento válido para negar el carácter real de dicho derecho.

En ocasiones se ha negado el carácter real de dicho derecho para luego aplicar las mismas consecuencias que se aplicarían en el caso de que tuviese naturaleza real. Lo que carece totalmente de sentido ¿Qué sentido tiene negar la condición de derecho real para luego admitir la oponibilidad *erga omnes* en las hipótesis en las que uno de ellos o ambos son propietarios del inmueble?

Distinto es que la negación de esa categoría, se sustente en que tal derecho de uso no es patrimonial sino familiar⁵⁷ Sobre lo que existe unanimidad en la doctrina es que el derecho de uso es oponible a terceros, comportándose como una auténtica carga real, lo que conlleva que el cónyuge no propietario que se ve privado del uso de la vivienda, ve gravada la misma sin recibir ningún tipo de contraprestación por ello.

Por tanto, nos encontramos con que el cónyuge propietario ve limitada su facultad de uso y disfrute, y también la de libre disposición. Este efecto tiene su justificación y es que lo que se pretende tras la ruptura es que el menor se mantenga en el mismo entorno familiar, doméstico, afectivo, social y escolar para que sea menos traumático el cambio que ya supone la ruptura de sus padres.

Es una medida de carácter asistencial, que lo que busca es mantener las mismas condiciones familiares existentes.⁵⁸ Está claro que el mantenimiento de los menores en su vivienda habitual es la solución más favorable para ellos. Sin embargo comparto la opinión de Cuena Casas de que puede compatibilizarse la función asistencial con la atención a la pérdida patrimonial que padece el propietario. Y es que el cónyuge no titular se ve indirectamente beneficiado por la atribución del uso de la vivienda por el

⁵⁷ GOI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M. «La oponibilidad del derecho de uso sobre la vivienda familiar» considera que se trata de un derecho de naturaleza familiar que provoca una limitación en la facultad de disposición oponible *erga omnes*, pero a su vez reconoce un contenido positivo, una serie de facultades, más cercanas al contenido de un derecho real, también oponible *erga omnes*.

⁵⁸ MARTÍN MELENDEZ, M.T «Fundamento de la atribución del uso de la vivienda familiar al esposo no titular y de su privación al titular en los casos de separación, divorcio y nulidad del matrimonio » en *Libro Homenaje al Prof. Albaladejo* coordinado por GONZÁLEZ PORRAS, J.M y MÉNDEZ GONZÁLEZ, P.T.II, Murcia, 2004, p.3106.

mero hecho de ostentar la guarda y custodia de los menores, prescindiendo la ley de cualquier criterio de capacidad económica de éste. Además de que puede ser fuente de conflictos entre los cónyuges debido a las situaciones de enriquecimiento y de desequilibrio que se pueden producir.

A todo esto se suma que desde 2005, no es preciso alegar causa alguna para instar el procedimiento de divorcio, por lo que no hay que descartar la posibilidad de que se produzcan abusos por parte del cónyuge que disfruta de la custodia

Una muestra de ella son los hechos enjuiciados por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2011. La sentencia dicta la separación de los padres y atribuye el uso de la vivienda a la madre que es la que disfruta de la custodia del hijo común.

Como con posterioridad la madre abandona la vivienda familiar para trasladarse a convivir con un tercero, el progenitor no custodio interpone demanda de divorcio, consiguiendo así la adjudicación de la vivienda.

Se recurre la sentencia ante la Audiencia provincial por infringirse lo dispuesto en el art. 96 Cc dado que no se había atribuido al cónyuge custodio. Sin embargo el Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia diciendo que « cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, como ocurre en este caso, en el que la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con la que convive, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia. La atribución del uso al menor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente, sería tanto como consagrarse un auténtico abuso de derecho, que no queda amparado en la ley». ⁵⁹ Es sorprendente que un caso tan claro llegue al Tribunal Supremo, fruto de la elevación del carácter asistencial de la medida llevada hasta sus últimas consecuencias pretendiendo una reserva del derecho de uso.

Sin embargo, hay que señalar que se aprecia una evolución de la jurisprudencia del TS respecto de esta cuestión ya que ha señalado en diversas ocasiones que la finalidad

⁵⁹ En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del TS 5 de noviembre de 2012, RJ 2012/10135)

asistencial que cumple la atribución del uso de la vivienda familiar cuando es privativa del progenitor no custodio, puede cumplirse también con otros medios como por ejemplo el pago de un alquiler en una vivienda adecuada.⁶⁰ El art. 233-20 CCat, establece que en el caso de que exista otra residencia que sea idónea para las necesidades del progenitor custodio y de los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada.⁶¹

El sistema actualmente vigente en materia de uso de la vivienda plantea serios problemas cuando el progenitor custodio convive con su nueva pareja en la vivienda propiedad del otro progenitor no custodio. Al tratarse el derecho de ocupación de un derecho gratuito, un tercero ajeno al matrimonio puede beneficiarse sin posibilidad de ejercitar ninguna acción el marido según se desprende de una interpretación del artículo. Como hemos podido apreciar la práctica nos muestra ejemplos de abuso por parte del cónyuge usuario que incluso a veces alquila a terceros habitaciones sobrantes para obtener ingresos adicionales, aun cuando se trata de la vivienda propiedad del otro progenitor.

