

CUSTODIA COMPARTIDA Y ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA



En los procedimientos de familia la vivienda familiar se ha convertido en una fuente de problemas, problemas a los que el legislador no ha dado una solución, por

lo que en este momento su trabajo lo está haciendo la Sala de Civil del Tribunal Supremo.

El año pasado mediante la **Sentencia n.º 641/2018, de fecha 20 de noviembre, dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo** que comenté en el post «La convivencia con una nueva pareja como causa de extinción de la atribución del uso de la vivienda», nuestro Alto Tribunal dio solución a aquellos casos en que el progenitor custodio –que tiene atribuido el uso de la vivienda familiar– rehace su vida y se lleva a vivir a su nueva pareja a la vivienda familiar.

Este año nuestro Alto Tribunal ha dado respuesta a otro supuesto que se plantea **cuando los progenitores no tienen recursos económicos para mantener dos o tres viviendas** –caso en el que los que rotan son los progenitores, ya que se hace un uso compartido de la vivienda familiar permaneciendo en ella los hijos– **y se pretende una custodia compartida.**

En estos casos, si se atribuye el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores, el otro progenitor se puede quedar en la calle. Así, la calidad de vida de los menores cuando estén con el progenitor que no tiene asignado el uso de la vivienda familiar puede ser notablemente inferior, y esto, al final, puede suponer un obstáculo para acordar una custodia compartida.

EL CASO

El caso es el siguiente: en el año 2015 **un padre solicitó la custodia compartida y la atribución del uso de la vivienda también de forma compartida**, así los que rotaban eran los progenitores, a lo que se opuso la demandada.

Mediante **Sentencia de fecha 27 de junio de 2017 dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Motril –Granada–** se estimó la demanda acordando, textual de su tenor literal, lo siguiente:

«Estimar la demanda de modificación de medidas presentada por la representación procesal de ——— aprobando las siguientes:

1.- La guarda y custodia del hijo menor de ambos se ejercerá de forma compartida por ambos progenitores, estando con cada uno de ellos por semanas alternas. La semana correspondiente al padre coincidirá con aquella en que el mismo tenga en su trabajo turno de mañana.

2.- El menor permanecerá en el domicilio de ———, situado en calle ———- debiendo el padre y madre (o personas por ellos autorizados), alternativamente recoger al menor el lunes de la semana respectiva a la salida del colegio, devolviéndolo también el lunes siguiente al centro escolar a la hora de

entrada al mismo, pasando esa semana en compañía del niño en dicho domicilio.

3.- El jueves de la semana que no corresponda la guarda y custodia, el progenitor no custodio podrá recoger al menor a la salida del



colegio y estar con él hasta las 20:00 horas, devolviéndolo a su domicilio.

4.- Las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y Verano, se dividirán por mitades entre los dos progenitores, eligiendo período el padre en años pares y la madre en los impares.

5.- Cada progenitor asumirá los gastos ordinarios que genere el menor durante el tiempo que esté a su cargo. Los gastos extraordinarios, previamente consensuados, serán abonados por mitad entre ambos progenitores.

No hay pronunciamiento en materia de costas.»

Contra dicha sentencia la progenitora formuló recurso de apelación que fue resuelto mediante **Sentencia de fecha 25 de mayo de 2018 dictada por la Sección 5.ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Granada**, por la que, textual de su tenor literal, se acordó:

«Fallamos: No ha lugar a efectuar modificación de medidas alguna, manteniéndose la sentencia actualmente en vigor, en sus propios términos.»

Es decir, la Sección 5.ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Granada estimó el recurso de apelación formulado por la madre revocando la guarda y custodia compartida acordada en primera instancia.

SENTENCIA N.º 215/2019, DE FECHA 5 DE ABRIL, DICTADA POR LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Finalmente, contra la sentencia dictada por la Ilma. Audiencia Provincial de Granada el padre, que había ganado en primera instancia, formuló recurso de casación, que ha sido resuelto mediante **Sentencia n.º 215/2019, de fecha 5 de abril de 2019, dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo** por la que, textual de su tenor literal, se ha acordado:

«Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

1.- Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por D. ——— representado por la procuradora Dña. Esmeralda González García del Río contra sentencia de 25 de mayo de 2018 de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Granada en el rollo de Apelación 661/2017.

