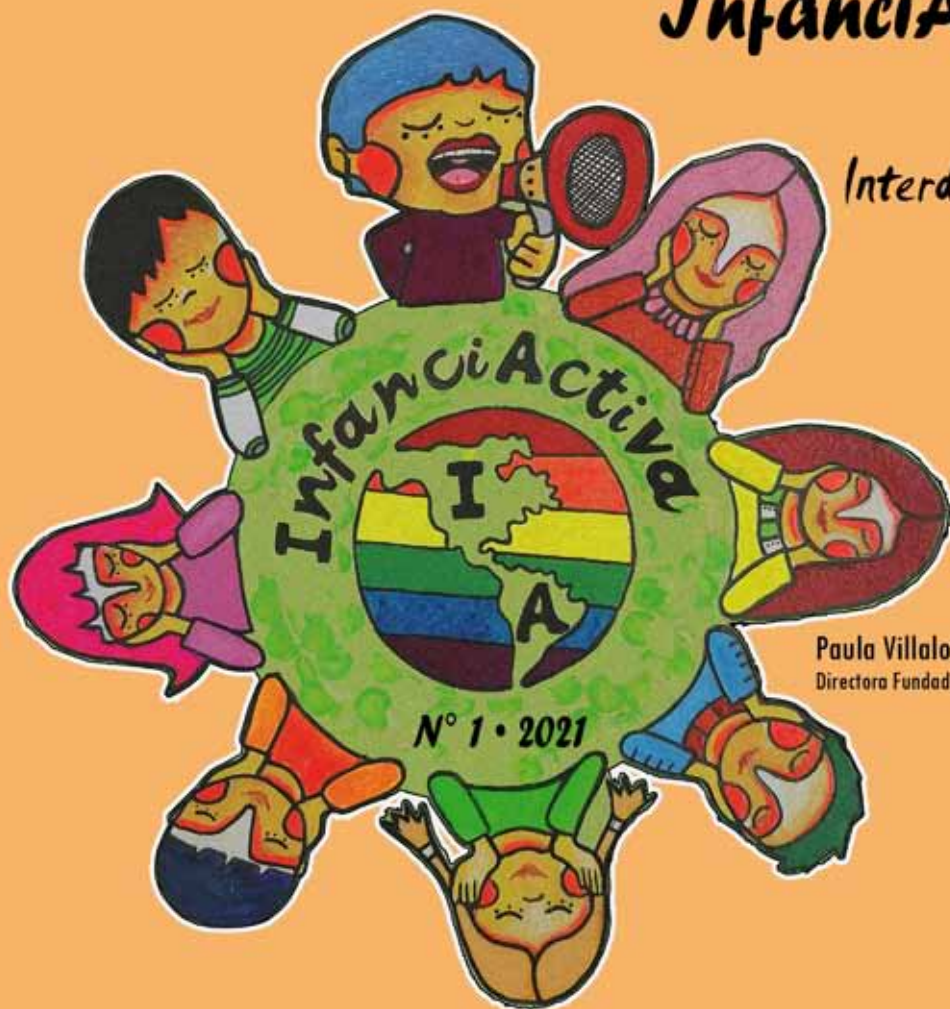


InfanciActiva

Revista
Interdisciplinar



Paula Villalobos Molina
Directora Fundadora

Publicación digital, interdisciplinaria e intergeneracional, que toma en consideración la condición de los niños, niñas y adolescentes como actores sociales, haciendo énfasis en sus derechos y responsabilidades como ciudadanos y en su posición en la sociedad.

LIBROTECNIA
LIBROTECNIA®



Paulo Gálvez Sotelo
Diseñador dibujo de Portada

Atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales o de pareja

The attribution of the use of the family housing in marital or couple's crisis

CARMEN VILLANUEVA LUPIÓN*

RESUMEN: La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales o de pareja se resuelve sobre los criterios del artículo 96 CC. A falta de acuerdo de los cónyuges, contiene una primera norma cuando existen hijos menores de edad, de atribución por el juez al cónyuge custodio. El precepto es imperativo; pero se ha planteado la posibilidad de asignar otra vivienda distinta de la familiar, si con ello se cumplen del mismo modo las necesidades de habitación del menor. La realidad social también exige contemplar cómo se resuelve la situación de los hijos mayores o con necesidades especiales. Del mismo modo, es necesario tener en cuenta otros intereses en conflicto, si el derecho de uso recae sobre una vivienda de titularidad de un tercero. Así como el interés del cónyuge no adjudicatario, mediante una compensación económica, de ser posible. Por otra parte, el artículo 96 CC no da respuesta a la atribución de la vivienda familiar en la custodia compartida, aplicándose por analogía otros preceptos de este artículo, sobre el criterio del interés más necesitado de protección. Esta atribución se constituye con carácter temporal. Las Comunidades Autónomas con competencia en la materia han legislado de forma más exhaustiva esta atribución del derecho de uso. Por último, como situación excepcional, la legislación especial permite la permuta del derecho de uso en los supuestos de violencia de género.

PALABRAS CLAVE: atribución del uso de la vivienda familiar, custodia exclusiva, custodia compartida.

ABSTRACT: The attribution of the use of the family housing in marital or couple's crisis is solved on the criteria of the article 96 CC. In the absence of agreement by the spouses, the article contains a first rule when there are minor children, in which the family housing is attributed by the judge to the custodial spouse. This provision is mandatory, but the possibility of assigning another dwelling different from the family dwelling has been raised if the child's housing needs are met in the

* Profesora Colaboradora Doctora de Derecho Civil. Universidad de Jaén (España). clupion@ujaen.es

same way. The social reality also requires that consideration be given to how the situation of children of legal age or those with special needs is resolved. Similarly, it is necessary to take into account other conflicting interests, if the right of use falls on a dwelling owned by a third party. As well as the interest of the non-awardee spouse, by way of financial compensation, if possible. On the other hand, article 96 CC does not respond to the attribution of family housing in joint custody, applying by analogy other precepts of the article over the criterion of the interest most in need of protection. This allocation is temporary. The Autonomous Communities with competence in this area have legislated more exhaustively on the attribution of the right of use. Finally, as an exceptional situation, special legislation allows for the exchange of the right of use in cases of gender violence.

KEYWORDS: attribution of the use of the family housing, sole custody, joint custody.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La vivienda familiar está protegida por un estatuto legal con reglas específicas en el ordenamiento jurídico español, tanto en la situación del matrimonio como en los estados de crisis matrimonial, esto es, en la separación y el divorcio, así como en la nulidad. Durante la situación de normal convivencia familiar, con independencia de quien sea el cónyuge titular de la vivienda y del régimen económico que rijan constante el matrimonio, el art. 1320 CC, entre las disposiciones generales o normas del régimen primario, aplicable a cualquiera que se establezca, contempla que para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial.¹ Como indica la sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS), de 31 de diciembre de 1994:² *“esta protección legal de la vivienda familiar se produce a través de la propia protección del derecho que la familia tiene al uso. El art. 1320 CC protege la vivienda familiar al exigir que los cónyuges tengan que actuar de consuno para enajenar la propiedad, extinguir el usufructo o cualquier derecho, en virtud del cual se habite la finca y no pueda continuarse*

¹ Precepto introducido en el ordenamiento jurídico a través de la Ley 11/1981. Si bien, como expresa el art. 1320, párrafo 2: La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.

² STS núm. 1199/2004, de 31 de diciembre.

la habitación". En las situaciones de crisis matrimonial, la protección se otorga, fundamentalmente, a través del art. 90 CC, que prevé el control judicial sobre el convenio regulador que contiene la atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar. Así como mediante la aplicación del art. 96 CC, que establece unos criterios para la atribución del uso de la vivienda, atendiendo al interés más digno de protección, concediendo también facultades al juez.³

No obstante, el art. 96 CC necesita una adecuación a la realidad social, pues, por otra parte, no da respuesta a la asignación de la vivienda en los supuestos de custodia compartida, de modo que los criterios a seguir o su adaptación se han ido fijando por la doctrina y la jurisprudencia.

La atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis de pareja respeta, en principio, la autonomía de la voluntad de las partes y se rige por el pacto que establezcan. En cualquier caso, debe garantizarse la adecuación del pacto a Derecho y que no sea dañoso gravemente para uno de los cónyuges o perjudicial para los hijos (*ex.* art. 90.1 y 90.2 CC). Porque la atribución del uso de la vivienda familiar es, además, una cuestión de orden público, no solo por la exigencia a los poderes públicos de la protección de la familia en el art. 32 de la CE, sino porque en dicha atribución debe procurarse la satisfacción del interés más necesitado de protección. Este interés es, en primer lugar, el de los hijos menores de edad, que es el interés superior en todo caso (art. 2.1. de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor⁴); y no habiéndolo, el del miembro de la pareja más desfavorecido con la ruptura o con la propia situación motivada por la crisis matrimonial sobre la necesidad de vivienda. También pueden estar en juego intereses de terceros que resultarán afectados por el pacto o la decisión judicial, y que no están amparados, no obstante, por estos preceptos del CC.

En cualquier caso, las medidas adoptadas pueden ser modificadas, aunque hayan sido acordadas en convenio regulador, sin que sea precisa una alteración sustancial de las circunstancias si con la modificación se protege prioritariamente el interés de los menores (*ex.* art. 90.3 CC). Los supuestos más significativos para un cambio de atribución del uso o

³ Precepto introducido mediante la Ley 30/1981.

⁴ LO 1/1996, en su nueva redacción otorgada por la LO 8/2015.

para la extinción de mismo son: el cambio de la guarda y custodia de los hijos; la atribución a los hijos menores de edad de una vivienda alternativa; la mayoría de edad de los hijos; la desocupación de la vivienda;⁵ el cambio del interés más necesitado de protección; la convivencia marital en la vivienda familiar del cónyuge beneficiado por el derecho de uso con un tercero; el acuerdo entre las partes; la renuncia del beneficiado por el uso; el fallecimiento del ocupante; la desaparición o pérdida de la vivienda; y la liquidación de la sociedad de gananciales.

II. RÉGIMEN NORMATIVO DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

1. Reglas de atribución

El artículo 96 CC dispone:

“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

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

“No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

⁵ La desocupación de la vivienda puede ser entendida como la falta de uso habitual y normal como vivienda familiar. Como señala SÁNCHEZ (2020), epígrafe 80: puede admitirse la prueba de presunciones, declarada por los tribunales sobre “la importancia que tienen las certificaciones o recibos de consumos de electricidad, agua, gas... dado que la no utilización en absoluto o de forma mínima de tan elementales suministros constituyen en sí misma unos signos externos objetivos, de los que con un enlace preciso y directo, como autoriza el art. 386 de la LEC, puede deducirse, con arreglo a la reglas del criterio humano comúnmente aceptadas, la desocupación de la vivienda, pues no puede concebirse actualmente que una vivienda sirva de hogar estable y permanente sin apenas tener consumo de energía eléctrica o de agua”.

“Para disponer de la vivienda y los bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”.

El artículo 96 del CC regula un régimen especial de atribución de la vivienda en los supuestos de crisis matrimonial. Dicho precepto, no obstante, debe interpretarse e integrarse necesariamente teniendo en cuenta determinados aspectos que dicha norma no contempla, significativamente unos criterios de atribución en la custodia compartida. En este sentido, es constatable la necesitada reforma de dicho art. 96 CC; pero aun así, o precisamente a causa de ello, se trata de uno de los preceptos que en mayor medida se han desarrollado mediante la adaptación a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado, de acuerdo con el art. 3º.1 CC, y conforme al complemento de la jurisprudencia, al amparo del art. 1º.6 CC.

Es interesante destacar en este aspecto, con RAMS,⁶ que el legislador en 1981 arbitró en este artículo unas soluciones prácticas, más que una resolución del problema teórico desde el punto de vista jurídico; por ello el elenco de soluciones pueden resultar discutibles y poco respetuosas con la titularidad dominical de los bienes.⁷ Como expresa HERNÁNDEZ,⁸ es evidente que la atribución del uso de la vivienda familiar es uno de los efectos más controvertidos que presentan las crisis matrimoniales o de pareja, puesto que este inmueble suele ser uno de los bienes patrimoniales más preciados o incluso el único en el patrimonio, teniendo en cuenta además los inconvenientes que le suponen a aquel miembro a quien se le priva de su uso a favor del otro. En este mismo sentido, recientemente, la *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida* del Consejo General del Poder Judicial, de 25 de junio de 2020,⁹ ha puesto de manifiesto que este “es posiblemente uno de los aspectos más conflictivos, no solo en los supuestos de guarda y custodia monoparental sino, en mayor medida, en los de guarda y custodia compartida”.

⁶ RAMS (1987), p. 100.

⁷ En este sentido también, ESPLAU (1992), pp. 198 y 199.

⁸ HERNÁNDEZ (2013), p. 2222.

⁹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*, de 25 de junio de 2020, p. 72.

Esta reflexión pone de relieve las nuevas corrientes que abogan por una adaptación de la norma al tiempo en que ha de ser aplicada. Y que exige también una valoración adecuada del interés superior del menor que, si bien es un principio fundamental del ordenamiento jurídico, también supone un concepto jurídico indeterminado que debe ser integrado en cada caso atendiendo todas las circunstancias. Como señala la *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida* del Consejo General del Poder Judicial, hay que dotar de contenido el interés del menor en cada caso concreto.¹⁰

2. Acuerdo de los cónyuges como régimen prioritario

El pacto de los cónyuges acerca de a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar es uno de los contenidos del convenio regulador del artículo 90 CC. Se hará en una propuesta fundada que debe acompañar a la demanda judicial de separación o divorcio y que aprobará el juez.¹¹ Dicho pacto puede venir precedido de una mediación familiar,¹² salvo en los supuestos de violencia de género, en los que se excluye por ley.¹³ Este acuerdo entre los cónyuges, como ley entre las partes,¹⁴ debería contener su voluntad acerca de determinadas cuestiones importantes, como: el título por el cual el cónyuge mantiene el uso, tratándose de un derecho *per relationem*, que se construye o articula sobre el derecho del

¹⁰ *Ibidem*, p. 213. Por otra parte, el bienestar de los progenitores influye en el bienestar del menor, p. 216.