Para concluir con este apartado, quiero resaltar que a pesar de que la disociación entre la titularidad de la vivienda y el derecho de ocupación de la misma está justificado por el carácter asistencial, no cabe duda de que tiene importantes repercusiones en el patrimonio de los cónyuges especialmente para el progenitor no custodio y propietario de la vivienda, ya que este se ve privado del derecho de posesión sobre la misma y, por otro lado, la eficacia *erga omnes* del derecho de uso impide la enajenación libre de cargas de manera que en cierta manera está bloqueando su valor económico.⁶²

⁶⁰ La sentencia del TS de 17 de junio de 2013 (RJ 2013/4375) excepciona que se aplique automáticamente el art. 96 Cc (81 CDFA) «cuando el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios»

⁶¹ Ver Sentencias del TS de 5 de noviembre de 2012(RJ 2012/101135) , 19 de noviembre (RJ 2013 /7447) y 3 de diciembre de 2013 (RJ 2013/7834)

⁶² En el proyecto de Gobierno sobre modificación de la regulación del matrimonio en el Cc se preveía que el uso de la vivienda podía corresponder al cónyuge no titular mediante la oportunas compensaciones” Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. I Legislatura. Serie A; Proyectos de Ley núm. 123, de 13 de marzo de 1980.

7. LA POSIBILIDAD DE ACORDAR JUDICIALMENTE LA VENTA DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La posibilidad de acordar judicialmente la venta de la vivienda familiar es otra de las novedades que introdujo la Ley 2/2010, y es manifestación de la importancia que van adquirir los aspectos patrimoniales sobre los personales, en los supuestos de ruptura de la convivencia con hijos a cargo.

Esta posibilidad se encuentra regulada hoy en el apartado 4 del art. 81 CDFA. La interpretación de este artículo lleva a la conclusión de que el acuerdo de venta inmediata o muy próxima a la sentencia es aplicable frecuentemente a los supuestos de custodia compartida y no de custodia individual. Y aun en el supuesto de custodia compartida solo se acordará siempre y cuando sea adecuado y necesario para las relaciones familiares. En este punto nos detendremos más adelante.

Como punto de partida, conviene delimitar los requisitos que exige la ley para que el juez pueda acordar la venta de la vivienda. El art. 81.4 CDFA establece en primer lugar «que el uso de la vivienda familiar sea a título de propiedad de los progenitores» y en segundo lugar «que su venta sea necesaria garantizar unas adecuadas relaciones familiares y para que cada progenitor pueda hacer frente a sus necesidades de alojamiento y de las de sus hijos».

Este precepto, plantea la necesidad de delimitar correctamente los supuestos en los que el Juez tiene la facultad de acordar la venta de a vivienda familiar. Para llevar a cabo una delimitación de forma correcta, conviene analizar cada uno de los presupuestos de forma separada.

Ahora bien el juez podrá acordarla siempre y cuando ésta sea adecuada y necesaria para las relaciones familiares. La vivienda ocupada por la familia merece una especial protección con carácter general.

Que el uso de la vivienda familiar sea a título de propiedad de los progenitores: en principio de la literalidad del precepto se deduce que solo es posible que el juez acuerde la venta judicial de la vivienda familiar en aquellos casos en los que ésta es titularidad de ambos o tiene naturaleza consorcial.

Hay que acudir al art. 190 CDFA donde se establece la necesidad del consentimiento del otro cónyuge, o en su defecto, autorización judicial para los actos de disposición voluntaria, o sustracción del uso común, de los derechos que correspondan a uno de los cónyuges, en todo o en parte, sobre la vivienda habitual de la familia o el mobiliario de la misma. Si no existe ese consentimiento ese acto será anulable.⁶³

Este precepto es aplicable en los casos en los que la vivienda pertenezca a uno de los cónyuges en todo o en parte, aunque en realidad esta restricción opera cuando la vivienda pertenezca exclusivamente a uno de los cónyuges, porque si la titularidad sobre la misma es común, porque existe entre los cónyuges una copropiedad ordinaria, o bien por aplicación de un concreto régimen económico matrimonial como el consorcial, en tales casos esta exigencia no derivará de este precepto sino de las propias reglas de la comunidad ordinaria-art. 399 CC o del régimen matrimonial en nuestro derecho arts.229 a 243 CDFA.

