



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Privado

Derecho Civil

Curso 2015/2016

**CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN
DEL USO DE LA VIVIENDA
FAMILIAR EN LOS SUPUESTOS
DE CRISIS MATRIMONIALES**

Estudiante: Cecilia Collado Sánchez

Tutora: Carmen González León

Junio de 2016

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Privado

Derecho Civil

**CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL
USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR
EN LOS SUPUESTOS DE CRISIS
MATRIMONIALES**

**CRITERIA FOR GRANTING THE
USE OF THE FAMILY DWELLING IN
CASES OF MARITAL CRISES**

Nombre del/la estudiante: Cecilia Collado Sánchez

e-mail del/a estudiante: ceciliacolladosanchez@usal.es

Tutor/a: Carmen González León

RESUMEN

La vivienda familiar suele ser uno de los bienes más valiosos de los que disponen los cónyuges, por lo que en los casos de nulidad, separación o divorcio la atribución del uso del domicilio familiar es una de las decisiones con mayor trascendencia tanto para los cónyuges como para los hijos comunes en el caso de que existan. Esta atribución puede ser adoptada de mutuo acuerdo entre los cónyuges o mediante resolución judicial a falta de acuerdo entre éstos. En este trabajo analizaremos los criterios que se han de tener en cuenta para asignar el uso de la vivienda familiar, que no pueden estar condicionados exclusivamente por el dato de la titularidad que se tenga sobre la misma y que están íntimamente relacionados con el régimen de custodia que se acuerde respecto a los hijos comunes. Se estudiarán los criterios recogidos en el artículo 96 del Código Civil, así como la interesante jurisprudencia que existe sobre la materia y la regulación de algunas Comunidades Autónomas con competencia en este ámbito.

PALABRAS CLAVE: efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio; atribución del uso de la vivienda familiar; custodia de los hijos; custodia compartida; interés del menor; cónyuge más necesitado de protección.

ABSTRACT

The family dwelling is often one of the most valuable assets available to the spouses and in cases of annulment, separation or divorce the attribution of the use of the family dwelling is one of the most important decisions and with greater significance for both spouses as well as for joint children in the case of that exist. This granting may be adopted in mutual agreement between the spouses or by means of judicial resolution in the absence of agreement between these. In this project we will analyze the criteria that have to be born in mind to assign the use of the familiar house. These cannot be determined exclusively by the information of the ownership of this one. Also they are intimately related to the regime of custody that has been agreed with regard to the common children. The criteria gathered in the article 96 of the Civil Code will be studied, as well as the interesting jurisprudence that exists on the matter and the regulation of some Autonomous Communities with competition in this area.

KEYWORDS: Common effects annulment, separation and divorce; attribution of use of the family dwelling; child custody; joint custody; interest of the child; spouse more in need of protection.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	1
2. LA VIVIENDA FAMILIAR.....	3
2.1. Concepto de vivienda familiar.....	3
2.2. Delimitación del concepto de vivienda familiar a efectos de su atribución tras la ruptura conyugal.....	5
2.2.1. El requisito de la habitabilidad.....	5
2.2.2. El requisito de la habitualidad.....	5
2.2.3. Viviendas mixtas con locales comerciales.....	6
2.2.4. Trasteros, garajes y otros espacios.....	6
2.2.5. Existencia de una o varias viviendas familiares.....	7
2.2.6. ¿Se puede considerar vivienda familiar a un inmueble en construcción?.....	9
3. ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.....	10
3.1. El derecho de uso de la vivienda familiar.....	10
3.2. Algunas precisiones sobre la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar.....	13
3.3. Modalidades de atribución del derecho de uso de la vivienda familiar.....	14
3.3.1. Mediando convenio regulador.....	14
3.3.2. Por resolución judicial en defecto de convenio regulador.....	15
3.4. Atribución del derecho de uso de la vivienda familiar cuando hay hijos: especial referencia al artículo 96 CC.....	15
3.4.1. ¿Están incluidos los hijos mayores de edad en el artículo 96.1 CC?.....	17
3.4.2. ¿Qué ocurre cuando se decide la guarda monoparental y se asigna la custodia de los hijos a uno solo de los cónyuges?.....	19
3.4.3. ¿Qué ocurre cuando se acuerda la guarda y custodia compartida de los hijos?.....	25
3.4.3.1. La guarda y custodia compartida.....	25

3.4.3.2. Atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida.....	28
3.4.3.3. Sistemas de atribución de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida.....	30
3.4.4. ¿Qué ocurre si los hijos se reparten o distribuyen entre los dos progenitores?.....	33
3.4.5. ¿Qué ocurre cuando únicamente concurren hijos mayores de edad dependientes económicamente?.....	34
3.5. Atribución del derecho de uso de la vivienda familiar ante la inexistencia de hijos comunes o cuando concurren hijos mayores de edad independientes económicamente.....	36
4. OTROS SUPUESTOS DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.....	38
4.1. Supuestos de violencia de género.....	38
4.2. Supuestos de cesión gratuita del uso de la vivienda familiar (comodato o precario).....	41
5. CONCLUSIONES.....	45
BIBLIOGRAFÍA.....	51
JURISPRUDENCIA.....	54

ABREVIATURAS

Art./Arts.	Artículo/Artículos
AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC /C.c	Código Civil Español
CCAA	Comunidades Autónomas
CDFA	Código del Derecho Foral de Aragón
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
MF	Ministerio Fiscal
P	Página
PP	Páginas
RH	Reglamento Hipotecario
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJVM	Sentencia del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TS	Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional

1. INTRODUCCIÓN

En los supuestos de crisis matrimonial, ya sean de nulidad, separación o divorcio, se deben adoptar una serie de medidas entre las que se encuentra la relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar. Esta medida merece una especial atención porque en muchos casos la vivienda es el bien más valioso del que disponen los cónyuges y la decisión sobre su atribución tiene una repercusión importante en la que será la vida diaria de los excónyuges y de los hijos, si los hubiese. Se ha de tener en cuenta que en el supuesto muy habitual de que existan hijos matrimoniales en común la decisión que se adopte respecto a la guarda y custodia de los hijos menores suele tener influencia en el tema de la asignación del uso de la vivienda familiar, e incluso puede condicionar dicha atribución.