¹¹ Previamente pueden haberse tomado medidas provisionales o coetáneas o previas a la demanda, en las que se haya resuelto sobre el uso de la vivienda hasta la adopción de medidas definitivas de la sentencia. En estas medidas, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, decidirá el juez conforme al interés familiar más necesitado de protección cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y, asimismo, previo inventario, los bienes y objetos que continúan en esta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como las medidas convenientes para conservar el derecho de cada uno, según el art. 103.2º y el art. 104, que remite a aquel.

¹² De este modo se prevé expresamente en el art. 78 del Código de Derecho Foral de Aragón.

¹³ Art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004.

¹⁴ Es un pacto conforme al art. 1255 CC, que tiene fuerza de ley entre las partes de acuerdo con el art. 1091 CC. En este sentido HERNÁNDEZ (2017).

cónyuge titular no usuario;¹⁵ la forma en que esta atribución va a influir en las prestaciones económicas a cargo de ambos, tales como alimentos y pensión compensatoria; la forma de utilización de la vivienda, si se pacta la custodia compartida; y la forma de recuperación de la vivienda por quien es su titular cuando finalice el derecho de uso.

Así, el juez aprobará el pacto salvo si, como prevé expresamente el art. 90. 2 CC, y de modo análogo las leyes autonómicas, es dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges.¹⁶ El art. 8 de Ley 7/2015, de 30 de junio, del País Vasco, de Relaciones Familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (en adelante LVRF), también recoge la denegación en el caso de que el pacto sea contrario a norma imperativa, previsión que, en cualquier caso, no hubiera sido necesario incluir expresamente.

Por otra parte, el art. 82 CC, en su nueva redacción otorgada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, prevé que este pacto en que consiste el convenio regulador pueda formalizarse ante el letrado de la Administración de Justicia¹⁷ o ante notario mediante escritura pública, salvo en el caso en que existan hijos menores de edad no emancipados o con la capacidad de obrar modificada judicialmente que dependan de sus progenitores. Cuando aquellos funcionarios con-

¹⁵ CERVILLA (2017), p. 16.

¹⁶ ROCA (2011), p. 524. El pacto alcanzado por las partes en el convenio regulador deberá ser respetado, salvo que sea contrario en este supuesto al interés de los hijos, lo que incluye los menores de edad, o los mayores sin independencia económica o con necesidades especiales. Respecto a la aplicación del convenio entre las partes y la subsidiariedad de la atribución por parte del juez, por ej., la sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, SAP) de Valencia (Sección 10ª) núm. 156/2011, de 21 de febrero, FD. 6º: *“En defecto de acuerdo de los cónyuges” dice textualmente el Código, de modo que..., en caso de existir acuerdo de los cónyuges sobre el uso o destino de la vivienda familiar, es perfectamente posible atribuir el uso de la vivienda común o privativa al progenitor no custodio, o..., no atribuir el uso a ninguno de ellos si hubieren convenido su venta, siempre que quede debidamente garantizado el que los hijos tendrán una vivienda digna en la que vivirán*. El juez no puede modificar en otro caso lo adoptado por las partes en el convenio regulador, como negocio jurídico privado, aunque posteriormente no se ratifique por uno de los cónyuges en el procedimiento contencioso, como indica la STS núm. 615/2018, de 7 de noviembre.

¹⁷ Las referencias a los “Secretarios Judiciales” del art. 82 CC debe entenderse hecha a los Letrados de la Administración de Justicia (disposición adicional 1 de la Ley Orgánica 7/2015).

siderasen que, a su juicio, alguno de los pactos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges solo podrán acudir ante el juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador (art. 90.2 CC).¹⁸

3. Falta de acuerdo de los cónyuges

Cuando falta el acuerdo entre los cónyuges acerca del uso de la vivienda familiar, o bien no ha sido aprobado por el juez en este extremo, o se remiten al mismo por las condiciones del art. 90.2 CC, anteriormente citadas, las facultades de decisión a este efecto recaen en el juez (art. 91 CC), que deberá seguir las reglas de preferencia que establece el art. 96 CC.

III. CRITERIOS LEGALES DE ATRIBUCIÓN

1. Criterio básico de distinción: Existencia o no de hijos

Los criterios de atribución del art. 96 CC se distinguen, fundamentalmente, en función de la existencia o no de hijos comunes. El artículo no hace más precisión, pero la doctrina y la jurisprudencia han entendido que hace referencia a los hijos menores de edad. Si bien, es posible atender su interés una vez alcanzada la mayoría de edad, o si ya son mayores cuando ocurre la crisis matrimonial, en el caso de que no sean independientes económicamente y queden conviviendo con uno de los progenitores, mediante la vinculación con el derecho de alimentos del que son titulares respecto de sus ascendientes. Por otra parte,

¹⁸ Cuando los cónyuges se separan o se divorcian de mutuo acuerdo ante notario, no tiene cabida el art. 96 CC, por la premisa lógica de que si los cónyuges acuden al notario en este extremo es porque hay mutuo acuerdo y no existen hijos menores. Efectivamente, como relata FEAS (2017), p. 234: “Nunca los notarios (ni los letrados judiciales) pueden suplir en nada la voluntad de los cónyuges que se separan o divorcian de mutuo acuerdo, pero que no han llegado a un acuerdo sobre el uso de la vivienda familiar”.

cabe plantear si la norma protectora también se amplía a los hijos con necesidades especiales.

2. Hijos menores de edad: ¿Relectura del art. 96 del Código Civil, párrafo primero?

El art. 96 CC, párrafo primero, establece, en defecto de pacto aprobado por el juez, el criterio legal de asignación de la vivienda familiar cuando los hijos quedan bajo la guarda y custodia de uno de los progenitores, es decir, cuando se establece la guarda y custodia exclusiva o monoparental, determinándose que el uso de la vivienda, así como el de los objetos de uso ordinario en ella, corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta regla se aplica con independencia del régimen económico que hubiera regido la economía del matrimonio, y ya pertenezca la vivienda habitual a ambos esposos, o ya sea titularidad exclusiva del progenitor no custodio, e incluso de un tercero. Este artículo 96 CC también se aplica por analogía a las parejas de hecho, de acuerdo con la STS de 1 de abril de 2011,¹⁹ que establece la doctrina esencial al respecto.

En cualquier caso, son cada vez más las voces que abogan por propuestas de *lege ferenda* para paliar el rigor del art. 96 CC, párrafo primero, y contemporizarlo con la situación de crisis económica, como hacer la atribución del derecho de uso sobre otra vivienda, o temporalizar el derecho de uso sobre la vivienda familiar.

2.1. ATRIBUCIÓN DEL USO SOBRE SEGUNDAS RESIDENCIAS O DE VIVIENDA DISTINTA A LA FAMILIAR

El Tribunal Supremo, en la STS de 31 de diciembre de 1994, define la vivienda familiar como “el lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar”,²⁰ aquel “bien familiar, no patrimonial, al servicio

¹⁹ STS núm. 221/2011, de 1 de abril.

²⁰ STS núm. 1194/1994, de 31 de diciembre. La cuestión de la atribución del uso puede resultar controvertida cuando la vivienda familiar está constituida en un inmueble inseparable de aquel en el que cualquiera de los cónyuges o ambos desarrollan una actividad empresarial o profesional, es decir, puede tratarse una vivienda de

del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario”, características que pierden nitidez en relación con la realidad social, y que se plasma en la legislación de las Comunidades Autónomas sobre la materia. Para ser estimada como tal debe revestir los caracteres de estabilidad, permanencia, habitualidad, habitabilidad y carácter familiar, que derivan de una situación de hecho.²¹ En consecuencia, quedarían fuera de la aplicación del art. 96 CC tanto las segundas residencias,²² como las viviendas de temporada, así como las

“naturaleza mixta”. La solución podría quedar supeditada, en principio, a la posibilidad de segregación de ambos espacios, cuando ello es posible y se pueden disociar ambas actividades. En otro caso, puede dilucidarse sobre el criterio del carácter principal y el accesorio de cada una de estas actividades familiar y empresarial o profesional. El criterio de la accesoriedad es subsidiario al de la división cuando sea posible delimitar ambos espacios como funcionalmente independientes. CUENA (2011), p. 285. En la SAP de Valencia, de 25 enero de 1994 se detalla: *“ese disfrute queda circunscrito a lo que constituye estrictamente habitaciones de la morada, excluyendo del mismo lo que integra el taller de carpintería, que podrá seguir utilizando el esposo, sin perjuicio de que las partes insten lo que convenga a su derecho en punto al mismo”*. Lo que no empece la aplicación del mandato del art. 96 CC, según la sentencia, que se refiere exclusivamente a lo que constituye la vivienda, *“esto es las dependencias o habitáculos destinados a morada de sus ocupantes”*. La atribución del derecho de uso en estas situaciones también se ha resuelto por el Tribunal Supremo en virtud del criterio del derecho del cónyuge más necesitado de protección, como en la STS núm. 78/2012, de 27 de febrero. Se dilucida un supuesto en el que el ejercicio de la acción de división sobre la vivienda copropiedad de los excónyuges por uno de ellos, mantiene el derecho del exmarido, titular de su uso, porque no han desaparecido las razones que motivaron su atribución en la sentencia de divorcio, y su derecho es oponible a terceros (FD.3º). En la sentencia de separación se atribuyó el uso y disfrute del piso común al esposo en razón de que desempeñaba en dicho piso su actividad profesional como abogado, y que los ingresos que obtenía eran los únicos de la familia, por lo que un pronunciamiento distinto no haría más que contribuir a la inestabilidad y deterioro económico de la misma.

²¹ La ocupación de la vivienda viene dada por la naturaleza y realidad de las cosas, como explica LACRUZ (1986), pp. 26 y 27.

²² En contraposición con la vivienda familiar, las segundas residencias se definen, precisamente, por la falta de habitualidad. La falta de habitualidad no está reñida con el uso frecuente. ELORRIAGA (1995), p. 216. Se trata de una interpretación amplia de la segunda residencia, al ubicarse dentro del concepto cualquier otra residencia, distinta de la vivienda familiar, de la que dispongan los cónyuges, como matiza VERDERA (2017). La autora se refiere, en concreto, a la interpretación del derogado Código de Familia de Cataluña que se integra en su vigente Código Civil.

que todavía no han sido ocupadas por la familia cuando sobreviene la crisis matrimonial.²³

Por otra parte, puede plantearse la duda interpretativa acerca de si la aplicación de la primera regla del art. 96 CC, párrafo primero, es imperativa y automática; o por el contrario, si el uso de la vivienda familiar puede concederse al progenitor no custodio cuando el progenitor custodio y los menores ya tienen organizada su vida en otra vivienda de manera idónea para la protección de los intereses de estos últimos.²⁴

En cuanto a la imperatividad del precepto, el artículo 96 CC debe proteger el interés de los menores, presumiéndose que es el interés más digno de protección.²⁵ El interés de los hijos menores de edad es considerado prevalente sobre cualquier otro en concurrencia. Pero debe tenerse en cuenta cuál es exactamente el interés protegido: si el de tener satisfecha su necesidad de vivienda, o el hecho de que continúe residiendo en la que ha venido constituyendo la vivienda familiar, bajo el auspicio del “principio de mantenimiento de los hijos menores en su entorno habitual”.²⁶

En este contexto, solo se puede soslayar la aplicación del criterio del art. 96 CC, párrafo primero, cuando las necesidades del menor estén cubiertas por otros medios; esto es, cuando para satisfacer sus necesidades de habitación puedan ser utilizadas otras viviendas alternativas del mismo modo adecuadas, como especifica la STS de 23 de enero de 2017.²⁷ También cabe esta solución mediante la jurisprudencia que avala la interpretación del art. 96 CC, párrafo primero, en el sentido de entender que se trata de la satisfacción del derecho de alimentos de los hijos menores en su modalidad habitacional, como se califica en la STS de 29 de marzo de 2011.²⁸

²³ En sentido positivo, la SAP de Málaga (Sección 5ª) núm. 1080/2005, de 21 de octubre; y la SAP de Jaén (Sección 1ª) núm. 96/2005, de 28 de abril. MORENO (2009).

²⁴ DÍAZ (2013), p. 1004.

²⁵ Así lo entienden MONTERO (2002), pp. 60 y ss.; y CABEZUELO (2016), p. 226.

²⁶ Principio inspirado en la doctrina italiana. SALAZAR (2000), p. 46.

²⁷ STS núm. 43/2017, de 23 de enero. FD. 2º: “*Sólo existen dos factores que eliminan el rigor de la norma: (i) cuando la vivienda no tenga el carácter de familiar; (ii) cuando el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios*”.

²⁸ STS núm. 191/2011, de 29 de marzo.