La limitación que establece el art. 190 CDFA que se encuentra dentro del Título Primero «Efectos generales del matrimonio», dentro del Libro segundo del Código dedicado al Derecho de Familia, opera sin embargo, sólo hasta la nulidad, separación o disolución del matrimonio y no después de la ruptura. Al igual que el art. 1320 CC que regula la protección de la vivienda familiar en situaciones de normalidad matrimonial.⁶⁴

El litigio se plantea cuando se ha tramitado un procedimiento de separación, divorcio o nulidad, o de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo y se dicta sentencia. Es en este momento cuando el Juez debe decidir sobre la atribución del uso de la vivienda familiar.

El progenitor al que se le atribuye el uso de la vivienda adquiere con ello, un derecho de habitación que como hemos señalado anteriormente es oponible a los terceros que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente la acción de división. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en varias de sus SSTS, en concreto en la de 2010 señala que «las razones de que este derecho sea oponible a

⁶³ FORCADA MIRANDA, F.J «La vivienda familiar en situaciones de ruptura matrimonial» en Actas de los decimocuartos encuentros del Foro de Derecho aragonés,(Zaragoza, Huesca) , p.20 a 23

⁶⁴ MOLINS GARCIA- ATANCE, E. «La regulación de la atribución del uso de la vivienda en el art. 81» en Actas de los XX encuentros del Foro de Derecho aragonés,(Zaragoza, Huesca, 2010), El Justicia de Aragón,2011,págs.323-378.

terceros que hayan adquirido del propietario único o en subasta son la protección de la familia y en la buena fe en las relaciones entre los cónyuges»⁶⁵

A diferencia del Derecho común, el derecho civil aragonés en su art. 81.4 CDFA no dice nada de que sea necesario requerir el consentimiento de las dos partes o autorización judicial para disponer de la vivienda cuando el uso de la misma corresponda al cónyuge no titular⁶⁶

Cuena Casas considera que en una situación de crisis matrimonial lo que merece especial protección es el derecho del cónyuge usuario de poseer el inmueble porque lo importante es que pueda permanecer en la vivienda.⁶⁷

Por tanto, el cónyuge titular de la vivienda sí que puede transmitir la propiedad a terceros sin el consentimiento del cónyuge no titular. Ahora bien en el supuesto de que sea el cónyuge no titular el que disfrute del derecho de uso de la vivienda éste debe respetarlo. Además que podrá inscribir en el Registro de Propiedad su derecho para que, quede salvaguardado y garantizado.

Por otra parte en el supuesto de que ambos progenitores sean titulares de la vivienda, el cotitular podrá ejercitar la acción de división de la cosa común, a través del procedimiento correspondiente. La acción de división se puede ejercitar con varios fines así por ejemplo para conseguir la cesación de la comunidad ordinaria, o lo que es más frecuente la venta a terceros del bien.

Si atendemos a la doctrina casacional⁶⁸ la SAP de Zaragoza núm. 296 de 28 de junio de 2013 distingue dos planos de eficacia del derecho de uso de la vivienda familiar; uno inter partes, en el entorno familiar y otro ad extra, frente a terceros posibles adquirentes del bien.

⁶⁵ Ver entre otras, SSTS de 27 de diciembre de 1999, 4 de diciembre de 2000, 28 de marzo de 2003, y 8 de mayo de 2006.

⁶⁶ MOLINS GARCÍA- ATANCE, E. «La regulación de la atribución del uso de la vivienda en el art. 81» en *Actas de los XX encuentros del Foro de Derecho aragonés*, (Zaragoza, Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, 2011, pág.343.

⁶⁷ CUENA CASAS, M. «Uso de la vivienda familiar y convivencia extramatrimonial con un tercero» en <http://hayderecho.com/2014/01/09/uso-de-la-vivienda-familia-yconvivencia-extramatrimonial-con-un-tercero>.

⁶⁸ SSTS de 22 de enero de 2013 y de 5 de febrero de 2013) que sigue la SAP de Zaragoza núm. 296 de 28 de junio de 2013

En el primer plano estamos ante un derecho de carácter familiar (personal) que pertenece al cónyuge o miembro de la pareja al que se lo atribuya la resolución del juzgado de familia.

Pero desde el punto de vista patrimonial ese derecho de uso no impide la transmisión de la vivienda, se puede vender o ceder a un tercero, o en el caso de que haya copropiedad ejercitar la acción de división de la cosa común. Pero la defensa del titular de aquel derecho familiar de naturaleza personal puede oponerlo a terceros adquirentes inscribiéndolo en el Registro de la Propiedad". Aplicando la doctrina al supuesto enjuiciado la Audiencia entiende que el derecho de uso atribuido a la madre custodia no impide que el otro cónyuge pueda ejercitar la acción de división de la cosa común, pero si será oponible a terceros adquirentes".