En el presente trabajo vamos a estudiar los criterios de atribución de la vivienda familiar en los distintos supuestos que se plantean en la práctica, poniendo de relieve que la asignación del uso de la vivienda a favor de uno de los cónyuges suele ser una decisión importante y difícil, tanto cuando se adopta de mutuo acuerdo entre los cónyuges como cuando se toma por decisión judicial.

La razón por la que hemos decidido abordar este tema es precisamente el hecho de que estas cuestiones relativas a la atribución de la vivienda familiar, junto con las relativas a la designación de la guarda y custodia de los hijos, son de las decisiones más controvertidas y trascendentes que se han de adoptar una vez producida la ruptura matrimonial.

Al analizar los problemas más habituales que se plantean en la práctica en cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar, hemos constatado que los criterios regulados en el Código Civil son claramente insuficientes, por lo que resulta de gran interés estudiar las soluciones que propone la jurisprudencia, las propuestas de la doctrina, así como los principios que han inspirado las normas de algunas Comunidades Autónomas que han regulado esta materia.

A la hora de abordar la realización del trabajo nos ha parecido necesario empezar definiendo lo que se entiende por *vivienda familiar*, máxime cuando el Código civil no se refiere a este concepto, y por ello se han de tener especialmente en cuenta las aportaciones de la jurisprudencia.

A continuación se analizan los criterios que se aplican para la atribución de la vivienda familiar, y la estructura del trabajo viene condicionada por la diferencia que existe entre los supuestos en que concurren hijos comunes matrimoniales y aquellos en los que no concurren hijos. Como ya señalamos, existe una íntima relación entre el régimen de custodia de los hijos establecido tras la nulidad, separación o divorcio y la asignación del derecho de uso sobre la vivienda familiar. Por ello, dentro de los criterios para la atribución de la vivienda habitual en los supuestos en que existen hijos comunes de la pareja, vamos a analizar distintos casos en función del tipo de guarda y custodia que se acuerde (una guarda y custodia monoparental, la guarda y custodia compartida o una guarda y custodia repartida de los hijos), o en función de que existan o no hijos mayores de edad dependientes económicamente de sus progenitores. También se estudiarán los casos de atribución de la vivienda familiar cuando la pareja no tiene hijos comunes o cuando solamente concurren hijos mayores de edad independientes económicamente. En último lugar, en el trabajo también se hace referencia a algunos supuestos particulares de atribución del uso de la vivienda familiar, como los relativos a los casos de violencia de género o a aquellos en que la vivienda familiar se tenía a título de comodato o precario.

Para abordar el estudio de todos los supuestos a los que nos acabamos de referir partimos de la regulación del Código civil, y hacemos un análisis crítico de la misma al tiempo que analizamos las aportaciones de la doctrina y la jurisprudencia al respecto.

Dentro del Código civil, los criterios para decidir a qué cónyuge se atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar se recogen en el artículo 96, que se integra en el capítulo destinado a regular los criterios que ha de seguir el juez a la hora de adoptar las medidas definitivas en los supuestos de nulidad, separación y divorcio.

En el primer apartado del citado artículo 96 se establece que en el caso de que existan hijos comunes y se acuerde una guarda y custodia monoparental, el criterio inspirador será el de asegurar la protección del interés del menor, de forma que se asignará el uso de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge custodio. El segundo apartado del mismo artículo 96 C.c. contempla los casos de guarda y custodia repartida, que se produce cuando una parte de los hijos queda bajo la custodia de un progenitor y otra parte bajo la del otro progenitor, y establece que será el Juez quien decida lo procedente en cuanto a la atribución del uso de la vivienda. Finalmente, el apartado tercero del

citado precepto determina que ante la inexistencia de hijos comunes de la pareja el criterio a seguir para la atribución del uso de la vivienda será el del interés más necesitado de protección.

El artículo 96 C.c. no dice nada respecto de los criterios a seguir en los supuestos de guarda y custodia compartida, lo que supone un problema porque este régimen de custodia, especialmente tras la reforma operada por la Ley 15/2005, cada vez se aplica más en la práctica, hasta el punto de que el Tribunal Supremo ha declarado recientemente que se ha convertido en “el modelo de custodia normal y deseable”. Para cubrir ésta y otras lagunas de la regulación del Código civil, la jurisprudencia ha llevado a cabo una importante labor fijando los criterios a seguir en los supuestos de guarda compartida o cuando concurren hijos mayores de edad dependientes económicamente. En este sentido también resulta interesante conocer las normas de Comunidades Autónomas como Aragón, Cataluña o Valencia, que contemplan una regulación de estos supuestos más detallada que la del artículo 96 C.c.

En definitiva, en el presente trabajo hemos pretendido realizar un análisis crítico de la actual regulación del Código civil en cuanto a los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimoniales, para así estar en condiciones de aportar algunas ideas acerca de cómo se debería llevar a cabo la, a nuestro entender, necesaria reforma del artículo 96 C.c.