En este aspecto, en cuanto a la posibilidad de la atribución por el juez del derecho de uso de las segundas residencias en virtud del art. 96 CC, hasta la unificación de la doctrina mediante la STS de 9 de mayo de 2012,²⁹ que no la admite, las resoluciones judiciales eran dispares en la jurisprudencia menor. Junto a la inadmisión de la atribución del uso de otras viviendas que pertenezcan o sean ocupadas circunstancialmente por la familia y que no hubieran constituido específicamente su morada durante la convivencia,³⁰ otras sentencias de las Audiencias Provinciales habían estimado que las denominadas segundas residencias o segundos domicilios también podían ser consideradas como vivienda familiar, a los efectos de la atribución de su uso a través del art. 96 CC.³¹ La citada STS de 9 de mayo de 2012, reiterada por otras posteriores,³² sienta como

²⁹ STS núm. 284/2012, de 9 de mayo. En un supuesto de atribución del uso de vivienda al cónyuge custodio en el que se estima la improcedencia de la atribución de un local privativo del marido a la esposa dentista, para el ejercicio de su profesión. FD. 4º: *“En consecuencia, debe formularse la siguiente doctrina, a los efectos de unificar la de las Audiencias provinciales en esta materia: en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar”*.

³⁰ Por ejemplo, en la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª), núm. 492/2009, de 23 de noviembre de 2009: *“Es de apreciar que ni el precepto legal antes indicado, ni ningún otro del Código Civil se refieren a la posibilidad, en lo que ahora interesa, de atribuir el uso de otras viviendas que pertenezcan o sean ocupadas circunstancialmente por la familia. Ante esta falta de previsión legal, entiende este Tribunal que el pronunciamiento judicial que se dicte en los procesos de nulidad matrimonial, separación o divorcio no debe extenderse a otras viviendas o dependencias distintas de la familiar, pues una resolución judicial no puede ir más allá de lo permitido por ley y resulta evidente que los artículos 90, 91, 96 y 103.2 del Código Civil se refieren exclusivamente a la vivienda y ajuar familiar, sin incluir dentro de su ámbito otros inmuebles”*.

³¹ Por ejemplo, en la SAP de Málaga (Sección 6ª), núm. 492/2004, de 15 de junio: *“desde el prisma establecido en el artículo 96 del Código Civil, el domicilio familiar viene constreñido al inmueble que constituye la sede de la vida familiar con la específica finalidad de satisfacer sus necesidades cotidianas de alojamiento, y desde este punto de vista la denominada segunda vivienda sin duda alguna ha de considerarse domicilio familiar pues aun cuando su uso se limite a los fines de semana y tiempo de vacaciones, pues esa es su finalidad, continúa contemplándose como un bien adscrito al servicio del conjunto familiar, y siendo esto así, resulta que las respectivas viviendas privativas de cada uno de los esposos estaban destinadas a domicilio familiar”*.

³² Doctrina reiterada por la STS 340/2012, de 31 de mayo; y la STS núm. 129/2016, de 3 de marzo.

doctrina por el Tribunal Supremo que la que no pueda ser considerada vivienda familiar, por no constituir vivienda habitual, no podrá ser atribuida por el juez en el procedimiento matrimonial seguido con oposición de las partes, o lo que es lo mismo, sin acuerdo.

Otra línea jurisprudencial, en cambio, demuestra que, en determinadas situaciones, la atribución del uso de una segunda residencia es una solución práctica que puede conciliar todos los intereses en juego, respetando en todo caso el interés superior del menor. Aunque esta solución, que se consolida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, solo estará al alcance de algunas economías familiares, evidentemente.³³ De este modo, se admite una “fungibilización” de la vivienda familiar por otro inmueble.³⁴

En la STS de 16 enero de 2015³⁵ se da la circunstancia de la existencia de dos viviendas, del mismo modo idóneas para satisfacer el interés del menor a sus necesidades habitacionales: una, propiedad privativa del padre, que es la que venía constituyendo la vivienda familiar y cuyo uso fue adjudicado tras la ruptura a la madre y al hijo menor; y otra, propiedad de ambos progenitores, que al momento de la crisis de pareja estaba arrendada a un tercero, y que en un tiempo pasado de convivencia había constituido la vivienda familiar. El hecho de que finalizara el contrato de arrendamiento sobre esa segunda residencia, fue considerado una “modificación sustancial de las circunstancias” tenidas en cuenta en su momento para la fijación del uso de la vivienda, de acuerdo con el art. 91 CC.³⁶ Por otra parte, se estima igualmente que el cambio de la atribución del derecho de uso de la que fue vivienda familiar, que ahora se otorga

³³ En los supuestos de la STS núm. 426/2013, de 17 de junio; y la STS núm. 5/2015, de 16 de enero.

³⁴ Así lo denomina CABEZUELO (2017), p. 345.

³⁵ STS núm. 5/2015, de 16 de enero.

³⁶ La STS de 16 de enero de 2015 citada acude en este extremo a la STS de 23 de diciembre de 1998, que indica: “*Lo acordado en el convenio regulador alcanza situación de irrevocabilidad, salvo que se produzca su modificación cuando legalmente preceda*”. Y a la del 29 marzo 2001, que establece: “*Tales medidas son revisables si cambian las circunstancias de hecho que se tuvieron en cuenta para su fijación*”. Del mismo modo que en el art. 91 CC, la modificación de esta medida se supedita a una alteración sustancial de las circunstancias en el art. 233-7.1. del Código Civil de Cataluña y el art. 7.5 de la Ley del País Vasco de Relaciones Familiares en supuestos de separación o ruptura de los

al padre, no solo no perjudica las necesidades de vivienda del menor, como requisito imprescindible, sino que permite conciliar los intereses del padre y su derecho a disponer de la vivienda de su propiedad sin limitación a las facultades de disposición.³⁷

Otra cuestión relevante a tener en cuenta es el hecho de que la considerada vivienda familiar sea de un tercero, si los progenitores disponen de otra vivienda. Es el supuesto visto en la STS de 10 de octubre de 2011,³⁸ donde la atribución del uso de la vivienda familiar, perteneciente a los padres del esposo, se fija para la hija y la madre que ejerce la guarda y custodia, pero de forma temporal, hasta el momento de rescisión del contrato de arrendamiento de la vivienda propiedad de los cónyuges o hasta el momento en el que la desalojen los inquilinos si dicho desalojo se produce con anterioridad a la finalización legal del contrato. En tal caso, la esposa habrá de ocupar como vivienda habitual la que es propiedad de ambas partes, debiendo abandonar inmediatamente la vivienda propiedad de los padres del marido. El Tribunal Supremo establece en ese momento la siguiente doctrina jurisprudencial: el juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas, siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos. Porque no se enerva la situación de precario.

En la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil,³⁹ el artículo 219-25, también contempla la atribución de segundas viviendas, salvo que se comprometa la estabilidad del menor. En primer lugar, se prevé la posibilidad de atribución de la vivienda habitual, definida en cuanto a su titularidad y su destino, como una

progenitores. El art. 79.5 del Código de Derecho Foral de Aragón exige la concurrencia de causas o circunstancias relevantes.

³⁷ Admiten la excepción de la literalidad del art. 96 CC, respectivamente en cada una de las situaciones expresadas, sendas sentencias del Alto Tribunal, la STS núm. 5/2015, de 16 de enero de 2015; y la STS núm. 426/2013, de 17 de junio, en la que el derecho de uso la vivienda familiar de alto valor limitaba la facultad de disposición común por ambos cónyuges.

³⁸ STS núm. 695/2011, de 10 de octubre.

³⁹ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2018).

vivienda privativa de cualquiera de los cónyuges o común de ambos, y que haya servido de domicilio familiar (art. 219-24.1); en segundo lugar, se prevé la posibilidad de atribución de otra vivienda de modo alternativo (“o”), siempre que se revele del mismo modo apta para colmar las necesidades de vivienda del menor; en tercer lugar, se establece una delimitación negativa, tanto de la vivienda familiar como de la posible segunda residencia, si la titularidad del inmueble pertenece a terceras personas (art. 219-24.2).

2.2. TEMPORALIZACIÓN DEL DERECHO DE USO

El Tribunal Supremo ha proscrito la posibilidad de temporalización del derecho de uso en la custodia monoparental, decidida en determinados casos en sentido positivo por las Audiencias Provinciales. Esta temporalización sí se admite, en cambio, en los supuestos de custodia compartida. En la primera situación, el Tribunal Supremo ha estimado contraria al art. 96 CC la posibilidad de que una resolución judicial atribuya el uso limitado en el tiempo de la vivienda familiar, sujeto al momento en que se produzca la división de los bienes comunes de los progenitores o a la liquidación de la sociedad de gananciales. Esta doctrina jurisprudencial, que se sienta en la STS de 1 abril de 2011,⁴⁰ se reitera posteriormente, por ejemplo, en la STS de 3 de abril de 2014,⁴¹ a pesar de reconocerse el excesivo rigor con el que se aplica el art. 96 CC: *“la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC”*. La doctrina se mantiene en la actualidad, por ejemplo, en la STS de 24 de junio de 2020.⁴²

No obstante, la STS de 17 de junio de 2013⁴³ sí contempla un supuesto de temporalización del derecho de uso (3 años, en este caso), ligado

⁴⁰ STS núm. 221/2011, de 1 de abril. Como en la STS 236/2011, de 14 de abril; y en la STS núm. 451/2011, de 21 de junio.

⁴¹ STS núm. 181/2014, de 3 de abril; y en la STS núm. como la STS 301/2014, de 29 de mayo. Ambas sentencias casan sendas sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid en sentido contrario.

⁴² STS núm. 351/2020, de 24 de junio.

⁴³ STS núm. 426/2013, de 17 de junio. La sentencia hace atribución de la vivienda familiar al hijo menor y a la madre custodia por un periodo de 3 años, transcu-

como hemos visto anteriormente a la conveniencia para la economía familiar de las operaciones divisorias y venta de la vivienda familiar, en la posibilidad igualmente idónea de utilizar posteriormente una vivienda de titularidad común de los cónyuges. La temporalización del uso de la vivienda también se ha entendido admisible en la STS de 8 de marzo de 2017,⁴⁴ si bien su interpretación debe entenderse circunscrita a la voluntad de las partes en este extremo, expresada mediante acuerdo en el convenio regulador, pues se considera, no obstante, que al juez no le está permitido imponer límites temporales mediante la aplicación del art. 96 CC, párrafo primero. En todo caso, dicho acuerdo fue aprobado judicialmente como manifestación expresa de que el interés del menor estaba suficientemente protegido en la forma valorada por sus progenitores. No habiendo variado las circunstancias tenidas en cuenta al suscribirse dicho convenio, debe mantenerse la asignación por tiempo determinado. En conclusión, la temporalización solo cabe si están garantizadas las necesidades habitacionales del menor.

3. Hijos mayores de edad

La doctrina civilista ha entendido que el art. 96 CC, párrafo primero, también se aplica a los hijos mayores de edad, siempre que sean acreedores de alimentos.⁴⁵ Así, en definitiva, la atribución debe sustentarse sobre la concurrencia o no de la necesidad para que surja el derecho de

rridos los cuales ambos deberán desalojar el inmueble a fin de facilitar las operaciones divisorias, pudiendo ocupar otra vivienda de titularidad común, a fin de cubrir las necesidades cotidianas de alojamiento del hijo. El marido y la mujer son propietarios de esta segunda vivienda en la que se aloja el esposo, y titulares de una finca de siete hectáreas, con diversas instalaciones, valorada en 12 millones de euros, en la que se ubica la vivienda familiar. Se razona en la sentencia que mantener durante tres años al hijo y a su madre en esta vivienda para pasar luego a la otra, cuya habitabilidad no se ha cuestionado, en modo alguno vulnera el interés del menor (próximo a cumplir la mayoría de edad cuando concluya el periodo). No puede soslayarse que el domicilio familiar conlleva el uso de la finca de siete hectáreas e impide la disposición de un patrimonio común importante, afectando necesariamente a la liquidación del haber conyugal y a su reparto entre ambos cónyuges.

⁴⁴ STS núm. 167/2017, de 8 de marzo.

⁴⁵ ROCA, cit. (n.15), p. 525.

alimentos y, por ende, sobre las necesidades del alimentista y las posibilidades del alimentante,⁴⁶ al contrario que ocurre con los menores de edad.

La jurisprudencia del TS manifestada, entre otras, en la STS (Pleno) de 5 de septiembre de 2011, que establece doctrina, la STS de 29 de mayo de 2015,⁴⁷ la STS de 21 de diciembre de 2016, o la STS de 23 de enero de 2017,⁴⁸ limitan la atribución del derecho de uso hasta la mayoría de edad de los hijos, momento en el que debe aplicarse el art. 96 CC, párrafo tercero, para decidir prudencialmente a favor del cónyuge cuyo interés fuera el más necesitado de protección, cuando las circunstancias lo hagan aconsejable.

Por este motivo, la argumentación más correcta sobre los hijos mayores de edad descansa sobre el art. 142 CC, que regula la obligación de alimentos entre parientes, no en el art. 96 CC, según se argumenta en la STS (Pleno) de 5 de septiembre de 2011: *“Como segundo argumento contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1° CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría (el primer argumento contrario es el distinto tratamiento legal de los hijos mayores con los menores de edad) debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 CC, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes 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 habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”*.

⁴⁶ HERNÁNDEZ, cit. (n. 13), p. 6.

⁴⁷ Con citas de la STS de 5 de septiembre de 2011 y la STS de 11 de noviembre de 2013: *“La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso, dice la sentencia de 11 de noviembre de 2013, deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándolos uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado”*.