De manera que para ninguno de estos casos está pensada la facultad de acordar judicialmente la venta de la vivienda si la misma es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares porque el titular o cotitular no se ve privado de ejercitar la acción de división correspondiente. Ahora bien, como hemos mencionado anteriormente siempre se debe respetar el derecho de uso atribuido al cónyuge no titular.

Lo que es importante en estos supuestos, es si se otorga el derecho de uso o no de la vivienda más que la decisión judicial de la venta de la vivienda familiar, ya que pueden ejercitar la división de la cosa común.

En muchos de los supuestos de copropiedad ordinaria, se fija la venta de la vivienda una vez finalizado el tiempo establecido por el Juez. Se trata de una suerte de reserva de conclusión del condominio que sólo será efectiva si no se ha alcanzado un acuerdo por parte de los progenitores distinto sobre el destino que desean darle la vivienda en el intervalo de tiempo que media entre la sentencia que lo dicta y la finalización del derecho de uso de la vivienda.

De manera que la venta de la vivienda está pensada para supuestos en los que la vivienda constituye un bien común, y los cónyuges están sujetos a un régimen económico matrimonial como por ejemplo es el consorcio conyugal que suponga la existencia de una masa común de bienes y derechos.

En tal caso, una vez dictada la sentencia de nulidad, separación, o divorcio el art. 244 CDFA establece que se produce la disolución del pleno derecho del consorcio y tras la

disolución el art. 254 CDFA señala que la administración y disposición de los bienes comunes se regirá por lo acordado por los cónyuges y en su defecto, a lo dispuesto por el Juez.

De manera que lo que se pretende evitar con el acuerdo de venta de la vivienda es que se produzca una situación de bloqueo por la negativa de uno de los cónyuges a enajenar la vivienda en perjuicio de unas adecuadas relaciones familiares.

Castilla Barea considera, que en el art. 81.4 CDFA no se hace depender la posibilidad de la venta de la petición de la parte al respecto, y que no se exija que ambos sean titulares de la vivienda. Señala que a pesar de que el precepto dice que sea propiedad de los padres, la norma es ambigua y más si se tiene en cuenta el art. 1320 Cc que dispone que la disposición de los derechos sobre la vivienda puede hacerse con autorización judicial aunque pertenezcan esos derechos a uno solo de los cónyuges.⁶⁹

Hay que destacar lo que dice la Sala de lo civil y de lo penal sobre esta materia en una sentencias concretamente en la del 13 de julio de 2011 que se acordó la atribución del uso de la vivienda a la madre que tenía la custodia del hijo y se estableció una limitación temporal de ese derecho, limitado a la fecha de liquidación del consorcio y en todo caso si transcurrido dos años desde la liquidación no se hubiese repartido el patrimonio se procedería a la venta de la vivienda.

La Sentencia fue confirmada en segunda instancia y en casación la recurrente alegó que «no se habían tenido en cuenta las circunstancias concreta de la familia, pues la sentencia impugnada había considerado solo el aspecto económico sin valorar la atribución de la guarda y la custodia de los hijos a la madre». Se alegó por tanto que la medida de la venta iba en perjuicio de unas adecuadas relaciones familiares, por lo que no se cumplía el segundo requisito que exige la ley.

Sin embargo la parte no menciona cuáles son esas circunstancias que se han obviado, sino que simplemente se limita a decir que solo se ha tenido en cuenta el aspecto económico y no la atribución de la guarda y la custodia lo que no es cierto porque si que se ha tenido en cuenta. Todo ello lleva a que la sentencia sea confirmada en casación «al

⁶⁹ CASTILLA BAREA, M. «Notas sobre la guarda y custodia a propósito de la ley aragonesa de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convención entre los padres», en *Actualidad Civil* nº7, 2010, pág. 105-152.

no aparecer como irracional, contrario a las reglas de la lógica, o a las máximas discrecionales, facultativos o de equidad, que constituyen materia reservada a la soberanía del tribunal de instancia y, por consiguiente, no puede ser objeto de revisión casacional»⁷⁰

Esta sentencia plantea dos puntos de interés sobre la interpretación del art. 81. 4 CDFA. En primer lugar sobre el contenido y finalidad de la atribución de la vivienda. La norma deja al arbitrio del juez la fijación de la limitación temporal del uso. En segundo lugar sobre el contenido y finalidad del acuerdo de venta. La sentencia muestra que es irrelevante acordar la venta cuando ya ha finalizado el límite temporal (dos años en el supuesto enjuiciado)

Molins García- Atance considera que hay que distinguir entre los supuestos en los que la decisión sobre la venta se produce en una ruptura de convivencia de dos personas que no están casadas, de los casos en los que sí que existe este vínculo matrimonial.