2. LA VIVIENDA FAMILIAR

2.1. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR

En nuestro ordenamiento jurídico se protege la vivienda familiar tanto durante el matrimonio (artículos 1320 y 1322 CC) como en situaciones de crisis matrimonial, principalmente en los supuestos de separación o divorcio (artículos 90, 91, 96 y 103 CC). Ahora bien, de la regulación del Código Civil se deduce que al legislador le preocupa más la protección de la vivienda familiar en las situaciones de crisis del matrimonio que en las situaciones de normalidad¹. En concordancia con esto, el Tribunal Supremo ha resaltado la especial protección de la vivienda en los supuestos de separación y divorcio puntualizando que, “*las viviendas familiares que así se ocupan*

¹ Véase BAENA RUIZ, E., *La vivienda familiar*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 1, CGPJ, 1992, p.3.

rebasan el mero uso, goce o disfrute de espacios que sirven de morada humana, pues sin perder estos destinos, han de configurarse como medio patrimonial que cumple la continuidad de la vida familiar aunque fragmentada, pero con predominio tutelador de los intereses de los hijos matrimoniales, como muy directamente afectados”.

Respecto al concepto de vivienda familiar, cabe destacar que ningún texto legislativo recoge un concepto bien definido de vivienda familiar, sino que son la doctrina y la jurisprudencia las que lo van delimitando.²

Así, la jurisprudencia describe la vivienda familiar como el lugar donde la familia habitualmente convivía y desarrollaba su vida diaria hasta el momento de producirse la ruptura matrimonial. Ahora bien, son muy diversas las definiciones jurisprudenciales que se perfilan de este concepto. Entre otras, se describe a la vivienda familiar como *“el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (aseo, alimentación, descanso, vestido, etc.) y protección de su intimidad, al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos”*³.

Se observa que la jurisprudencia es muy genérica y difusa a la hora de perfilar este concepto, y a título ejemplificativo cabe mencionar otras acepciones de *“vivienda familiar”* como, por ejemplo, la prevista en la SAP A Coruña (5.^a), de 16 de abril de 2009 [JUR 2009\284114], que la define como *“aquella en la que los cónyuges cumplen su deber de convivencia y de atención a los descendientes, y comparten las responsabilidades domésticas”*. También llama la atención la definición de vivienda habitual apuntada en la SAP Valladolid (1.^a), de 16 de abril de 2004 [JUR 2004\147048], cuando establece que es *“aquella a la que el matrimonio y sus hijos, durante su convivencia y hasta la ruptura de la unidad familiar, convierten por voluntad propia en su residencia personal y familiar y sede física de sus actividades sociales y económicas”*. Finalmente, debemos señalar que el concepto de vivienda familiar aceptado mayoritariamente es el que se recoge, entre otras sentencias, en la SAP Sevilla de 14 de junio de 2011 [JUR 2011\381323], que la define como *“aquella que constituye la residencia normal, estable y permanente de la familia y el ámbito habitual del desarrollo de las relaciones conyugales y paternofiliales”*.

² PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso de la vivienda familiar*, Bosch, Barcelona, 2011 p.39.

³ STS de 10 de marzo de 1998 [RJ 1998\1272] y STS de 16 diciembre 1996 [RJ 1996\9020].

2.2. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR A EFECTOS DE SU ATRIBUCIÓN TRAS LA RUPTURA CONYUGAL

A efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar tras la ruptura de un matrimonio, en principio sólo tiene tal consideración de *vivienda familiar* el lugar donde de manera habitual convivía la familia y desarrollaba su vida diaria en el momento de suscitarse la crisis matrimonial. Si bien, hay que hacer hincapié en distintas cuestiones que se han de tener en cuenta a la hora de calificar un inmueble como *vivienda habitual*, como son, entre otras, el requisito de la habitabilidad, el requisito de la habitualidad y otros elementos que van anexos a la vivienda como pueden ser los garajes o los trasteros.

2.2.1. El requisito de la habitabilidad

La doctrina pone de relieve que la vivienda familiar debe tratarse de un espacio habitable, es decir, apto para ser ocupado y vivido en condiciones adecuadas⁴. Ahora bien, el término “habitabilidad” puede recibir distintas interpretaciones en función de las circunstancias concretas de cada caso. En consecuencia, pueden considerarse vivienda familiar lugares que, pese a ser poco convencionales, pueden ser dignos y adecuados para vivir, como es el caso de caravanas o barcos⁵. Ahora bien, no pueden considerarse como *vivienda habitual* cabañas, chozas, inmuebles ruinosos, almacenes o locales comerciales.

En definitiva, la casuística pone de manifiesto que resulta imprescindible valorar en cada caso si un espacio puede satisfacer las necesidades primarias (aseo, descanso, alimentación, etc.) de los menores y del progenitor en condiciones de dignidad⁶.

2.2.2. El requisito de la habitualidad

Para que se estime que estamos ante una *vivienda habitual* es necesario que el inmueble habitable constituya el domicilio familiar habitual en el momento en el que se produce

⁴ PLANES MORENO, M. D., *La vivienda familiar en los procesos de familia: una visión judicial*, Colex, 2009, p. 942.

⁵ PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso de la vivienda familiar*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 41.