2.- Casar la resolución recurrida, confirmando la sentencia de 27 de junio de 2017 (procedimiento ordinario 463/2015) del Juzgado de primera Instancia n.º 2 de Motril, excepto en lo relativo a la residencia del menor, que habrá de ser en el domicilio de cada uno de los progenitores, en el período respectivamente atribuido.

3.- En cuanto al destino de la vivienda familiar será el que las partes le den, de acuerdo con la naturaleza del bien.

4.- No procede imposición de las costas del recurso de casación, con devolución del depósito constituido para recurrir.»



Siendo de interés en lo que a este post se refiere el **Fundamento de Derecho Quinto** de dicha resolución en el que, textual de su

tenor literal, se recoge:

«**QUINTO.**- En cuanto a que los progenitores se alternen en la vivienda familiar, para que el niño no salga de la misma, es un sistema que impugna la parte recurrida y que no es compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común (arto 96 del C.Civil).

A la vista de ello, estimando el recurso de casación y asumiendo la instancia, se casa la sentencia recurrida y se confirma la sentencia de 27 de junio de 2017 (Proc. 463/2015) del JPI no 2 de Motril, excepto en lo relativo a la residencia del menor, que habrá de ser en el domicilio de cada uno de los progenitores, en el período respectivamente atribuido.

En cuanto al destino de la vivienda familiar será el que las partes le den, de acuerdo con la naturaleza del bien.»

Es decir, para que lo entendamos todos, lo que cabe inferir de esta sentencia es que **en estos casos lo más apropiado es que la vivienda familiar se venda y que lo obtenido se reparta**

entre sus propietarios –los progenitores– de forma que ambos puedan hacer frente a sus necesidades en iguales condiciones, por lo que en el fondo *esta sentencia viene a garantizar la igualdad de los progenitores a la hora de criar a sus hijos.*

Siendo la conclusión que *en estos casos lo mejor es no atribuir el uso de la vivienda a ninguno de los progenitores* para que así puedan proceder a su liquidación, bien comprando uno de los progenitores su cuota de participación al otro o vendiéndola a un tercero, que es la solución más práctica y seguida en muchos países de nuestro entorno.

CRÍTICA DEL SUPREMO A LAS AUDIENCIAS QUE NO SIGUEN SU DOCTRINA EN MATERIA DE CUSTODIA COMPARTIDA

Para terminar especial mención merece el «rapapolvo» que la Sala de lo Civil echa a la Audiencia Provincial de Granada, como ya lo hizo en su día con la Audiencia Provincial de Madrid –referido en el post «¿Conocen todas las Audiencias la doctrina del Tribunal Supremo en materia de custodia compartida?»–.

En este sentido, en el **Fundamento de Derecho Cuarto** de la sentencia hoy comentada, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, concluye:



«La sentencia recurrida, se aparta de la doctrina mencionada, sustentando su postura en datos inconsistentes, imprecisos e incompletos, limitándose a mencionar las bondades del mantenimiento del sistema de custodia sin contrastarlo con las posibilidades del solicitado, que aconsejaba el informe psicosocial.»

Todo lo que hemos visto evidencia el cansancio de la Sala de lo Civil del *Tribunal Supremo* al tener que estar actuando como una tercera instancia cuando no lo es, ante la constante inaplicación –por muchas Audiencias Provinciales– de la doctrina dictada por nuestro más Alto Tribunal y que dichas Audiencias están obligadas a aplicar.

Y esto no es una cuestión baladí, estimados lectores, ya que consecuencia de ello ***muchos progenitores se ven en la lamentable obligación de llegar hasta el Tribunal Supremo para conseguir lo que en las Audiencias Provinciales les tendrían que dar, con el coste económico y de tiempo que todo ello conlleva.***

Más información en:

Sentencia de fecha 5 de abril de 2019 dictada por la Sala de

lo Civil del Tribunal Supremo