En el primer supuesto lo frecuente, es establecer un plazo máximo de atribución temporal y fijar la venta posterior del bien, indicando que cualquiera de los co- propietarios podrá ejercitar la acción de división correspondiente, ante la jurisdicción ordinaria, en un nuevo procedimiento.⁷¹

En el segundo, el límite temporal suele durar hasta la liquidación del régimen económico matrimonial, fijando a veces un plazo máximo de uso, que si se traspasa se procederá a la venta, aunque no se haya liquidado el consorcio.

Po otra parte, respecto a la forma de llevar a cabo la venta, las partes suelen acordarlo o la sentencia judicial. Así por ejemplo la sentencia de 5 de septiembre de 2011 del Juzgado de primera Instancia nº16 de Zaragoza se fija el precio por el que ha de ser vendido y en defecto de pacto, por el precio medio calculado por uno o dos peritos agentes de la propiedad inmobiliaria.

- 1) Que su venta sea necesaria para garantizar unas adecuadas relaciones familiares y para que cada progenitor pueda hacer frente a sus necesidades de alojamiento y la de sus hijos

⁷⁰ Ver STS 903/2005, de 21 e noviembre y las allí citadas

⁷¹ MOLINS GARCÍA-ATANCE E. «La regulación de la atribución del uso de la vivienda en el art. 81» en *Actas de los XX Encuentros del foro de derecho aragonés*, (Zaragoza, Huesca, 2010), el Justicia de Aragón, 2011, págs.323-378.

Este segundo requisito restringe la facultad del juez de acordar la venta solo en los supuestos de custodia compartida y no de custodia individual.

Así lo reconoce la STSJ de 4 de enero de 2013.⁷²Como señala el Tribunal Superior de Justicia si el juez pudiese acordar la venta en el caso de custodia individual, el art. 81.1 CDFA carecería de sentido ya que ordena la atribución del uso temporal al progenitor que tiene la custodia individual.

Sin embargo, ello no impide que una vez finalizado el plazo de atribución del uso de la vivienda, pueda acordarse la venta. Como sucede en la Sentencia antes mencionada.

En los supuestos de custodia compartida solo es posible acordar la venta cuando esto sea necesario para garantizar unas adecuadas relaciones familiares.⁷³

Como hemos señalado anteriormente, es lógico que esta apreciación de necesidad se vaya a hacer dentro de los márgenes de discrecionalidad y equidad que corresponden al Juez de primera Instancia.

En cualquier caso, el examen de la jurisprudencia menor revela que los tribunales siguen un criterio muy restrictivo a la hora de apreciar esta necesidad, y por consiguiente autorizar la venta de la vivienda familiar, tanto en los casos de custodia compartida como individual.

Así por ejemplo la SAP de Zaragoza núm. 247 de 9 de mayo de 2013 que deniega la venta de la vivienda familiar por no haberse acreditado suficientemente que la venta instada por uno de los progenitores sea necesaria para unas adecuadas relaciones, «no valiendo simplemente decir a estos efectos que la venta o arrendamiento de la vivienda aseguraría una vida independiente de casa uno de los progenitores».⁷⁴

⁷² La Audiencia Provincial de Zaragoza ya se había pronunciado en este sentido, en contra de autorizar la venta de la vivienda en los supuestos de custodia individual. Así por ejemplo la SAP de Zaragoza núm. 433 de 18 de julio de 2011 no aprecia la necesidad de venta de la vivienda familiar para unas adecuadas relaciones familiares y señala que la necesidad que permite la venta no es la económica de alguno de los progenitores. También la SAP de Zaragoza núm. 132 de 13 de marzo de 2012 que deniega la venta, ya que ello supondría la necesidad de una vivienda para los hijos con lo que tampoco se solucionarían los problemas económicos por los que pasa el recurrente. LOPEZ AZCONA, A. «Crianza y educación de los hijos menores »en *Relaciones entre padres e hijos: ;un modelo a exportar?* Zaragoza, 2014, Editorial Institución Fernando el Católico, pág.101.

⁷³ Doctrina que reproduce la SAP de Zaragoza núm. 247 de 9 de mayo de 2013

⁷⁴ LÓPEZ AZCONA, A.« Guarda y crianza de los hijos» en *Relaciones entre padres e hijos: ;un modelo a exportar?* Zaragoza,2014, Editorial (Fernando el Católico) ,pág.104

En ocasiones la limitación temporal del uso de la vivienda se hace depender de la independencia económica de los hijos. Puede citarse a título de ejemplo la SAPT de 28 de marzo de 2012 en el que se atribuye la guarda y custodia al padre, y se limita el uso de la vivienda hasta que « se independicen abonando el mismo o cuando adquieran suficiente independencia económica de sus padres, como para poder procurarse un domicilio propio , ya que en las actuales circunstancias sociales el hecho de alcanzar la mayoría de edad no supone alcanzar una independencia que permita a los jóvenes, máxime en los supuestos en que se encuentran en periodo de formación académica, vivir de manera independiente sin necesidad de la ayuda y protección de sus progenitores, lo que necesariamente conlleva a que, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren el presente caso, tal y como impone el art. 81.3 CDFA el límite temporal quede fijado hasta que los hijos alcancen esa independencia de sus padres».⁷⁵

Respecto a la solicitud de despacho de la ejecución, se han planteado diferentes peticiones de ejecución como por ejemplo el desalojo de una vivienda en copropiedad ordinaria, o en vivienda común in haber procedido a liquidar el régimen económico matrimonial.