⁶ Véase en este sentido la SAP Burgos (2ª), de 30 de junio de 2006 [JUR 2006\228603], en la cual se valora la idoneidad como posible vivienda de algunos inmuebles de la familia, unos ruinosos y otros de necesaria reforma.

la crisis matrimonial; es decir, que era el lugar destinado a alojar a la familia de forma habitual⁷. En este sentido, los tribunales han señalado que “*no será vivienda familiar la de temporada ni la de recreo, es decir, la secundaria, y claramente no merece esta calificación el solar aunque esté iniciada la construcción ni tampoco el edificio terminado pero no habitado todavía por los miembros del grupo familiar*”⁸. Esta es la línea jurisprudencial dominante, aunque en algunas ocasiones⁹, dadas las circunstancias particulares del caso, los jueces se han apartado de este criterio y han considerado como vivienda familiar aquella que se estime más idónea para salvaguardar el interés familiar, con independencia del dato de la ocupación habitual.

2.2.3. Viviendas mixtas con locales comerciales

Cuando una parte de la vivienda familiar se utiliza para albergar un negocio, es decir, actúa a modo de local comercial, dicha superficie no debe atribuirse como parte de la vivienda familiar. En estas situaciones, lo más habitual es que los tribunales que conozcan del asunto no se pronuncien sobre la atribución de dicha porción. Ahora bien, para ello hay que demostrar que esa zona se utiliza para desempeñar o llevar a cabo un negocio familiar, pues si se demuestra que dicha superficie ha dejado de tener destino comercial o de negocio, en este caso sí será objeto de atribución como parte de la vivienda familiar. Un supuesto de este tipo se abordó en la SAP Vizcaya (4.^a), de 29 de mayo de 2009 [JUR 2009\344389], que extiende la atribución de la vivienda familiar a la totalidad del inmueble, abarcando una parte del mismo que anteriormente se utilizó para un negocio de joyería que ya se había cerrado.

2.2.4. Trasteros, garajes y otros espacios

Respecto a espacios complementarios o anejos a la vivienda, como por ejemplo los trasteros o los garajes, no existe un criterio unánime en la jurisprudencia. La doctrina concluye que uno de los cónyuges puede pedir la atribución del uso de estos espacios¹⁰, pero que para que esta solicitud pueda ser atendida judicialmente se ha de demostrar que

⁷ Vid. BAENA RUIZ, E., *La vivienda...*, op. cit., p. 4, y la doctrina a la que se refiere.

⁸ SAP de Madrid de 22 de junio de 2012 [AC 2012\1132].

⁹ SAP de Jaén de 28 de abril de 2005 [JUR 2005/148995].

¹⁰ MORENO VELASCO, V., “Atribución del uso de inmuebles distintos de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de parejas de hecho”, *Diario La Ley*, nº 7105, 2 de febrero de 2009, p. 1.

su atribución y aprovechamiento responde a una necesidad para facilitar la vida diaria del solicitante y/o de los hijos menores¹¹.

Sin embargo, cuando no hay solicitud de atribución del uso de esos espacios por parte de ninguno de los cónyuges, y están calificados registralmente como espacios anexos a la vivienda, la doctrina¹² es unánime en considerar que estos elementos (el garaje y el trastero) forman parte de la atribución de la vivienda familiar.¹³

2.2.5. Existencia de una o varias viviendas familiares

Cuando la familia tenía más de una vivienda que usaban en diferentes momentos, surge la duda acerca de cuál o cuáles de ellas pueden recibir el calificativo de *vivienda familiar*¹⁴.

Actualmente se entiende que sólo puede considerarse *vivienda familiar* aquella que reúne el requisito de habitualidad y que es ocupada por la familia durante más tiempo y de forma estable. Por lo tanto, en el caso de que una familia posea más de un inmueble, por ejemplo la vivienda en la que residen habitualmente y una segunda vivienda de recreo, únicamente recibirá el calificativo de *vivienda familiar* la primera. No obstante, hay autores que defienden la posibilidad de que en algunos casos existan varias residencias familiares que a su vez sean habituales, como ocurriría cuando uno de los cónyuges se desplace a otra localidad durante parte de la semana por motivos laborales y regrese los fines de semana, o también la vivienda que ocupan los hijos durante el curso académico por razón de sus estudios¹⁵.

Una práctica que se ha planteado en los últimos años en algunos casos de crisis matrimonial es solicitar al juez que determine la atribución del uso de la segunda

¹¹ Así se observa en la SAP de Granada, de 6 de noviembre de 2009 [JUR 2010\45145], la cual señala que “*la atribución del uso del garaje a uno de los cónyuges puede ser una medida que deba ser atendida judicialmente cuando se demuestre que sea necesaria para facilitar la vida diaria de la familia*”.

¹² PLANES MORENO, M. D., “La vivienda familiar”, op. cit., p. 943.

¹³ Así ocurre en la SAP de Barcelona, de 5 de julio de 2005 [JUR 2006/222910].

¹⁴ MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (artículo 96 párrafo 1, 2 y 3 CC)*, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 50.

¹⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 290.

vivienda (denominada vivienda estival o vacacional) junto con la atribución del uso de la denominada vivienda familiar (la vivienda habitual). En este sentido, las Audiencias Provinciales no han mantenido una postura unánime¹⁶.

Mayoritariamente, los tribunales han seguido una postura que considera que no hay ninguna norma que permita determinar el régimen de la segunda residencia una vez suscitada la crisis familiar, ya que el artículo 96 CC se refiere únicamente a la vivienda que constituye el domicilio familiar. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 103.4 CC, que no impide que respecto a otros inmuebles de los que sean titulares los cónyuges se le atribuya a uno u otro su administración.