⁴⁸ STS (Pleno) núm. 624/2011, de 5 de septiembre; STS núm. 315/2015, de 29 de mayo; STS núm. 741/2016, de STS núm. 43/2017, de 23 de enero.

Por lo mismo, también podrá sustentarse su posible extinción sobre las causas de extinción de este derecho de alimentos de los arts. 150 y 151 CC.⁴⁹ El Código Civil de Cataluña (en adelante, CCC) es más explícito en este sentido, al reconocer expresamente la posibilidad del derecho de alimentos a los mayores de edad y menores emancipados si son dependientes económicamente (art. 233-4), pero, en definitiva, teniendo en cuenta la aplicación de los criterios de la obligación de alimentos de origen familiar del art. 237-1.

Por otra parte, el derecho del hijo mayor de edad no es un derecho preferente a la vivienda sobre el del progenitor con el que no ha decidido vivir, en el sentido de la SAP de Madrid de 14 de marzo de 2017.⁵⁰

4. Hijos mayores de edad con necesidades especiales

La doctrina civilista también ha entendido que el art. 96 CC, párrafo primero, ampara la situación de los hijos mayores de edad con necesidades especiales.⁵¹ Y en este sentido se pronuncia alguna sentencia, como la STS de 30 de mayo de 2012,⁵² si bien con ocasión de una situación de patria potestad rehabilitada.

Precisamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia, muy exigua al respecto, discurre según este planteamiento. En primer lugar, se plantea si previamente existe o no una sentencia de incapacitación o de modificación judicial de la capacidad de obrar. Aunque lo cierto es que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no distingue entre una situación de hecho de concurrencia de una causa de discapacidad, y aquella otra que ha sido determinante de una sentencia judicial de modificación de la capacidad de obrar, como expresa la STS de 19 de enero de 2017, reiterada por la STS de 8 de marzo de 2017.⁵³ Ambas

⁴⁹ BERROCAL (2020), pp. 489-499.

⁵⁰ SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 234/2017, de 14 de marzo.

⁵¹ ROCA, cit. (n. 15), p. 525.

⁵² STS núm. 325/2012, de 30 de mayo.

⁵³ STS núm. 33/2017, de 19 de enero; y STS núm. 167/2017, de 8 de marzo. En esta última sentencia concurre además la circunstancia de que la atribución del derecho de uso que se solicita no recae sobre la que había constituido la vivienda familiar.

sentencias estiman, no obstante, que la diferencia está en los apoyos que deban procurarse conforme al art. 12 de la Convención; esto es, si el mayor que se encuentra en esta situación estará bajo el régimen protector del art. 96 CC, párrafo primero, o no.⁵⁴

En la STS de 19 de enero de 2017 se tiene presente que no existe una regulación específica sobre la materia en nuestro ordenamiento jurídico,⁵⁵ y se estima que *“Una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra distinta que en todo caso haya que imponer limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando hay otras formas de protección en ningún caso discriminatorias. Los hijos, menores y mayores, con o sin discapacidad, son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores. Con la mayoría de edad alcanzada por alguno de ellos el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae automática y definitivamente, y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación (art. 142 CC)”*.

Por lo mismo, también es posible atender una modificación sustancial de las circunstancias, cuando el mayor con discapacidad pueda ser perceptor de un salario suficiente o cuente con un patrimonio o con una ayuda económica, que no sostengan la alegación de la situación de

⁵⁴ “...el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor. El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad. Esta equiparación la hizo esta sala en las reseñadas sentencias en supuestos muy concretos de prestación de alimentos y con un evidente interés de que puedan superar esta condición de precariedad mediante un apoyo económico complementario y siempre con la posibilidad de que los alimentos puedan ser atendidos por el alimentante en su casa. Sin que ello suponga ninguna disminución (que trata de evitar la Convención), antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico, dice la sentencia 372/2014 de 7 de julio”.

⁵⁵ STS 31/2017, de 19 de enero. El TS no se había pronunciado antes sobre el derecho de uso de la vivienda familiar a favor de los hijos mayores con discapacidad, sino sobre el derecho de alimentos, en la STS de 7 de julio de 2014 y la STS de 17 de julio de 2015.

necesidad, en cuyo caso habrá que decidir en función de su cuantía o de su temporalidad, como en la STS de 10 de octubre de 2014.⁵⁶

Puede darse, no obstante, la situación de un mayor de edad con patria potestad prorrogada, si fue incapacitado o se modificó su capacidad de obrar siendo menor edad, o con patria potestad rehabilitada, de acuerdo con el art. 171 CC. Este es un supuesto peculiar que resolvió la STS de 30 de mayo de 2012 (FD. 4º), aplicando el art. 96 CC, en base a que *“los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 CC, que no distingue entre menores e incapacitados”*. Con este fundamento, *“y al haber sido rehabilitada la patria potestad de la madre por haberse modificado judicialmente la capacidad del hijo, corresponde mantener el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostenta su guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación”*.

En cualquier caso, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, en los arts. 61 a 66, los sitúa en el mismo plano que a los menores de edad, al exigir la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de los menores y de los mayores con capacidad de obrar modificada judicialmente.

La situación de vacío legal en el CC puede cambiar de aprobarse el proyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, de 17 de julio de 2020, que contempla expresamente esta atribución del uso de la vivienda, mediante la modificación del art. 96 CC.

“1. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad psíquica, física o sensorial que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial

⁵⁶ STS núm. 547/2014, de 10 de octubre.

determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.

“A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.

“Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes [...]”.

Un aspecto muy relevante de esta proyectada reforma es que se sitúan en el mismo plano los menores de edad y los mayores con discapacidad.⁵⁷ Por otro lado, el precepto no equipara la situación de discapacidad con una modificación judicial de la capacidad de obrar. En todo caso, deberá establecerse, en primer lugar, si efectivamente es “conveniente” o no esa atribución del uso de la vivienda. El precepto contempla también la situación de los hijos menores de edad que pudieran seguir necesitando esta medida de apoyo después de alcanzar la mayoría de edad. En cualquier caso, se trata de una atribución temporal que determinará la autoridad judicial en función de las circunstancias.

5. Atribución al cónyuge más necesitado de protección

El art. 96, párrafo tercero CC, especifica que no habiendo hijos, el uso de la vivienda podrá atribuirse al cónyuge no titular, por el tiempo que prudencialmente se fije, si su interés fuera el más digno de protección.⁵⁸ La expresión debe entenderse tanto en la ausencia de hijos comunes, como en la situación en que se trate de hijos mayores, dado que la protección otorgada en este caso se dilucida de acuerdo con el derecho de alimentos del art. 142, sin una regla especial en el CC, como hemos visto. El supuesto también comprende la situación en que los dos cónyuges sean titulares de la vivienda, puesto que se colocan en este

⁵⁷ ORDÁS (2019), p. 56.

⁵⁸ En opinión de DÍAZ, cit. (n. 22), p. 1012, el art. 96 CC, párrafo tercero, encuentra más difícil la aplicación por analogía a las parejas no casadas.

caso en una situación de igualdad, en la que habrán de justificar en quién concurre el interés de superior protección, como señala la jurisprudencia.

Por tanto, para que proceda la asignación del uso de la vivienda familiar deberán concurrir dos premisas: que uno de los intereses de los cónyuges sea el más necesitado de protección, y que el tiempo del uso de la vivienda sea limitado. Esta atribución del derecho de uso procederá siempre que “atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable”. Las circunstancias a tener en cuenta serán tanto personales, como económicas. Tales circunstancias no se especifican en el art. 96 CC, de modo que deberá ser el juez el que las pondere en cada caso. Para ello, no obstante, la doctrina entiende que pueden tenerse en cuenta las que señala el art. 97 CC para el establecimiento de la pensión compensatoria. En este sentido, además, ROCA TRÍAS señala que el uso exclusivo al cónyuge no titular de la vivienda se configura como una forma de completar la pensión compensatoria. La autora también justifica la atribución del derecho de uso al cónyuge no titular en el deber de socorro mutuo,⁵⁹ aunque este solo sería aplicable en los supuestos de separación, no cuando el vínculo se ha extinguido.

IV. CONVIVENCIA DEL CÓNYUGE CUSTODIO CON UNA NUEVA PAREJA EN LA VIVIENDA FAMILIAR

La STS de 20 de noviembre de 2018 ha establecido, como doctrina jurisprudencial, la extinción del derecho de uso en el supuesto en que el cónyuge al que se atribuye la custodia sobre los hijos menores de edad de manera exclusiva, y se le ha otorgado el derecho de uso de la vivienda familiar, conviva en dicha vivienda con una nueva pareja.⁶⁰ Doctrina que

⁵⁹ ROCA (1991), pp. 398 y 399.

⁶⁰ STS núm. 641/2018, de 20 de noviembre. La sentencia hace referencia a la convivencia marital, por lo que del mismo podría extenderse a los supuestos de matrimonio con un tercero del custodio que disfruta del derecho de uso, como especifica, BERROCAL (2019), p. 2024. Del mismo modo cabría en el supuesto de custodia compartida. El Tribunal Supremo acuerda así desestimar el recurso de casación formulado por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1ª), de 15 de enero 2018.

se reitera en la STS de 23 de septiembre de 2020.⁶¹ El supuesto de hecho que da lugar a la extinción es, precisamente, que la vivienda deja de tener el carácter de vivienda familiar porque “la introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza, por servir en su uso a una familia distinta y diferente”. La sentencia especifica que la medida no priva a los menores de un derecho a la vivienda, ni cambia la custodia que tiene la madre, pero no es posible mantenerlos en una vivienda que ya no tiene el carácter de vivienda familiar. *“El interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos. El interés en abstracto o simplemente especulativo no es suficiente y la misma decisión adoptada en su día por los progenitores para poner fin al matrimonio, la deben tener ahora para actuar en beneficio e interés de sus hijos respecto de la vivienda, una vez que se ha extinguido la medida inicial de uso, y que en el caso se ve favorecida por el carácter ganancial del inmueble y por la posibilidad real de poder seguir ocupándolo si la madre adquiere la mitad o se produce su venta y adquiere otra vivienda”*.

Con anterioridad, la STS de 19 de enero de 2017,⁶² no extinguió el derecho de uso concurriendo el mismo motivo, pero resolvió la cuestión con una rebaja de la pensión alimenticia debida por el progenitor que no tenía atribuido dicho derecho de uso.

La jurisprudencia menor ha señalado que la introducción de un tercero en la vivienda familiar supone una alteración de las circunstancias, que conlleva la extinción del derecho de uso. No obstante, también otras sentencias han admitido que dicha solución no cabe si no se ha pactado por las partes esa causa extintiva; o cuando la convivencia con el tercero existía al tiempo de la atribución del uso y era conocida por el otro cónyuge, como en la SAP de Alicante de 10 de diciembre de 2013.⁶³

⁶¹ STS núm. 488/2020, de 23 de septiembre.

⁶² STS núm. 33/2017, de 19 de enero de 2017: “... la contribución de ambos cónyuges a los gastos de la vivienda y coste de una empleada de hogar lo que, a juicio de la audiencia, son gastos de los que se beneficia la nueva familia en perjuicio del alimentante, y que motiva que la obligación de pago deba reducirse en razón a la entrada en escena de un tercero que necesariamente debe contribuir a estos gastos, estando como está integrada la vivienda en el concepto de alimentos, y esta argumentación no es irracional ni menos aún absurda para sustituirla en casación”.

⁶³ SAP de Alicante (Sección 4ª), núm. 452/2013, de 10 de diciembre.

V. ASIGNACIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN CASO DE CUSTODIA REPARTIDA

Cuando la custodia de los hijos se distribuya entre los progenitores conforme al art. 96 CC, párrafo segundo, de modo que algunos hijos queden en compañía de uno y los restantes en la del otro, se atribuye al juez la facultad de decisión sobre la atribución del uso de la vivienda. En este caso, el interés más necesitado de protección puede radicarse en el de cualquiera de los cónyuges,⁶⁴ o en el de los hijos, para atribuir la vivienda al cónyuge que quede en su compañía.⁶⁵ En todo caso, este interés no se presume, sino que debe acreditarse.⁶⁶ Para determinar este interés que permita atribuir la vivienda a un grupo familiar se pueden atender diferentes factores relevantes que hagan decantarse al juez por uno u otro. En el caso en que ningún interés resultara prevalente, podrá adjudicarse al cónyuge titular. También se puede atribuir el uso de forma periódica y rotatoria a ambos grupos familiares.⁶⁷ La solución también pasa por dividir la vivienda, si es posible su división material, o por venderla.⁶⁸

VI. ASIGNACIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LA CUSTODIA COMPARTIDA

1. Ausencia de criterio legal en el Derecho común

El legislador afrontó la reforma del art. 92 del CC mediante la Ley 15/2005, sin que la misma contuviera una medida específica o una modificación legal en el art. 96 CC, para atender específicamente los efectos de la custodia compartida de los hijos sobre la asignación de la vivienda familiar. En la práctica, las partes pueden haber previsto una solución concordada en el convenio regulador, pero si el procedimiento

⁶⁴ Para RAMS (2000), p. 1020, deberá atenderse al cónyuge más necesitado de protección.

⁶⁵ DÍAZ, cit. (n. 22), p. 1005.

⁶⁶ BERROCAL (2017), p. 1971.

⁶⁷ DÍAZ, cit. (n. 22), p. 1005.

⁶⁸ HERNÁNDEZ, cit. (n. 13), p. 9.

es contencioso, o no ha habido previsión al respecto, el juez habrá de decidir sin criterios legales prefijados.