De un examen de la jurisprudencia se puede extraer que la Audiencia Provincial de Zaragoza entiende que el desalojo de la vivienda excede del contenido de título ejecutivo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 551 LEC, no debiendo confundir el derecho de uso fijado en resolución judicial firme en la resolución judicial firme, por plazo determinado, con el derecho de cualquier propietario a usar los bienes que le pertenecen, que no puede ser vulnerado, y sin que ello implique limitación del derecho de propiedad del apelado, que tiene a su disposición los derechos previstos legalmente, los cuales podrá ejercitar por vía oportuna (en el caso enjuiciado se solicitó la venta en subasta pública que fue denegada quedando firme dicho pronunciamiento) –AAPZ Sección segunda, de 21 de febrero de 2012 n^a 462/2012 ⁷⁶

⁷⁵ En el mismo sentido se pronuncia la SAPH de 15 de diciembre de 2011: guarda y custodia a la madre, limitación del uso hasta que el hijo cumpla 23 años de edad que « es la edad que usualmente se alcanza cuando se realizan estudios superiores, y es casi seguro que hasta esa edad dependerá económicamente de sus progenitores».

⁷⁶ Ver AAPZ, Sección segunda, de 18 de septiembre de 2012, n^a462/2012 en la que se dice que al ser la vivienda de ambos progenitores, los dos gozan de los mismos derechos y obligaciones sobre aquella inherentes a la titularidad, por lo que la pretensión de desalojo de un copropietario excede del contenido de título ejecutivo, así como la entrega de llaves de acceso. Asimismo la AAPZ, Sección segunda, de 19

de abril de 2011, n°227 /2011, se argumenta que la vivienda ha sido incluida en el activo de la sociedad conyugal y por tanto ambos progenitores gozan de los mismos derechos.

8. CONCLUSIONES

Llegados a este punto, lo que se pretende es recalcar e insistir a modo de síntesis en aquellos aspectos de mayor relevancia que se han venido exponiendo hasta el momento.

La Ley 2/2010, de 26 de mayo Ley de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de padres con hijos, supuso un antes y un después en la regulación de la guarda y custodia de los hijos.

A modo de conclusión general hay que insistir y recalcar en la importancia de esta Ley. Esta Ley fue especialmente novedosa no solo por introducir el régimen de la custodia compartida como opción preferente sino también porque reguló por primera vez la atribución del uso de la vivienda familiar específicamente, en los artículos 3 y 7.

Así pues, con anterioridad a la promulgación de la ley de igualdad en las relaciones familiares las únicas referencias eran los artículos 90, 91 y 96 Cc. La regla general era atribuir el uso de la vivienda a lo que los progenitores acordasen y en su defecto, al progenitor custodio, sin ninguna mención a la custodia compartida. Por tanto esta ley reguló de forma específica la atribución del uso de la vivienda que hasta ese momento existía un vacío legal.

A partir de esta Ley, la custodia compartida pasa a ser la opción preferente debido a que se considera que redonda en una mayor protección del interés superior del menor. ¿En qué consiste el interés superior del menor? Para contestar a esta cuestión hay que acudir al art. 76. 2 CDFA donde se establece que «toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio de los mismos». De manera que es el principio que debe presidir las relaciones familiares y también a la STC 185/2012 de 17 de octubre donde el TC se pronunció al respecto, diciendo que «el interés superior del niño opera, precisamente como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia».

Se ha podido apreciar que la atribución del uso de la vivienda es una de las cuestiones que más controversias suscita entre los progenitores a la hora de regular sus relaciones familiares.

Hay que insistir de nuevo en la importancia que tiene el saber con exactitud a qué se está refiriendo el legislador cuando utiliza el término « vivienda familiar». Para ello, hay que conectar el art 81 con el art 190 CDFA donde se ofrece una noción muy amplia de la vivienda identificándola con la familia. Hemos visto que el art 81 se refiere indistintamente a la vivienda familiar y al domicilio familiar por lo que podemos concluir que la vivienda es la sede del domicilio familiar que dependerá de lo que acuerden los progenitores o, en su defecto del acuerdo de la Junta de Parientes (si ambos deciden acudir a ello) o de la decisión del juez, según el art 184.1 CDFA. Este precepto establece la presunción de que el domicilio es aquel donde los progenitores conviven habitualmente o uno de ellos con la mayor parte de la familiar. De manera que no pueden existir varios domicilios familiares simultáneos. Además de que la Jurisprudencia ha insistido en la importancia de que exista una intención de permanencia en dicho lugar, de no ser así no puede considerarse vivienda familiar.