El Tribunal Supremo ha puesto fin a esta controversia con una sentencia que ha fijado doctrina jurisprudencial en la cuestión. Se trata de la STS de 9 de mayo de 2012¹⁷, la cual establece que no es posible la atribución de viviendas distintas de la vivienda familiar (segundas residencias) en aquellos procedimientos matrimoniales que se sigan sin consenso de ambos cónyuges. El TS se acoge al artículo 91 del Código Civil para fundamentar su postura, ya que este precepto únicamente permite al juez atribuir el uso de la vivienda familiar. Por tanto, dada la redacción del Código Civil no cabe la atribución del uso de segundas residencias en el seno de un procedimiento matrimonial. Ahora bien, hay un caso en el que sí puede ser atribuido el uso de una segunda residencia, el TS sostiene que cuando se pruebe que con la atribución de una vivienda que no sea la familiar se protege el interés más digno de protección, el juez podrá adjudicar su uso a uno de los cónyuges, aunque ese inmueble no fuera el domicilio familiar¹⁸. Así lo pone de manifiesto MORENO VELASCO cuando afirma lo siguiente: *“el hijo menor tiene derecho a que sus padres, dentro de su deber de darles alimentos en sentido amplio, le procuren una vivienda, pero no que dicha vivienda coincida, necesariamente, con la que venían ocupando, cuando el núcleo familiar estaba unido”*¹⁹.

¹⁶ Vid. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. A., “Atribución del uso de la segunda vivienda. Soluciones de las Audiencias Provinciales”; *Artículo Monográfico SEPIN*, enero de 2008.

¹⁷ STS de 9 de mayo de 2012 [RJ 2012/5137].

¹⁸ Véase en este sentido la STS de 10 de octubre de 2011 [JUR 2011/440852].

¹⁹ MORENO VELASCO, V., “La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores”, *Diario La Ley*, n° 7843, 2012, LA LEY 4044/2012.

En consecuencia, en aquellos casos en los que los cónyuges tengan más de una vivienda, puede ser adjudicado el uso de una de ellas, aunque no haya constituido la vivienda familiar, si de esta forma se atiende mejor las necesidades de los hijos, como proyección del principio *bonum filii*²⁰.

Finalmente, cabe destacar que esta cuestión es también objeto de regulación en algunas Comunidades Autónomas. Así, la Ley Valenciana 5/2011²¹ excluye expresamente en el apartado cuatro de su artículo 6 las segundas residencias del régimen previsto en ese mismo artículo 6 para la atribución del uso de la vivienda familiar. En cambio, el artículo 233-20.6 del Código Civil de Cataluña²² permite que el juez pueda sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de las segundas residencias, ahora bien, atendiendo al caso concreto y únicamente cuando la segunda vivienda sea más idónea o adecuada para satisfacer las necesidades del progenitor custodio y de los hijos.

2.2.6. ¿Se puede considerar vivienda familiar a un inmueble en construcción?

Respecto a la posibilidad de considerar vivienda familiar a un inmueble en construcción, la doctrina está dividida.

Un sector opina que deben admitirse dentro del concepto de *vivienda familiar* las viviendas en construcción. Argumentan su postura alegando que la vivienda en construcción habría sido adquirida por los cónyuges con la finalidad de constituir en ella su vivienda familiar, objetivo que se vio frustrado al acaecer la crisis matrimonial. En este sentido se expresa la SAP Jaén de 28 de abril de 2005 [JUR 2005\148995], que adjudica el uso de una vivienda que no está terminada, pero en la cual los cónyuges habían invertido todo su esfuerzo personal y económico.

Sin embargo, otro sector de la doctrina entiende que no deben admitirse dentro del concepto de *vivienda familiar* las viviendas en construcción, ya que la familia no ha tenido tiempo de crear en dicho inmueble su núcleo de vida común. Como decisiones

²⁰ Véase en este sentido la SAP de Baleares de 17 de noviembre de 2011 [AC 2011/1755], en la cual la Audiencia Provincial de Baleares atribuye el uso de una de las varias viviendas de la familia pese a no ser la constituida como vivienda habitual.

²¹ Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de Comunidad valenciana.

²² MOLL DE ALBA LACUVE, CH., *La atribución y distribución del uso de la vivienda familiar en el proceso de familia en el Código Civil de Cataluña: análisis de las principales novedades civiles y los aspectos fiscales*, Atelier, Barcelona, 2011.

jurisprudenciales que avalan esta postura cabe mencionar la SAP Barcelona de 11 de noviembre de 2004, la SAP Barcelona de 30 de junio de 2009, o la SAP Madrid de 22 de junio de 2012 cuando señala que “*no merece la calificación de vivienda familiar el solar aunque esté iniciada la construcción*”.

3. ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

3.1. EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Los criterios para decidir a qué cónyuge se atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar se recogen en el artículo 96 CC.

En cuanto a la atribución de este derecho, cabe destacar que su origen puede estar en el acuerdo de los cónyuges contenido en el convenio regulador, en cuyo caso, es la decisión del juez, del notario o bien del antiguamente denominado secretario judicial²³ (los dos últimos en caso de que se trate de un divorcio de mutuo acuerdo y no concurren hijos sometidos a patria potestad) de aprobar el convenio la fuente constitutiva del derecho; o bien, a falta de acuerdo entre los cónyuges, en la resolución judicial dictada en el procedimiento matrimonial.