La asignación de la vivienda en el supuesto de custodia compartida supone una situación especialmente sensible en la práctica, en la que hay que ponderar diferentes situaciones. Ya no sirve la regla de la asignación a los hijos y al cónyuge o progenitor en cuya compañía queden; ya no existe un único progenitor custodio, sino dos, puesto que, en el caso de la custodia compartida, esta corresponde a ambos. No existiendo reglas legales específicas de atribución del uso de la vivienda en el caso de guarda y custodia compartida, procede la aplicación del juez a través de la interpretación acorde al supuesto de hecho de aquellos preceptos que pudieran resultar aplicables mediante la analogía.

En el Foro de los IV Encuentros de Magistrados y Jueces de Familia, y las VI Jornadas Nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, celebradas en Valencia (España) los días 26 a 28 de octubre de 2009, se acordó la siguiente interpretación, hasta tanto se procede a la reforma del art. 96 CC: 1º) Que la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos. 2º) En todo caso, la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar, en los supuestos en que proceda, se haga siempre con carácter temporal.

2. Soluciones jurisprudenciales

Veamos cómo resuelven los jueces y tribunales. En la práctica pueden presentarse los siguientes supuestos:⁶⁹

a) Que los hijos permanezcan en la vivienda familiar y sean los padres los que alternen su residencia en la misma en los periodos establecidos, sistema conocido como “vivienda o casa-nido”. El uso de la vivienda se atribuye a los hijos y a los progenitores, pero a estos no de forma simultánea, sino con la correspondiente división en el tiempo de ese uso, atendiendo a los períodos en que cada progenitor tenga a los

⁶⁹ BERROCAL (2016), p. 2220.

hijos en efectiva guarda y custodia. No obstante, aunque pudiera parecer la solución más acorde, al menos con el bienestar del menor, no es esta la solución por la que optan los tribunales, por ser inasumible económicamente en la mayoría de los casos. Así se señala más recientemente en la STS de 5 de abril de 2019, cuyo criterio confirma la STS de 16 de enero de 2020.⁷⁰

b) Que sean los hijos los que cambien de domicilio; en cuyo caso ya no existe realmente la vivienda familiar, puesto que los menores habitarán, con la periodicidad que se haya establecido, en dos domicilios distintos, cada vez con aquel progenitor al que le corresponda.

Indudablemente, la determinación del sistema de custodia compartida a los progenitores exige en la práctica que estos dispongan de recursos económicos para hacer frente a esta nueva situación; cuestión que, sin embargo, no supone un obstáculo para el reconocimiento de tal custodia, pero sí se plantea expresamente por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en la sentencia de 24 de octubre de 2014,⁷¹ donde se reconoce que *“el problema para hacer efectivo este régimen de convivencia, es especialmente grave en situaciones de crisis económica, cuando en la vivienda quedan los niños y son los padres los que se desplazan en los periodos de convivencia establecidos, puesto que les obligará a disponer de su propia vivienda, además de la familiar, con tres viviendas en uso. También lo es cuando uno de ellos es titular de la vivienda en que la familia ha convivido y el otro carece de ella, puesto que existe el riesgo de que no pueda cumplimentar esta alternancia en los periodos en que le corresponde vivir en compañía de los hijos”*. En sentido análogo se plantea en la más reciente STS de 6 de julio de 2020.⁷²

A falta de criterio legal expreso, la jurisprudencia ha forzado la interpretación analógica de los supuestos contemplados en el art. 96 CC, párrafos segundo y tercero. Para ello el juez deberá ponderar lo siguiente:

1) En primer lugar: el “interés más necesitado de protección”, que en este supuesto, de acuerdo con la STS de 24 de octubre de 2014, “no

⁷⁰ STS núm. 215/2019, de 5 de abril; y STS núm. 15/2020, de 16 de enero.

⁷¹ STS núm. 593/2014, de 24 de octubre.

⁷² STS núm. 396/2020, de 6 de julio.

es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres”; y

2) En segundo lugar, y a diferencia del caso de la custodia monoparental o exclusiva, si la vivienda es común de ambos progenitores, o con titularidad de uno ellos o de un tercero. Además, en todo caso, de atribuirse el uso a uno de los progenitores, según los criterios aplicables, deberá plantearse específicamente la cuestión de la temporalidad de ese uso.

En la práctica, se resuelven algunos casos mediante la aplicación analógica del art. 96 CC, párrafo segundo, que contempla el supuesto específico de la designación de la custodia repartida entre los progenitores, para aplicarlo a esta custodia compartida y determinar que *“en estos casos el Juez resolverá lo procedente”*, con más amplio margen. Igualmente se aplica el art. 96 CC, párrafo tercero, prescrito para el supuesto concreto de que no haya hijos, que dispone que podrá acordarse la atribución del uso de la vivienda y de los bienes al cónyuge no titular, en este caso: *“siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”*. La asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar es un criterio subsidiario, por tanto. Esta atribución tampoco es automática, pues exige que se atienda dicho interés, de existir, valorándose por los jueces de primera instancia factores como el hecho que el otro progenitor disponga de otra vivienda, bien en propiedad, o bien en arrendamiento, así como la situación económica de cada uno de los progenitores.

Por otro lado, la asignación de la vivienda en la custodia compartida mediante la aplicación del art. 96 CC, párrafo tercero, debe hacerse *“por el tiempo que prudencialmente se fije”*, lo que implica el señalamiento de la duración temporal de este derecho de uso. En este sentido, a pesar de valorar el interés más necesitado de protección en uno de los progenitores, para no poner en juego el interés del titular de la vivienda o de un tercero, la STS de 24 de octubre de 2014 estima conveniente señalar una temporalización o un plazo limitado del derecho de uso a la madre no titular de la vivienda (2 años, en este caso), teniendo en cuenta que ella lo ha calibrado convenientemente. Por otra parte, quedaría armonizado su interés con el del padre, titular de la vivienda, que de otro modo quedaría *“indefinidamente frustrado, al no permitirle disponer de la misma incluso en los periodos en los que el hijo permanece con él”*; y también queda

respetado el interés del hijo a convivir con su madre en otra vivienda, cuando la adquiera.

Para conciliar los intereses en conflicto, el art. 96 CC también debería señalar las posibles causas de extinción del derecho de uso, como se prevé en el CCC o la LVRF, así como la forma en que el progenitor titular o cotitular de la vivienda va a recuperar la posesión una vez extinguido el derecho de uso.⁷³ En cualquier caso, debe tenerse presente que tanto la adopción de la modalidad de la custodia compartida, como las medidas adoptadas, y así la asignación de la vivienda, son medidas revisables cuando tenga lugar una modificación o alteración de las circunstancias, lo que podrá suponer tanto la extinción, como la ampliación del plazo establecido. De este modo, el Tribunal Supremo ha señalado en algunas ocasiones una prórroga del mismo hasta la mayoría de edad de los menores, lo que implica, en definitiva, no sujetarlo a limitación como en la custodia monoparental. Así, en la STS de 21 de julio de 2016, cuando el JPI había señalado el uso de la vivienda hasta el momento de la liquidación del régimen económico matrimonial. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 12 de mayo de 2017.⁷⁴

VII. CRITERIOS LEGALES DE ASIGNACIÓN DE LA VIVIENDA EN LAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS

La falta de regulación en el CC de la asignación de la vivienda en la custodia compartida contrasta con la previsión expresa existente en las legislaciones autonómicas, que, por otra parte, contemplan soluciones más flexibles en comparación con la regulación del art. 96 CC, párrafo primero. La peculiaridad también estriba en la consideración legal expresa en algunas de ellas de la cuestión de la atribución de una segunda residencia.

En el Código Civil de Cataluña (CCC) prima el acuerdo de los progenitores. En su defecto, la atribución se hace temporalmente al progenitor que ostente la guarda mientras dure esta (art. 233-20.2); aún

⁷³ LÓPEZ (2017), p. 108.

⁷⁴ STS núm. 526/2016, de 21 de julio; y STS núm. 294/2017, de 12 de mayo.

así, puede excluirse si quien sería beneficiario tiene medios suficientes para cubrir sus necesidades y las de sus hijos (art. 233-21). La atribución al cónyuge más necesitado de protección puede producirse: si no existen hijos menores de edad (art. 233-20-3.b), o en el caso de custodia compartida o repartida (art. 233-20.3 a), o si la necesidad del cónyuge se va a prolongar una vez que los hijos alcancen la mayoría de edad (art. 233-20.3.c), e incluso a quien no tenga atribuida la custodia de los hijos menores (art. 233-20.4). En todo caso, la atribución por razón de necesidad es siempre temporal, aunque del mismo modo pueden instarse las prórrogas que procedan (art. 233-20.5).⁷⁵ Por otra parte, podrán llevarse a cabo las modificaciones pertinentes sobre este derecho de uso, que han podido prever anticipadamente el convenio regulador o la sentencia, conforme al art. 233-7.2. También se establecen las causas de extinción del derecho de uso (art. 233-24). Las mismas reglas o semejantes se aplican a las parejas de hecho (arts. 234-7 y 234-8).

El art. 233-20.6 del CCC establece: *“La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos”*. La literalidad del precepto faculta al juez a sustituir la vivienda familiar por otra igualmente idónea, pero no supone una solución automática para cambiar la que venía siendo vivienda familiar por otra.⁷⁶ Precisamente, la labor hermenéutica de los jueces sobre el art. 96 CC se vio influenciada por la interpretación que se venía haciendo en la aplicación del art. 76, del derogado Código de Familia de Cataluña, que permitía al juez la atribución “en su caso de las demás residencias”. En la actualidad, la redacción del vigente art. 233-20.6 del CCC es más restrictiva; de hecho, la STS de 9 de mayo de 2012, fijó los márgenes de las facultades del juez, mencionando expresamente que el art. 233-20.6 del Código de Cataluña no permite en sentido estricto la solución de atribución indistinta por parte del juez, sino que tan solo posibilita que se adjudique otro inmueble cuando sea más apto para servir a las necesidades de los hijos y del progenitor custodio.

⁷⁵ De acuerdo con este art. 233-20.5 CCC, la prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.

⁷⁶ VERDERA, cit. (n. 20).

El Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFa), en el caso de custodia compartida atribuye el uso al progenitor que, por razones objetivas, tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, decidirá el juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares (art. 81.1). La atribución del derecho de uso, en todo caso, tiene carácter temporal (art. 81.2). Y si la vivienda es de propiedad de los progenitores, el juez puede acordar su venta si es necesaria para las adecuadas relaciones familiares (art. 81.3). No regula la asignación de vivienda distinta a la familiar. Las normas se aplican a las relaciones entre los progenitores e hijos menores cuando cesa la convivencia (art. 75.1).

La Ley de Relaciones Familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco (LVRF), establece que si la guarda y custodia fuera compartida se puede atribuir el uso de la vivienda por periodos alternos entre ambos; si no fuera así, se atribuirá al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fuera compatible con el interés superior de los hijos (art. 12.2). Si se atribuyere a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos, ya fuera exclusiva o compartida, y la vivienda fuera privativa del otro progenitor o común a ambos, dispondrá del uso solo mientras dure la obligación de prestarles alimentos. Del mismo modo, se opta por la temporalidad en la atribución, señalada en un plazo de dos años susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron (art. 12.5). En este caso, ya se trate de vivienda privativa del otro o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario, teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquiler de viviendas similares y la capacidad económica de los miembros de la pareja (art. 12.7). El juez podrá sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otra vivienda que sea propiedad de uno o ambos miembros de la pareja, si es idónea para satisfacer las necesidades de vivienda de los hijos e hijas menores y, en su caso, del progenitor más necesitado de protección (art. 12.6). Existe un matiz importante: la segunda vivienda debe ser propiedad de uno o ambos miembros de la pareja, lo que cierra la posibilidad de adjudicar la segunda residencia cuando es propiedad de un tercero. Y si los progenitores poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto

por el título, de acuerdo con la ley. También se establecen las causas de extinción del derecho de uso. Las reglas se aplican tanto al matrimonio como a las parejas de hecho con hijos menores (art. 1.1.a).

En cuanto a la situación de los hijos mayores de edad la CDFA y la LVRF no han establecido reglas especiales en esta situación, dado que los preceptos pertinentes a la atribución del derecho de uso solo atienden a los efectos de la ruptura de la convivencia con hijos menores (en el caso vasco) o a cargo (en la legislación aragonesa); esta opción, si bien es coherente con el planteamiento, no obstante, presenta los inconvenientes de la laguna legal en la práctica.⁷⁷

En la legislación navarra, la Ley Foral de modificación de la Compilación de Derecho Civil⁷⁸ (en adelante, LFN), establece que prevalece el pacto parental; en su defecto, en el supuesto de custodia monoparental se atribuye el uso a los menores y al progenitor en cuya compañía queden durante este tiempo, salvo que dicho progenitor pueda garantizar adecuadamente sus necesidades de habitación por otros medios, en cuyo caso el juez resolverá lo procedente sobre su atribución y su duración, en atención a los intereses más necesitados de protección. En el supuesto de custodia compartida o repartida, se puede acordar el derecho de uso a favor de uno o ambos progenitores, pero la atribución siempre será temporal. En todo caso, esta decisión del uso de la vivienda familiar se valora para el establecimiento de la contribución de ambos progenitores al sostenimiento de los hijos, lo que reequilibra la situación económica de los cónyuges (Ley 72). Se contempla expresamente la situación de los hijos mayores de edad, fijándose por el juez el plazo en atención a las necesidades de habitación de estos si son dependientes económicamente. Si no hay hijos menores y las necesidades de los hijos mayores están satisfechas, podrá atribuirse el derecho de uso de la vivienda al cónyuge que más lo necesite, aunque no sea el titular, de modo temporal (Ley 104 b.).