Como se ha podido apreciar el fundamento de la atribución del uso de la vivienda, no es otro que el interés superior del menor desde el mismo momento en que esta medida se vincula a la existencia de hijos a cargo. La naturaleza jurídica de la atribución del uso de la vivienda es una de las cuestiones que más polémica provoca entre la doctrina. Desde mi punto de vista nos encontramos ante un derecho de carácter familiar y así se ha reconocido en la STS 859/2009 donde se formula la siguiente doctrina casacional «De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia, no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección» (RDGRN de 14 de mayo de 2009). Ahora bien el hecho de considerar que este derecho tiene carácter familiar no significa que sea incompatible con la naturaleza de real. Y es que efectivamente, si sobre la vivienda no existiese un derecho de dominio y los cónyuges solo fueran arrendatarios o comodatarios, al tratarse de derechos personales, no cabría constituir sobre el inmueble un derecho real de goce

En cuanto a los criterios legales de atribución del uso de la vivienda en defecto de pacto hemos diferenciado, al igual que hace la Ley los supuestos en los que hay custodia compartida de aquellos en los que la custodia se atribuye a uno de los progenitores.

En la custodia compartida que es la opción preferente en nuestra legislación, el criterio de atribución del uso de la vivienda queda recogido en el art. 81.1 del Código Foral que dice: «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».

Si algo ha tenido que quedar claro en la exposición de este trabajo es que para adoptar medidas en una situación de ruptura de la convivencia de los progenitores, ha de atenderse de manera prioritaria al interés superior del menor.

Respecto al dilema planteado de si el criterio del interés superior del menor a favor de la atribución del uso de la vivienda es una presunción *iuris et de iure* o *iuris tantum*, me he decantado, al igual que la mayor parte de la doctrina por la opción segunda. Se trata de una presunción que admite prueba en contrario sobre la posibilidad de satisfacer el interés superior del menor.

Si consideramos que se trata de una presunción *iuris et de iure*, obviamos ciertos aspectos que desde mi punto de vista hay que tener en cuenta como pueden ser que la vivienda sea titularidad de uno de los cónyuges o la posibilidad de que el cónyuge custodio disponga de otra vivienda.

En cuanto al significado de que la atribución del uso de la vivienda debe realizarse al progenitor que tenga más dificultades de acceso a una vivienda destaco la opinión de Castilla Barea que considera que en la custodia compartida los hijos siguen disfrutando de la vivienda familiar con independencia del progenitor a quien se atribuye su uso, por lo que el factor decisivo es la mayor dificultad de acceso a la vivienda familiar.

Por otra parte de no resultar aplicable el criterio establecido en el art 81 CDFA «el juez podrá decidir el destino de la vivienda en función del criterio del interés que sea más conveniente para las relaciones familiares». En este caso nos encontramos como hemos señalado anteriormente, ante un concepto jurídicamente indeterminado con los riesgos que ello comporta y que he ido señalando.

En la custodia individual el criterio por excelencia es atribuir el uso de la misma al progenitor custodio. Al hilo de esto, hay que insistir en que en ocasiones se han

producido ciertos «abusos» por parte del progenitor custodio en la práctica precisamente por ese automatismo de atribuir el uso de la vivienda al progenitor custodio.

Y hay que traer a colación dos aspectos: en primer lugar, que a pesar de que este criterio tiene carácter asistencial y lo que se pretende es que el menor permanezca en el mismo entorno familiar, doméstico en el que se ha ido desarrollando, no se puede negar que tiene importantes repercusiones patrimoniales especialmente para el cónyuge no custodio y propietario de la vivienda, y en segundo lugar, que la jurisprudencia del TS respecto de esta cuestión ha evolucionado ya que ha señalado en diversas ocasiones que «la finalidad asistencial que cumple la atribución del uso de la vivienda familiar cuando es privativa del progenitor no custodio, puede cumplirse también con otros medios como por ejemplo el pago de un alquiler en una vivienda adecuada».

En cuanto a la limitación temporal al uso de la vivienda, regulada en el art. 81.2 del CDFA podemos concluir que la finalidad no es otra que pretender evitar «la colisión de los derechos legítimos que al otro progenitor puedan corresponder sobre el referido inmueble, no tanto en cuanto a su uso como en lo que respecta a su disposición».