Tradicionalmente se ha discutido si el derecho de uso de la vivienda familiar tiene carácter real o personal, y este dato en determinadas situaciones puede tener gran trascendencia jurídica. Cuando el uso de la vivienda familiar se atribuye, ya sea por convenio o por resolución judicial, al que es su propietario, al coincidir en la misma persona el uso y la titularidad de la vivienda, la discusión sobre el carácter del derecho de uso carece de sentido. Por el contrario, cuando el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge no titular de la misma²⁴, es importante determinar el carácter del derecho de uso, pues si se estima que estamos ante un derecho real ello permitiría

²³ Actualmente, desde 2015, denominados letrados de la administración de justicia. Según la disposición adicional primera de la 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, a partir del 1 de octubre de 2015, todas las referencias que se contengan en la Ley Orgánica 6/1985, así como en otras normas jurídicas, a Secretarios judiciales, deberán entenderse hechas, respectivamente, a Letrados de la Administración de Justicia.

²⁴ Cosa que puede ocurrir en varias situaciones, como se observa en CERVILLA GARZÓN, M.D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 44-45.

atribuir a ese derecho unos efectos *erga omnes* de oponibilidad frente a terceros, de los que carecería si se califica como un derecho personal.

La mayor parte de la doctrina considera que se trata de un derecho real, pero no falta quien atribuye al mismo un carácter personal. Como postura intermedia cabe destacar la defendida por LACRUZ BERDEJO²⁵, para el cual este derecho no está incluido ni en la categoría de derecho real ni en la categoría de derecho personal, por lo que es necesario recurrir a una categoría *sui generis*.

Como ya hemos señalado, en un principio la postura mayoritaria era aquella que sostenía que el derecho de uso tiene naturaleza de derecho real y, en atención a ello, es posible su inscripción en el Registro de la Propiedad²⁶. Por su parte, la postura contraria mantiene que se trata de un derecho personal oponible a terceros, que tiene naturaleza de derecho de crédito y que puede acceder al Registro de la Propiedad a través de nota marginal en virtud del art 98 RH²⁷.

Cabe, por tanto, concebir el derecho de uso de la vivienda familiar como derecho real, pero dadas las diferencias de este derecho real con otros derechos reales tradicionales, sería mejor calificar este derecho como un derecho real *sui generis*. Piénsese, por ejemplo, en las diferencias con el derecho de usufructo, el derecho de uso del artículo 96 CC es intransmisible y temporal, mientras que el usufructo es en muchos casos vitalicio²⁸. En este sentido se expresa la SAP Madrid (12ª), de 29 de marzo de 2010 [AC 2010\1211], que enumera las características que al parecer de la sala corresponden a este derecho: “*es un derecho real de disfrute de carácter limitado en cuanto a su contenido; se trata de un derecho inscribible en el Registro de la Propiedad y la razón de ello es que recae sobre un bien inmueble; en todo caso tiene carácter temporal y dura el tiempo acordado*”.

²⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L., “Introducción al estudio del hogar y ajuares familiares”, en VILADRICH BATALLER, J., *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Eunsa, Pamplona, 1986, pp. 25 y ss.

²⁶ En este sentido, la STS de 18 de octubre de 1994 [RJ 1994\7722] sigue esta línea de considerar el derecho de uso como un derecho real.

²⁷ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año 84, nº 710, 2008, pp. 2518-2524.

²⁸ Así se observa en el artículo 513.1º del Código Civil.

El TS no ha mantenido una postura clara en este tema, en ocasiones ha señalado que el derecho de uso de la vivienda familiar no tiene carácter de derecho real²⁹, y en otras ha adoptado una postura ecléctica considerando que la naturaleza del derecho de uso es de carácter familiar y cuasi-real. Así lo afirma en la STS de 8 de octubre de 2010 [RJ 2010\7445], *“el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge al que se atribuye la custodia ó, no habiendo hijos, a aquél que se considera que ostenta un interés más necesitado de protección”*.

También ha mantenido esta postura ecléctica la Dirección General de los Registros y del Notariado³⁰, al estimar que el derecho al uso de la vivienda otorgado mediante sentencia judicial al cónyuge no propietario, únicamente limita la facultad de disponer impuesta al otro cónyuge, de tal forma que el cónyuge propietario de la vivienda necesita el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso o, en su defecto, autorización judicial (si el primero se niega de forma arbitraria a dar su consentimiento) para llevar a cabo actos de disposición de la vivienda como son la enajenación, la adjudicación, donación, permuta, la constitución de una hipoteca o de un usufructo³¹.

Finalmente, esta postura ha sido refrendada por el TS, el cual, con objeto de unificar la doctrina relativa a la naturaleza y los efectos del derecho de uso, se pronuncia en la STS de 18 de enero de 2010³². En esta sentencia se indica que el Código Civil no pretende otorgar al derecho de uso de la vivienda familiar la naturaleza de un derecho real, y que los derechos establecidos por los artículos 96.1 y 96.3 CC constituyen una limitación a la realización de actos de disposición de la vivienda familiar en el sentido expuesto en el artículo 96.4 CC, según el cual *“para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”*.

En resumen, compartimos la actual postura mayoritaria de que el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, sino un derecho de carácter personal y, además, un derecho temporal que se atribuirá en función del interés familiar más digno de

²⁹ Véase la STS de 31 de diciembre de 1994 [RJ 1994/10330], en la cual se establece que la decisión judicial en la que se atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar es oponible *erga omnes*, pero no generadora de un derecho real.

³⁰ DGRN, 14.05.2009 [RJ 2009/3006].

³¹ DGRN, 19.7.2011 [RJ 2011/6278].