⁷⁷ Como pone de relieve LÓPEZ cit. (n. 59), p. 108.

⁷⁸ Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo.

VIII. ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO A OTROS FAMILIARES

La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar a otros familiares, como los tíos o los abuelos, cuando sean designados custodios de los menores de edad, puede ponerse en relación con el problema de que la vivienda en que residen estos custodios no satisfaga las condiciones mínimas de habitabilidad de los menores. Pero, en su caso, la atribución del derecho de uso sobre la que constituía vivienda familiar debe derivar de un derecho que le dé cobertura suficiente. Esto es, si el derecho no existía previamente, el juez no lo puede crear.⁷⁹ A pesar de la exigencia de la adopción de las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en el CC que contempla el art. 103.1ª CC supondría, salvo el consentimiento expreso de los progenitores, la atribución *per relationem* por el juez a un custodio que no contempla el art. 96 CC.

IX. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN SITUACIÓN DE MERA TOLERANCIA POR SU TITULAR

Cuando la vivienda familiar es propiedad de un tercero que la cede gratuitamente a alguno de los cónyuges por razón del matrimonio, y el juez atribuye el derecho de uso al cónyuge que no era titular de ese derecho, la regla es que el tercero puede hacer valer su derecho de propiedad para recuperarla, si no existe un contrato que legitime el uso de la vivienda, como indica la STS de 18 de enero de 2010, puesto que la relación entre los cónyuges y el propietario es la de precario, como señaló anteriormente la STS de 26 de diciembre de 2005.⁸⁰

En este sentido, también expresa la STS de 2 de octubre de 2008, que establece doctrina: *“La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hu-*

⁷⁹ Expresa CHAPARRO (2018), a favor, no obstante, de la atribución con fundamento en el art. 96 CC.

⁸⁰ STS núm. 861/2009, de 18 de enero de 2010; STS núm. 1022/2005, de 26 de diciembre.

biera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial". Como se reflexiona en la STS de 14 de enero de 2010, mediante la adjudicación del derecho de uso a uno de los cónyuges en virtud del art. 96 CC, no se puede otorgar frente a un tercero una protección posesoria de vigor superior a la que el hecho del precario proporcionaba a los cónyuges.⁸¹

Como expresa ROCA,⁸² desaparecen los presupuestos determinantes de la titularidad del derecho de uso por parte del cónyuge que la ostentaba. Y ello es así aun distinguiendo la razón por la cual el propietario hubiera permitido a los cónyuges usar la vivienda, ya fuera por mera tolerancia, o ya si se cedió el uso con la finalidad específica de que el matrimonio estableciera la vivienda familiar, a través de un comodato o préstamo de uso, ya que, al haberse concluido dicho uso, el cesionario o comodatario que lo ostentaba queda convertido en un simple precarista.

En síntesis, como tiene declarado el Tribunal Supremo, la atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario; ni para enervar la acción de desahucio, en la medida en que no constituye un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible frente a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio, y que no puede establecerse por el procedimiento matrimonial. La protección posesoria, por tanto, no es superior a la situación de precario que se proporcionaba a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, pero con cargo a extraños al vínculo matrimonial.

El CCC sí contempla expresamente esta situación que olvida el CC: el hecho de que los cónyuges posean la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad limitará los efectos de la atribución judicial del uso a lo dispuesto en el título; así como que si los cónyuges detentan la vivienda por mera tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial del uso acaban cuando este reclama su restitución (art. 322-21.2 CCC). También establece una limitación en este sentido

⁸¹ STS núm. 910/2008, de 2 de octubre; STS núm. 859/2009, de 14 de enero de 2010).

⁸² ROCA, cit. (n. 15), p. 526.

el art. 12.8 de la LVRF. En el art. 219-24.2 de la Propuesta de CC de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, como se expuso más arriba, quedan excluidos directamente del régimen de la atribución judicial de la vivienda familiar “aquellos inmuebles pertenecientes a terceras personas donde los cónyuges hayan vivido mientras duró la convivencia conyugal por mera tolerancia de su titular o mediando comodato a favor de cualquiera de los cónyuges”, de lo que tampoco cabe excluir que haya sido a favor de ambos.

X. ATRIBUCIÓN DEL USO DE VIVIENDA ARRENDADA

En el supuesto de que la atribución del uso debiera hacerse sobre una vivienda arrendada, si el contrato no formaba parte de la sociedad de gananciales,⁸³ el juez puede atribuir el derecho de uso al cónyuge no arrendatario, especificando al respecto el art. 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos⁸⁴ (en adelante, LAU) que el cónyuge a quien se haya atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, pasará a ser titular del contrato. Dispone al respecto el art. 15 de la LAU que dicho titular del derecho de uso lo comunique al arrendador en el plazo de dos meses desde que le fue notificada la resolución judicial, con copia de la misma o de la parte que afecte a dicho derecho. La comunicación no es requisito para utilizar la vivienda, de modo que el conocimiento cierto del hecho por el arrendador suple la falta de comunicación.⁸⁵ Si no lo hace, el titular del derecho de uso concedido por la resolución judicial conserva su derecho a usar la vivienda; pero gozará de menor protección si el arrendador ejercita su derecho a resolver el contrato de arrendamiento.

Puede entenderse que se provoca una subrogación del titular del derecho de uso en la posición del arrendatario, que ocurre *ope legis*, por

⁸³ BERROCAL, cit. (n. 55), p. 1973.

⁸⁴ El artículo 15 de la LAU, rubricado *Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario*, ha sido redactado por el apartado nueve del art. 1 de la Ley 4/2013, de 4 de junio.

⁸⁵ En este sentido, la SAP de Asturias (Sección 5ª) de 22 de octubre de 2010.

el hecho de la resolución judicial, y no por un acuerdo de voluntades. La regulación vigente del art. 15 LAU hace ya baldías la distintas soluciones dispares de la jurisprudencia menor, donde se consolidaba la postura según la cual no varía la titularidad negocial arrendaticia en la que permanece el cónyuge que suscribe el contrato, concediéndose al que se atribuye la vivienda un derecho de uso en tanto permanezca vigente la declaración de atribución.⁸⁶

XI. LAS CARGAS O DEUDAS Y LOS GASTOS DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Como regla general, la atribución del derecho de uso no hace variar las obligaciones que corresponden al propietario en relación con las cargas o deudas del bien destinado a la vivienda. En relación con el crédito o préstamo hipotecario,⁸⁷ los tribunales vienen considerando que los excónyuges deben satisfacer por mitad las cuotas de amortización de dicho crédito concertado constante el matrimonio y que vayan venciendo.⁸⁸ Por el contrario, son a cargo del titular del derecho de uso sobre la vivienda todos aquellos gastos comunes derivados o relacionados con este uso. En el supuesto de vivienda arrendada, el pago de la renta corresponderá al cónyuge al que se haya cedido el uso, o se haya subrogado en la posición de arrendatario (conforme al vigente art. 15 LAU).

En las legislaciones autonómicas catalana y vasca, se ha recogido la regulación expresa de cómo se atenderán estas deudas y gastos para el caso de atribución o distribución del uso de la vivienda. El CCC, en su art. 233-23.1, y la LVRE, en su art. 12.9, establecen que las obligaciones contraídas por la adquisición o mejora de la misma, incluidos los préstamos hipotecarios (en la ley vasca) o los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución. El art. 233-23-2 del CCC y el art. 12.9 de la LVRE, disponen que los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas de devengo anual (y

⁸⁶ En atención a la aplicación de la legislación anterior o la vigente de la LAU, SAP de Málaga (Sección 5ª) de 8 de octubre de 2015.

⁸⁷ STS de 5 de noviembre de 2008.

⁸⁸ Puede verse un análisis detallado de MORENO-TORRES (2017).

los impuestos, en la ley vasca), corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso.

Por supuesto, en cualquier caso cabrá el acuerdo de los cónyuges en otro sentido; pero estos solo tendrán eficacia *inter partes* entre ambos deudores, de modo que frente al acreedor de las respectivas cargas o gastos habrá que estar al título constitutivo de los mismos, si aquel no ha intervenido en dicho acuerdo entre los cónyuges deudores con su consentimiento a la novación subjetiva de la obligación.⁸⁹

XII. INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE USO SOBRE LA VIVIENDA Y OPONIBILIDAD FRENTE A TERCEROS

El derecho del usuario está determinado por la titularidad preexistente, y viene condicionado por el propio título previo que habilitaba el uso de la vivienda constante el matrimonio. Como matiza la STS de 31 de diciembre de 2014,⁹⁰ la sentencia que adjudica el derecho de uso no puede atribuir una titularidad distinta de la que hasta entonces se tenía sobre la vivienda, ni puede generar un derecho nuevo.

Con independencia del debate doctrinal acerca de su naturaleza como derecho real o como derecho familiar del derecho de uso, se admite el acceso al Registro de la Propiedad. En un primer momento, la Dirección General de los Registros y el Notariado (en adelante DGRN) entendió que la titularidad solo era posible a favor de uno de los cónyuges, no de los hijos,⁹¹ como en la Resolución de 21 de junio de 2004. Sin embargo, en diversas resoluciones posteriores se tiene en cuenta que es posible atribuir la titularidad a los hijos menores, como en la Resolución de 19 de enero de 2016. Se puede inscribir el derecho sin necesidad de que conste el plazo de duración, estimándose que no se trata de un derecho real limitado, sino de un derecho de carácter familiar. No obstante, de acuerdo con la doctrina reciente de la DGRN, la inscripción sin limitaciones temporales solo tendrá cabida si los titulares son los hijos

⁸⁹ BERROCAL, cit. (n. 55), p. 1980.

⁹⁰ STS núm. 1199/1994, de 31 de diciembre.

⁹¹ DÍAZ, cit. (n. 22), p. 1009. RDGRN de 21 de junio de 2004.

menores; porque, como razona PRETEL,⁹² la limitación será indirecta, al concluir el derecho de uso al alcanzar los hijos la mayoría de edad. Por el contrario, si los titulares del derecho de uso son el otro cónyuge o los hijos mayores de edad, necesariamente se impone una limitación del derecho temporal de uso (Resolución de 25 de octubre de 2016). La cancelación deberá hacerse mediante un título judicial, aunque también cabe la aplicación de las normas de cancelación por caducidad.⁹³

El derecho de uso será oponible frente a terceros que hayan adquirido la propiedad. No obstante, la situación es distinta frente a la ejecución forzosa de la vivienda por deudas, en cuyo caso será inoponible el derecho de uso al adquirente en la subasta;⁹⁴ así como también será inoponible frente al desahucio arrendaticio.

En estas situaciones, no obstante, la doctrina se ha preocupado de poner en relación las medidas jurídicas, económicas y sociales de la protección del deudor vulnerable, con el interés superior del menor, para hacer efectiva también por esta vía la consagración jurídica de la protección de los menores.⁹⁵

XIII. ADAPTACIÓN DEL ART. 96 CC A LAS POSIBILIDADES ECONÓMICAS DEL CÓNYUGE NO TITULAR DEL DERECHO DE USO

En los trabajos doctrinales sobre la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar durante los últimos años, también se han puesto de manifiesto las dificultades de adaptación del art. 96 CC a los problemas reales de las economías de los afectados por la crisis matrimonial o de pareja, si no se tienen en cuenta otros factores correctivos para evitar soluciones injustas. En principio, conforme al art. 96 CC, párrafo primero, la atribución se hace *per relationem* al cónyuge que en ese momento ostente la guarda; de modo que este no debe desplegar adicionalmente una labor probatoria tendente a demostrar que sus recursos son inferiores a

⁹² PRETEL (2017), p. 59.

⁹³ PRETEL, cit. (n. 75), p. 60.

⁹⁴ STS núm. 584/2010, de 8 de octubre.

⁹⁵ PIZARRO (2017), pp. 185-200.

los del otro progenitor. Siendo así, no obstante, la capacidad económica del cónyuge custodio a quien se atribuye la vivienda sí podría ser tenida en cuenta para ajustar la pensiones alimenticias o compensatorias que correspondiesen. Por otra parte, en la custodia compartida, podría atribuirse al cónyuge más necesitado de protección. Pero cabría reflexionar sobre las posibilidades económicas del beneficiario del derecho de uso.

En este sentido se pronuncian algunas voces, como la de Oliva Blázquez,⁹⁶ que tras analizar las distintas soluciones viables y comparar los ordenamientos jurídicos de las legislaciones forales o especiales, que en algún caso pecan de cierta indefinición,⁹⁷ aboga por una reforma legal en el CC que introduzca cualquiera de los dos mecanismos de compensación: directa, mediante una renta, debida, por ejemplo, por el arrendamiento de la vivienda al cónyuge más necesitado de protección;⁹⁸ o indirecta, a través de la pensión de alimentos o compensatoria, según proceda.⁹⁹

Esta reflexión también debe ponerse en relación con la contradicción que supone la aplicación automática del art. 96 CC, párrafo primero, y la relajación en la obligación del pago de la pensión alimenticia a los hijos, siquiera venga motivada por la crisis económica, como señala Cabezuelo.¹⁰⁰ Algunas resoluciones del Tribunal Supremo admiten recientemente que en situaciones de extrema penuria de los progenitores se reduzca o se suspenda, aunque sea temporalmente, el pago del mínimo vital de los hijos menores.¹⁰¹ Es una situación palmaria que el

⁹⁶ OLIVA (2017), p. 330.