Por último, he hablado sobre la posibilidad de la venta judicial de la vivienda familiar que se recoge en el apartado 4 del art. 81 CDFA. En virtud del cual la venta de la vivienda familiar solo podrá acordarse cuando concurran los siguientes requisitos: «que el uso de la vivienda familiar sea a título de propiedad de los progenitores» y en segundo lugar «que su venta sea necesaria garantizar unas adecuadas relaciones familiares y para que cada progenitor pueda hacer frente a sus necesidades de alojamiento y de las de sus hijos». Hemos podido apreciar que existen problemas a la hora de delimitar estos conceptos.

Sin embargo tras un examen de la jurisprudencia se ha podido apreciar cómo los tribunales siguen un criterio muy restrictivo a la hora de apreciar esta necesidad, y por consiguiente autorizar la venta de la vivienda familiar, tanto en los casos de custodia compartida como individual.

BIBLIOGRAFÍA

BALDA MEDARDE, M.J., «La vivienda familiar en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres», en *Actas de los XX encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs.217-230

CASTILLA BAREA Margarita «Notas sobre la Guarda y Custodia a propósito de la ley aragonesa de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia entre los padres» en *Actualidad Civil* nº 7, 2010 pp. 105-152. Trabajo incardinado en el Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación denominado «La nueva familia ante el Derecho Público y privado» del que es investigadora principal la Dra. Matilde Cuena Casas.

CERVILLA GARZÓN, M.D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid, 2005.

CUENA CASAS, .M., «Uso de la vivienda familiar y convivencia extramatrimonial con un tercero» en <http://hayderecho.com/2014/01/09/uso-de-la-vivienda-familia-y-convivencia-extramatrimonial-con-un-tercero>.

FORCADA MIRANDA, F.J., «La nueva regulación de la custodia en la ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: custodia compartida, autoridad familiar, responsabilidad parental, traslado y sustracción de menores», en *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza – Huesca, 2010,), El justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs.177-215

GONZALEZ CAMPO, F. de A.: «Nota procesal a propósito de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres» *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm.16, 2010, págs.227-250.

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo «Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley de Custodia Compartida en Aragón» en *Diario la Ley* nº 7537 ,2010

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo «Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido de pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida en Aragón» en *Diario La ley* nº 7529, 2010

LOPEZ AZCONA A., «Crianza y educación de los hijos menores de padres que no conviven: atribución del uso de la vivienda familiar» en *Relaciones entre padres e hijos: ¿un modelo a exportar?* (Editorial Fernando el católico), Zaragoza, 2014.

MARTINEZ DE AGUIRRE y ALDAZ C., «La ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: una aproximación inicial», en *Actualidad del Derecho en Aragón*, núm. 8, octubre 2010,

-, «La regulación de la custodia compartida en la Ley de Igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres» en *Actas de los vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza- Huesca, 2010) El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs.133-176

MOLINS GARCÍA -ATANCE E: «La regulación de la atribución del uso de la vivienda en el artículo 81 del código del derecho foral de Aragón» en *Actas de los XX encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza- Huesca, 2010) El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2013, págs.323-378.

MORENO VELASCO, Víctor: «La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores» en *Diario la Ley*, N°7843,2012.

PARRA LUCÁN, M^a Ángeles: «La familia en el Derecho Civil de Aragón» en *Tratado de Derecho de la Familia, Vol. VII: La familia en los distintos Derechos Forales*, Ed. Aranzadi S.A., 2011, págs.759 y ss en particular págs. 794 a 802.

PICONTÓ NOVALES, Teresa: *La custodia compartida a debate.* Cuaderno «Bartolome de las Casas», núm.56, Ed. Dykinson, Madrid, 2012,181págs.

ROMERO COLOMA, Aurelia María: «La guarda y custodia compartida como medida familiar favorable a los hijos» en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 814/2011(Opinión) (BIB 2011/272)

ROMERO COLOMA, Aurelia María: «La guarda y custodia compartida y las relaciones entre los progenitores», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 825/2011 (Comentario) (BIB 2011/1141)

SALINERO ROMÁN, Francisco: «La custodia compartida: el cambio de la custodia monoparental a la custodia por ambos progenitores» en *XV Jornadas de Derecho de Familia organizadas por la Asociación Española de Abogados de Familia y el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla*, Sevilla, 2010

SERRANO GARCÍA J.A., y BAYOD LÓPEZ, M.ª.C , «Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo» en *Guiones para el estudio del Derecho de Familia y sucesiones en Aragón*, ed. Kronos, Zaragoza, 2012, págs.61-71

-, «La Custodia Compartida Aragonesa en la primera Jurisprudencia» en *Actas de los XX encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2013, págs. 181 294

TENA PIAZUELO, I., «Las rupturas de parejas con hijos: la opción por la custodia compartida» en VV.AA: *Factores y Contenidos de la evolución del Derecho de Familia*, Montevideo, 2008, pp.45 y ss

TENA PIAZUELO, I., «Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños de primera?» , *Aranzadi Civil-Mercantil*,1/2011 (Estudio),pp.79-98(BIB2011/21)