³² STS de 18 de enero de 2010 [RJ 2010\1274].

protección, que inicialmente son los hijos, lo que no obsta para que en determinadas circunstancias se adjudique el uso de la vivienda familiar al cónyuge no guardador. Además, para el cónyuge no beneficiario del derecho de uso sobre la vivienda familiar, este derecho implica una limitación a la hora de poder realizar actos de disposición sobre la misma.

3.2. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LA ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Al decidirse la atribución del uso de la vivienda familiar, normalmente también se determinará qué pasa con el ajuar familiar, es decir, qué bienes muebles van a quedar en la vivienda familiar para que los utilice el cónyuge al que se le atribuya el uso de la misma; así como qué bienes se puede llevar el cónyuge que no goza de ese derecho de uso sobre la vivienda familiar.

Como hemos señalado, en principio, la continuación en el uso de la vivienda familiar es independiente de la titularidad que se tuviese sobre la misma³³.

Lo fundamental es que, con independencia de que se atribuya o no al titular de la vivienda el uso de la misma, esa atribución se realice en términos claros para que así no se planteen problemas. Lo que no ocurrió en un caso en el que se acudió a la DGRN para que ésta precisase el sentido de una cláusula introducida en un convenio regulador que decía: *“las hijas comunes del matrimonio junto con su madre, tendrán su domicilio habitual en la vivienda que fuera domicilio conyugal privativa del padre”*³⁴.

En este caso, la DGRN consideró que no se había introducido en el convenio regulador una cláusula de atribución de la vivienda familiar a las hijas y a la madre, pues no es lo mismo *“tener su domicilio habitual en la vivienda familiar”* que *“tener atribuido el uso de la vivienda familiar”*. La DGRN precisó que lo primero es una mera declaración de intenciones sin repercusión frente a terceros, que nada tiene que ver con el legalmente tipificado *“derecho de uso de la vivienda familiar”*, que es inscribible en el Registro de la Propiedad.

³³ En este sentido véase CERVILLA GARZÓN, M. D., *La atribución del uso...*, op., cit., p.44.

³⁴ DGRN, 18.11.2009 [RJ 2010/1667].

A continuación, vamos a analizar los criterios de atribución del derecho de uso de la vivienda familiar, para lo cual resulta fundamental distinguir, por un lado, los supuestos de crisis del matrimonio en los que existen hijos comunes y, por otro lado, aquellos en los que no existen hijos.

3.3. MODALIDADES DE ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

3.3.1. MEDIANDO CONVENIO REGULADOR

El convenio regulador es el documento en el que se recogen los acuerdos o pactos a los que han llegado los cónyuges ante una crisis matrimonial y el artículo 90 CC regula el contenido mínimo que ha de tener dicho convenio en los supuestos de separación o divorcio de mutuo acuerdo. Concretamente, nos interesa destacar que entre ese contenido mínimo se encuentra fijar la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar [art. 90.1 apartado c) CC].

El convenio regulador, con el contenido mínimo que señala el art 90 CC, se tiene que presentar cuando se inste una demanda de separación o divorcio de mutuo acuerdo. También puede ocurrir que se inicie un procedimiento contencioso de separación o de divorcio y durante el transcurso del mismo se pongan de acuerdo los cónyuges; en ese caso, el inicial divorcio contencioso se puede transformar en un divorcio de mutuo acuerdo.

Tras la reforma introducida en el Código Civil por la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015³⁵, cuando los cónyuges deciden separarse o divorciarse de mutuo acuerdo y no concurren hijos menores, pueden acudir para ello ante un Notario o ante un secretario judicial, presentando el debido convenio regulador.

Es importante destacar que el convenio regulador se debe someter al control del juez, Notario o secretario judicial para que comprueben que respeta los principios del interés de los hijos menores, cuando los haya, y de igualdad entre los cónyuges. En cuanto al tema del uso de la vivienda familiar, cabe señalar que lo ideal en la práctica es que en la medida de lo posible se respete el acuerdo al que los cónyuges hayan podido llegar en

³⁵ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria.

cuanto a la atribución del uso de la misma, pues es más fácil cumplir un acuerdo que pactan los cónyuges que una decisión que les viene impuesta por el juez.

3.3.2. POR RESOLUCIÓN JUDICIAL EN DEFECTO DE CONVENIO REGULADOR

Si se trata de un procedimiento de separación o divorcio contencioso entre los cónyuges, será el juez que conozca del asunto quien determinará a qué cónyuge se atribuye el uso de la vivienda familiar. En esta situación cobran una vital importancia las pautas que recoge el art 96 CC.

Para decidir a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar se deben valorar algunos factores como la existencia o no de hijos (ya sean mayores o menores de edad), el interés más necesitado de protección, la existencia de malos tratos, el desequilibrio causado por la separación o el divorcio, la convivencia con personas dependientes o si alguno de los cónyuges ejerce su profesión en la vivienda.

En concreto, el artículo 96 del CC, recoge una serie de criterios que pueden orientar al juez a la hora de decidir a quién se atribuye el uso de la vivienda y del ajuar familiar en defecto de convenio regulador, a los que nos vamos a referir a continuación.