⁹⁷ Como el art. 233-20.7 del CCC, que no establece la forma de llevar a cabo la ponderación de la atribución del uso.

⁹⁸ Como expone también, GARCÍA (2019).

⁹⁹ En este sentido ya había manifestado CUENA (2016), p. 21. Por la propia esencia de la obligación de alimentos, indirectamente, la atribución del uso de la vivienda propiedad del no custodio, afectará a la cuantía de la pensión, aunque no se diga directamente por el legislador.

¹⁰⁰ CABEZUELO, cit. (n. 31), p. 355.

¹⁰¹ STS núm. 55/2015, de 25 de febrero. Se confirma la reducción de la cuantía hasta el mínimo vital. El progenitor en situación de pobreza absoluta tiene resueltas sus necesidades de vivienda porque vive en un piso propiedad de su madre, donde ha dejado de pagar los consumos de luz. O en STS núm. 663/2016, de 14 de noviembre, en la que se acuerda la suspensión excepcionalmente por un periodo de 6 meses.

precio a pagar por mantener la gratuidad de la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar será, en algunos casos, la privación de la pensión alimenticia, como expresan también Oliva¹⁰² o Zumaquero.¹⁰³

La compensación indirecta en la pensión alimenticia es compatible con la atribución del derecho a la vivienda, pues estimada la habitación como una de las necesidades que deben atenderse mediante el deber de alimentos de los progenitores a los hijos, el uso de la vivienda familiar puede considerarse como contribución en especie al cumplimiento de la obligación impuesta. Esta es una solución que admite el Tribunal Supremo.¹⁰⁴ En la legislación autonómica, determinadas normas han establecido que la atribución del derecho de uso deberá ser tenida en cuenta para fijar la duración y la cuantía de la asignación compensatoria que, en su caso, pudiera corresponder al progenitor perjudicado por la ruptura. Así se ha previsto en Código de Derecho Foral de Aragón, art. 83.2; y en el CCC, arts. 233-20.1 y 233-20.7. Del mismo modo se deben tomar en consideración a la hora de establecer la contribución de cada progenitor los gastos de asistencia de los hijos, como prevé el CCC, art. 233-20.1 y 233-20.7; así como la LVRF, art. 10.3.

Con el mismo criterio, la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, en su exposición de motivos, justifica la

¹⁰² OLIVA, cit. (n. 79), p. 308.

¹⁰³ ZUMAQUERO (2016).

¹⁰⁴ STS núm. 191/2011, de 29 de marzo, en un supuesto en que las necesidades de habitación del hijo están cubiertas por residir en una nueva vivienda con el marido de su madre, a quien se concede la guarda y custodia: *“la atribución del uso del que fue hasta el momento de la separación el domicilio familiar constituye una forma de contribuir al deber de alimentos de los hijos”*. O en la STS núm. 622/2013, de 17 de octubre: *“El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación”*. O en el supuesto visto en la STS núm. 33/2017, de 19 de enero, donde se rebaja el importe de la pensión alimenticia a abonar por el progenitor no custodio a favor de los hijos menores del matrimonio. Se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en su día por el hecho de vivir la nueva pareja de la madre y el hijo de ambos en el domicilio familiar. Se trata de un hecho imprevisto que ha de tener trascendencia económica desde el punto de vista de la prestación alimenticia, pues la nueva pareja debe contribuir también a los gastos de la vivienda.

adopción de una medida semejante en el proyectado art. 219-27¹⁰⁵ sobre la oportunidad de que “el sacrificio realizado por el propietario exclusivo de la vivienda familiar o, en el mejor de los casos, copropietario, se pondere como una forma de pago en especie de los alimentos de los hijos menores o, en su caso, de la pensión compensatoria si el beneficiario es el cónyuge más necesitado de protección, como ha dispuesto el artículo 233-20.7 del CCC”.

La compensación directa al cónyuge no usuario, que contemplaba la derogada norma valenciana,¹⁰⁶ y regula el art. 12.7 de la LVRF, podría otorgarse en forma de remuneración pecuniaria por la pérdida del derecho de uso. La cantidad podría ser fijada en atención al valor concreto que tenga el uso de la vivienda familiar, determinado por el importe de la renta media arrendaticia de un inmueble de las mismas características, en función del lugar en que se encuentre ubicado, como propone SANTOS,¹⁰⁷ que es el criterio que recoge la norma vasca. Si la vivienda es titularidad común de ambos cónyuges, el importe de la renta a pagar por el titular del derecho de uso sería la mitad. En cualquier caso, se ha hecho notar que esta medida también exige una capacidad económica similar de ambos cónyuges; o, en todo caso, que el usuario pueda satisfacer objetivamente la renta, ya que en otro caso sería inviable.

¹⁰⁵ Artículo 219-27. *Computación de la asignación del uso*: “Cuando la titularidad de la vivienda sea común o pertenezca en exclusiva al cónyuge privado del uso la atribución de este derecho se computará como contribución en especie a los alimentos de los hijos o a la compensación por desequilibrio que, en su caso, se reconozca al otro cónyuge”. La autoría de dicho artículo es de CABEZUELO ARENAS.

¹⁰⁶ Derogada por el Tribunal Constitucional por falta de competencias sobre la materia de la Comunidad Autónoma de Valencia. En el art. 12.7 LVRF: “*En el caso de atribuirse la vivienda a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario, teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquiler de viviendas similares y la capacidad económica de los miembros de la pareja*”.

¹⁰⁷ SANTOS (2014), p. 28.

XIV. LA ESPECIAL SITUACIÓN EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. LA PERMUTA DEL DERECHO DE USO

Antes de nada, debemos tener en cuenta que la legislación estatal no admite la custodia compartida en los supuestos en los que el progenitor esté incurso en un proceso judicial sobre violencia de género, conforme al art. 92.7 CC. Criterio que comparten las legislaciones autonómicas, con diferentes dicciones, que también dan lugar a distintos planteamientos.¹⁰⁸ El hecho que el CC solo se refiera a la situación de la custodia compartida, no empece para tener en cuenta que tampoco procedería atribuir una custodia exclusiva o monoparental (ex arts. 156 y 170 CC).

En concreto, en el tema que nos ocupa respecto de la vivienda familiar, el art. 64.1 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LOMPIVG) establece que *“el Juez podrá ordenar la salida obligatoria del inculcado por violencia de género del domicilio en el que hubiera estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar, así como la prohibición de volver al mismo”*. Por otro lado, el abandono de la vivienda por la víctima de violencia de género, no deberá considerarse un argumento en contra para la atribución a esta del uso de la vivienda familiar.¹⁰⁹ Así se establece en la STS de 22 de febrero de 2017.¹¹⁰ El Tribunal Supremo sostiene que de ninguna forma se puede argumentar que la salida del

¹⁰⁸ Por supuesto, no nos estamos refiriendo a la conflictividad de las relaciones entre los progenitores, sino al grave problema de la violencia de género, incompatible con la custodia sobre los hijos. Sobre este tema se argumenta la presunción de inocencia en contra de la redacción del art. 92.7 CC. En la legislación navarra, por ej., más explícita en cuanto a los términos, no basta con la mera denuncia (art. 71 LFN). También se debate acerca de la necesidad de una sentencia condenatoria para adoptar tal medida. O sobre el efecto favorable de una sentencia condenatoria una vez cumplida. No obstante, esta excepción ha sido contemplada expresamente en el Pacto de Estado contra la violencia de género. Dicho pacto establece que no pueda adoptarse la custodia compartida para padres maltratadores, ni siquiera de forma provisional, si hay un procedimiento penal y existe orden de alejamiento.

¹⁰⁹ LOZANO (2017), pp. 4, y 45 a 47.

¹¹⁰ STS núm. 117/2017, de 22 de febrero. FD 2º. El tribunal casa y anula en parte la sentencia recurrida de la Audiencia Provincial de Valladolid, y repone la SJVM núm. 1 de Valladolid, en cuanto a la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en una separación de una pareja no casada con dos hijos menores.

domicilio por parte de la mujer y los hijos fue por iniciativa propia, ya que estamos ante un hecho probado de violencia de género en el que *“la primera prevención que se recomienda a la víctima, como recuerda el Ministerio Fiscal en su informe, es el abandono del domicilio e inmediaciones donde se ha producido la violencia”*.

Además, se refuerza la protección del menor en estas situaciones con la reforma de la LOMPIVG, mediante la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que obliga al juez, en todo caso, a pronunciarse sobre las cuestiones relacionadas con menores en las medidas provisionales y de aseguramiento, introduciendo un segundo párrafo en este sentido en sendos artículos 61, 64 y 65 y 66 de la LOMPIVG.

Por otro lado, el art. 64.2 LOMPIVG establece la posibilidad excepcional de que la persona protegida, de ser el cónyuge a quien se atribuya el uso de la vivienda, disponga del derecho de uso individualmente, mediante su permuta.¹¹¹ Se dispone que el juez “podrá autorizar que la persona protegida concierte, con una agencia o sociedad pública allí donde la hubiere y que incluya entre sus actividades la del arrendamiento de viviendas, la permuta del uso atribuido de la vivienda familiar de la que sean copropietarios, por el uso de otra vivienda, durante el tiempo y en las condiciones que se determinen”. No está consentido el lucro con la permuta del uso, siendo una medida protectora para la víctima y los hijos.¹¹² Con esta autorización de la permuta del uso atribuido a la persona protegida, esta podrá conseguir otra vivienda en la que poder salvaguardar su anonimato.¹¹³ La medida también se aplica en el supuesto de una pareja no casada, dado que en los supuestos de violencia de

¹¹¹ Dado que la vivienda familiar está sometida a una normativa muy protectora, siendo esta la primera vez, en razón del interés que se protege, que se permite esta disposición del derecho de uso de la vivienda familiar. En este sentido, SOLÉ (2006), p. 1808; y ÁLVAREZ (2009), pp. 273 a 275.

¹¹² CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género*, 3 de noviembre de 2016, p. 168.

¹¹³ La permuta del derecho de uso sobre una vivienda se concede también en otras situaciones, como en la asignación de una vivienda protegida. Así, la Ley 13/2007, de la Comunidad Autónoma Andaluza, en su art. 49, permite la posibilidad de permuta del derecho de uso sobre la vivienda protegida que se le haya cedido o adjudicado a

género el lugar donde habitan los convivientes tiene la consideración de vivienda familiar.¹¹⁴

El art. 64.2 limita la permuta al supuesto en que la persona protegida sea copropietaria de la considerada vivienda familiar. De este modo, no cabe la permuta del derecho de uso en el supuesto en que fuera propiedad del maltratador, o este se ostentara sobre la vivienda en virtud de un contrato de arrendamiento o en situación de precario, lo que implicaría derechos de terceros.¹¹⁵ La doctrina que se ha ocupado del tema critica, no obstante, esta limitación.¹¹⁶

XV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, HENAR, “La víctima de violencia de género y la atribución de la vivienda familiar”, en De Hoyos Sancho, M. (Dir.) *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 261-280.

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, Propuesta de Código Civil, Tecnos, Madrid, 2018. Puede consultarse el documento en: <http://www.derechocivil.net/publicaciones/propuesta-codigo-civil>

BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL, “Cuestiones controvertidas e implicaciones prácticas en torno a la guarda y custodia y custodia compartida”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 756, julio, 2016, pp. 2204-2245.

BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL, “Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 762, 2017, núm. 762, pp. 1964-2005.

BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL, “La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, en especial, por convivencia marital del usuario con otra persona”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 774, julio-agosto 2019, pp. 2002-2042.

la víctima en régimen de alquiler o propiedad, para garantizar su integridad física o psicológica. MÚRTULA (2016), p. 278.

¹¹⁴ ÁLVAREZ, cit. (n. 94), p. 275.

¹¹⁵ SOLÉ, cit. (n. 94), pp. 1009 y 1010.

¹¹⁶ ÁLVAREZ, cit. (n. 94), p. 274; MÚRTULA, cit. (n. 96), p. 268.

- BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL, “La extinción de la prestación de alimentos de los hijos mayores de edad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, enero 2020, pp. 479-529.
- CABEZUELO ARENAS, ANA LAURA, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de septiembre de 2011, 6237/2011”, en Yzquierdo Tolsada, Mariano (Coord.), *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (civil y mercantil)* (2011-2012), vol. 5, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 215-228.
- CABEZUELO ARENAS, ANA LAURA, “El artículo 96 CC: Sobrevaloración del interés del menor versus la aniquilación de los padres. Incoherencias de la jurisprudencia y propuestas de reforma”, en Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo (Dir.) /García Mayo, Manuel (Coord.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017, pp. 331-360.
- CERVILLA GARZÓN, MARÍA DOLORES, “Su estudio desde la doctrina”, en Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo. (Dir.) /García Mayo, Manuel. (Coord.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017, pp. 13-38.
- CHAPARRO MATAMOROS, PEDRO, “La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en supuestos especiales: atribución al hijo mayor de edad con discapacidad y atribución a otros parientes por razón de la custodia de los hijos menores”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 45, 2018. BIB 2018\6227.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género* <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Guias-practicas/Guia-practica-de-la-Ley-Organica-1-2004--de-28-de-diciembre--de-Medidas-de-Proteccion-Integral-contr-la-Violencia-de-Genero--2016-> Consultada el 25 de junio de 2020.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*, de 25 de junio de 2020. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Estadisticas--estudios-e-informes/Estudios/Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-en-materia-de-custodia-compartida>. Consultada el 25 de junio de 2020.
- CUENA CASAS, MATILDE, “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, en Yzquierdo Tolsada, M./Cuenas Casas, M. (Dirs.), *Tratado de*

- Derecho de Familia*, vol. III, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 275-442.
- CUENA CASAS, MATILDE, “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, *Revista de Derecho Civil*, v. I, núm. 2, 2016, pp. 9-39.
- DÍAZ MARTÍNEZ, ANA, “Comentario al art. 96 CC”, en Bercovitz Rodríguez- Cano, Rodrigo, *Comentarios al Código Civil*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1000-1016.
- ELORRIAGA DE BONIS, FABIÁN, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1995.
- ESPIAU ESPIAU, SANTIAGO, *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Promociones y publicaciones universitarias, Barcelona, 1992.
- FEÁS COSTILLA, JAVIER, “Vivienda familiar y divorcio notarial”, en Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo (Dir.) /García Mayo, Manuel (Coord.): *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017, pp. 213-238.
- GARCÍA MAYO, MANUEL, “El arrendamiento forzoso de la vivienda tras la crisis familiar: una propuesta de futuro para España”, *Actualidad Civil*, núm. 9, septiembre, 2019, La Ley 10664/2019.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, CARMEN, “Crisis matrimonial y cambios en la atribución de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 738, julio 2013, p. 22.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, CARMEN, “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar. Una propuesta de «lege ferenda»”, *Derecho de Familia*, núm. 16, 2017, La Ley 14970/2017.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, “Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo”, en Viladrich, P.J. (Coord.), *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986.
- LÓPEZ AZCONA, MARÍA AURORA, “La solución del derecho civil aragonés y de los restantes derechos civiles territoriales”, en Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo (Dir.) /García Mayo, Manuel (Coord.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017, pp. 79-92.
- LOZANO VILLANUEVA, GLORIA ESPERANZA, *Efectos civiles en las crisis de pareja por violencia de género*, Trabajo Fin de Grado, tutora: Villanueva Lupión, Carmen, Universidad de Jaén, Jaén 2017.

- MONTERO AROCA, JUAN, *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (la aplicación práctica del art. 96 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MORENO-TORRES HERRERA, MARÍA LUISA, “El pago del préstamo hipotecario tras el divorcio”, *InDret*, enero 2017, <http://www.indret.com/pdf/1279.pdf>. Consultada: 10 de julio de 2020.
- MORENO VELASCO, VÍCTOR, “Atribución del uso de inmuebles distintos de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de parejas de hecho”, *Diario La Ley*, núm. 7015, 2 de febrero de 2009, *La Ley* 157/2009.
- MÚRTULA LAFUENTE, VIRGINIA, *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016.
- OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO, “Atribución del uso de la vivienda familiar y compensación económica: Escenarios y propuestas de reforma”, en Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo (Dir.) / García Mayo, Manuel (Coord.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017, pp. 301-330.
- ORDÁS ALONSO, MARTA, “Luces y sombras de la propuesta de modificación del art. 96 CC prevista en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. extra 10, 2. 2019, pp. 32-63.
- PIZARRO MORENO, EUGENIO, “Menores y desahucio: Un supuesto desregulado del interés superior del menor”, en Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo (Dir.) / García Mayo, Manuel (Coord.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017, pp. 185-202.
- PRETEL SERRANO, JUAN JOSÉ, “Naturaleza del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros. Su estudio desde la práctica profesional”, en Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo (Dir.) / García Mayo, Manuel (Coord.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017, pp. 39-62.
- RAMS ALBESA, JOAQUÍN JOSÉ, *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987.
- RAMS ALBESA, JOAQUÍN JOSÉ, *Comentarios al Código Civil*, II, vol. 1, Bosch, Barcelona, 2000.
- ROCA TRÍAS, ENCARNA, “Comentario al art. 96 CC”, en *Comentarios del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

- ROCA TRÍAS, ENCARNA, “Comentario al art. 96 CC”, en Cañizares Laso, A./ de Pablo Contreras, Pablo /Orduña Moreno, J./Valpuesta Fernández, Rosario (Dirs.), *Código Civil Comentado*, v. I, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 521-526.
- SALAZAR BORT, SANTIAGO, *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- SÁNCHEZ ALONSO, MARTA, “Atribución del uso de la vivienda familiar. Modificación de la atribución del uso de la vivienda familiar. Derecho de uso”, en Linacero la Fuente, M., *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 902-913.
- SANTOS MORÓN, MARÍA JOSÉ, “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma”, *Revista de Derecho Civil*, v. I, núm. 3, 2014, pp. 1-36.
- SOLÉ RESINA, JUDITH, “El papel del Derecho Civil en la lucha contra la violencia de genero”, en Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (Edit.) *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, v. I, Madrid, 2006, 1797-1816.
- VERDERA IZQUIERDO, BEATRIZ, “La atribución del uso de otras viviendas distintas a la familiar. Las segundas residencias”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 74, 2017, pp. 61-84.
- ZUMAQUERO GIL, LAURA, “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, pp. 11-151.

NORMAS JURÍDICAS UTILIZADAS

- Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modifica el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (Boletín Oficial del Estado, en adelante BOE núm. 119, de 29 de mayo de 1981).
- Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981).
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (BOE, núm. 15, de 17 de enero). Modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 175, de 23 de julio de 1996).

- Ley 29/1999, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 1994. Modificada por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo (BOE núm. 55, de 5 de marzo).
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004).
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005).
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008).
- Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y prevención integral contra la violencia de género, de la Comunidad Autónoma Andaluza (BOE, núm. 38, de 13 de febrero de 2008).
- Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010).
- Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas (Boletín Oficial de Aragón, núm. 67, de 29 de marzo de 2011).
- Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Comunidad Valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (BOE núm. 98, de 25 de abril de 2011). (Norma derogada).
- Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (BOE de 5 de junio).
- Ley 7/2015, de 30 de junio, del País Vasco, de Relaciones Familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015).
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015).
- Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015).
- Ley Foral 21/2019, de Navarra, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo (BOE, núm. 137 de 8 de junio de 2019).

- Proyecto de Ley 121/000027 por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A. Proyectos de Ley, de 17 de julio de 2020).

JURISPRUDENCIA CITADA

Todas las sentencias citadas son de la jurisprudencia española, jurisdicción civil. Base de datos Cendoj.

- SAP de Valencia, de 25 enero de 1994, Ponente: Sr. Sánchez Alcaraz.
- STS núm. 1199/1994, de 31 de diciembre, Ponente: Sr. Marina Martínez-Pardo (ROJ: STS 20231/1994).
- SAP de Málaga (Sección 6ª) núm. 492/2004, de 15 de junio, Ponente: Sra. Jurado Rodríguez (ROJ: SAP MA 2894/2004).
- SAP de Jaén (Sección 1ª) núm. 96/2005, de 28 de abril, Ponente: Sr. Aguirre Zamorano (ROJ: SAP J 235/2005).
- SAP de Málaga (Sección 5ª) núm. 1080/2005, de 21 de octubre, Ponente: Sr. Nogues García (ROJ: SAP MA 3623/2005).
- STS núm. 1022/2005, de 26 de diciembre, Ponente: Sra. Roca Trías (ROJ: STS 7530/2005).
- STS núm. 910/2008, de 2 de octubre, Ponente: Sr. Sierra Gil de la Cuesta (ROJ: STS 4872/2008).
- STS núm. 991/2008, de 5 de noviembre, Ponente: Sra. Roca Trías (ROJ: STS 5805/2008).
- STS núm. 859/2009, de 14 de enero de 2010, Ponente: Sr. Xiol Ríos (ROJ: STS 1894/2010).
- STS núm. 861/2009, de 18 de enero de 2010, Ponente: Sra. Roca Trías (ROJ: STS 776/2010).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) núm. 492/2009, de 23 de noviembre, Ponente: Sr. Navarro Miranda (ROJ: SAP TF 2545/2009).
- STS núm. 584/2010, de 8 de octubre, Ponente: Sra. Roca Trías (ROJ: STS 5062/2011).
- SAP de Asturias (Sección 5ª) núm. 355/2010, de 22 de octubre, Ponente: Sr. Casero Alonso (ROJ: SAP O 2204/2010).
- SAP de Valencia (Sección 10ª) núm. 156/2011, de 21 de febrero, Ponente: Sr. Motta García-España (ROJ: SAP V 1/2011).
- STS núm. 191/2011, de 29 de marzo, Ponente: Sra. Roca Trías (ROJ: STS 1657/2011).
- STS núm. 221/2011, de 1 abril, Ponente: Sra. Roca Trías (ROJ: STS 2053/2011).

- STS núm. 236/2011, de 14 abril, Ponente: Sra. Roca Trías (ROJ: STS 2672/2011).
- STS núm. 451/2011 de 21 de junio, Ponente: Sra. Roca Trías (ROJ: STS 3985/2011).
- STS (Sección Pleno) núm. 624/2011, de 5 de septiembre, Ponente: Sr. Xiol Ríos (ROJ STS 6237/2011).
- STS núm. 695/2011, de 10 de octubre, Ponente: Sra. Roca Trías (ROJ: STS 6496/2011).
- STS núm. 78/2012, de 27 de febrero, Ponente: Sra. Roca Trías (ROJ: STS 1082/2012).
- STS núm. 284/2012 de 9 de mayo, Ponente: Sra. Roca Trías (ROJ: STS 3057/2012).
- STS núm. 325/2012, de 30 de mayo, Ponente: Sra. Roca Trías (ROJ: STS 3791/2022).
- STS núm. 340/2012 de 31 de mayo, Ponente: Sra. Roca Trías (ROJ STS: 3850/2012).
- STS núm. 426/2013, de 17 de junio, Ponente: Sr. Seijas Quintana (ROJ: STS 3347/2013).
- STS núm. 622/2013, de 17 de octubre, Ponente: Sr. Seijas Quintana (ROJ: STS 5003/2013).
- SAP de Alicante (Sección 4ª) núm. 452/2013, de 10 de diciembre, Ponente: Sr. Rodríguez Mira (ROJ: SAP A 4812/2013).
- STS núm. 181/2014, de 3 de abril, Ponente: Sr. Seijas Quintana (ROJ: STS 1356/2014).
- STS núm. 301/2014, de 29 de mayo, Ponente, Sr. Seijas Quintana (ROJ: STS 3153/2014).
- STS núm. 325/ 2014, de 30 de mayo, Ponente: Sra. Roca Trías (ROJ: STS 2478/2014).
- STS núm. 547/2014, de 10 de octubre, Ponente: Sr. Baena Ruiz (ROJ: STS 397/2014).
- STS núm. 593/2014, de 24 de octubre, Ponente: Sr. Seijas Quintana (ROJ: STS 4249/2014).
- STS núm. 5/2015, de 16 de enero, Ponente: Sr. O'Callaghan Muñoz (ROJ: STS 190/2015).
- STS núm. 55/2015, de 25 de febrero, Ponente; Sr. Baena Ruiz (ROJ: STS 439/2015).
- STS núm. 315/2015, de 29 de mayo, Ponente: Sr. Seijas Quintana (ROJ: STS 2220/2015).

- SAP de Málaga (Sección 5ª) núm. 505/2015, de 8 de octubre, Ponente: Sr. Díez Núñez (ROJ: SAP MA 2815/2015).
- STS núm. 129/2016 de 3 de marzo, Ponente: Sr. Seijas Quintana (ROJ: STS 800/2016).
- STS núm. 525/2016, de 21 de julio, Ponente: Sr. Arroyo Fiestas (ROJ: STS 3732/2016).
- STS núm. 663/2016, de 14 de noviembre, Ponente: Sr. Baena Ruiz (ROJ: STS 5107/2016)
- STS núm. 741/2016, de 21 de diciembre, Ponente: Sr. Salas Carceller (ROJ: STS 5666/2016).
- STS núm. 31/2017, de 19 de enero, Ponente, Sr. Seijas Quintana (ROJ: STS 113/2017)
- STS núm. 33/2017, de 19 de enero, Ponente: Sr. Seijas Quintana (ROJ: STS 114/2017).
- STS núm. 43/2017, de 23 de enero, Ponente Sr. Baena Ruiz (ROJ: STS 117/2017).
- STS núm. 117/2017, de 22 de febrero, Ponente: Sr. Seijas Quintana (ROJ: STS 587/2017).
- STS núm. 167/2017, de 8 de marzo, Ponente: Sr. Arroyo Fiestas (ROJ: STS 856/2017).
- SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 234/2017, de 14 de marzo, Ponente: Sr. Sánchez Sánchez (ROJ: SAP M 3321/2017).
- STS núm. 294/2017, de 12 de mayo, Ponente: Sr. Baena Ruiz (ROJ: STS 1896/2017).
- STS núm. 615/2018, de 7 de noviembre, Ponente: Sr. Baena Ruiz (ROJ: STS 3739/2018).
- STS núm. 641/2018, de 20 de noviembre, Ponente: Sr. Seijas Quintana (ROJ: STS 3882/2018).
- STS núm. 215/2019, de 5 de abril, Ponente: Sr. Arroyo Fiestas (ROJ: STS 1363/2019).
- STS núm. 15/2020, de 16 de enero, Ponente: Sr. Arroyo Fiestas (ROJ: STS 61/2020).
- STS núm. 351/2020, de 24 de junio, Ponente: Sr. Baena Ruiz (ROJ: STS 2039/2010)
- STS núm. 396/2020, de 6 de julio, Ponente: Sr. Arroyo Fiestas (ROJ: STS 2093/2020).
- STS núm. 488/2020, de 23 de septiembre, Ponente: Sr. Baena Ruiz (ROJ: STS 3033/2020). ■■