3.4. ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO HAY HIJOS: ESPECIAL REFERENCIA AL ARTÍCULO 96 CC

Cuando se suscita una crisis matrimonial y cesa la convivencia conyugal, en la mayoría de los casos ambos cónyuges siguen teniendo la patria potestad de los hijos menores no emancipados, pero hay que determinar quién ostenta su custodia. Ello se puede decidir por acuerdo entre los progenitores [arts. 90.1.a) y 92.5 CC] o, a falta de acuerdo entre los progenitores, la guardia y custodia de los hijos será fijada por el juez (art. 159 CC). En cualquiera de los citados casos, se podrá adoptar una guarda y custodia monoparental o una guarda y custodia compartida. En el pasado era habitual atribuir la custodia de los hijos menores de siete años de edad a la madre. Sin embargo, con la actual regulación del Código Civil, el padre y la madre están en igualdad de condiciones

para que les sea atribuida la custodia de sus hijos, y el padre o la madre que no tiene la custodia para sí tiene reconocido un derecho de visitas regulado en el artículo 94 CC³⁶. Ahora bien, con independencia de a quién se atribuya la guarda y custodia de los hijos, los dos progenitores siguen obligados a velar por los hijos.

Con carácter general, es en el artículo 96 CC donde nuestro ordenamiento jurídico recoge los criterios relativos a la atribución del uso de la vivienda familiar. Así, el primer apartado del citado precepto establece que a falta de acuerdo entre los cónyuges, cuando se atribuye la custodia de los hijos en exclusiva a uno de los progenitores, el uso de la vivienda se atribuirá a los hijos y al progenitor custodio. Por su parte, el segundo párrafo del artículo 96 CC señala cómo se atribuye el uso de la vivienda cuando una parte de los hijos quedan bajo la custodia de un progenitor y otra parte bajo la custodia del otro progenitor, en cuyo caso el juez resolverá lo procedente. Posteriormente, en el apartado tercero de dicho precepto se indica cuál es el criterio para atribuir el uso de la vivienda familiar no habiendo hijos, que consiste en atribuir el uso al cónyuge que personifique el interés más necesitado de protección. Finalmente, el párrafo cuarto del artículo 96 CC establece que cuando se atribuye el uso de la vivienda al cónyuge no titular, si el propietario de la vivienda quiere realizar actos de disposición sobre la misma debe contar con el consentimiento del beneficiario del uso, o bien con una autorización judicial.

A continuación, vamos a abordar algunas cuestiones relativas a la atribución de la vivienda familiar cuando concurren hijos, fijándonos también en algunos supuestos que no están contemplados expresamente en el art 96 CC, como ocurre con los temas relativos a si están incluidos los hijos mayores de edad en el artículo 96.1 CC, a qué ocurre cuando se decide la guarda y custodia monoparental de los hijos, a qué pasa cuando se acuerda la guarda y custodia compartida de los hijos, a lo que sucede en los

³⁶ Derecho de visitas que se fija en base al interés del menor y, tras la reforma del artículo 103 CC en 2003, también tienen derecho a solicitarlos otros parientes y allegados del menor. El art 94.2 CC (*introducido por el apartado tres del artículo primero de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos*) establece la posibilidad de que en la sentencia de nulidad, separación o divorcio se fije el derecho de visitas de los abuelos respecto a los nietos. En la actualidad se puede fijar un derecho de visitas respecto a los abuelos. Ver también en este sentido el artículo 90.2 CC.

También cabe observar en este punto el art 160 CC, el cual establece que “*No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados*”, luego favorece la adopción de un derecho de visitas a favor de otros parientes y allegados.

supuestos de guarda y custodia repartida de los hijos, así como a qué ocurre cuando únicamente concurren hijos mayores de edad dependientes económicamente.

3.4.1. ¿Están incluidos los hijos mayores de edad en el artículo 96.1 CC?

El artículo 96.1 CC establece que *“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 corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”*.

Una de las principales dudas que suscita este primer párrafo del artículo 96 es si se puede entender que el término *hijos* comprende también a los hijos mayores de edad o, por el contrario, hay que entender que se refiere únicamente a los menores de edad. Una parte de la doctrina considera que el término “hijos” debe comprender tanto a los hijos menores de edad como a los mayores de edad dependientes económicamente, siempre que sigan conviviendo con los progenitores³⁷. Sin embargo, otro sector de la doctrina estima que a la hora de determinar a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar en virtud del artículo 96.1 CC, sólo se tendrá en cuenta a los hijos menores de edad³⁸.

A nuestro parecer, la situación de los hijos mayores de edad no debería condicionar la atribución del uso de la vivienda familiar, en el sentido de que no tienen que ser ellos quienes condicionen o acaben decidiendo a qué progenitor se atribuye el derecho de uso sobre la misma. Por ello, la doctrina mayoritaria entiende que el término “hijos” del artículo 96.1 CC engloba únicamente a los hijos menores de edad. Consecuentemente, a la hora de asignar el uso de la vivienda familiar aplicando dicho artículo 96.1 CC, sólo se tendrán en cuenta a los hijos menores de edad.

De esta manera, se evita que los hijos mayores de edad decidan a quién se atribuye el uso de la vivienda cuando eligen con qué progenitor quieren vivir. Así se explica en el fundamento jurídico 4º de la STS de 5 de septiembre de 2011 [RJ 2011\5677], cuando señala que la preferencia del hijo (mayor de edad) por residir con uno u otro no ha de condicionar la atribución, de tal forma que la decisión de los hijos mayores de convivir

³⁷ PANIZO Y ROMO DE ARCE, A., El proceso matrimonial, Texto adaptado a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, Colex, Madrid, 2000, p. 200.

³⁸ Así ocurre en la STS de 5 de septiembre de 2011 [RJ 2011/5677].

con el padre no debe considerarse factor determinante a la hora de privar a la madre de su derecho de uso de la vivienda familiar.

Si se sigue esta interpretación, se entendería que el artículo 96.1 CC se refiere a los hijos comunes menores de edad, de forma que cuando haya hijos comunes menores y no haya acuerdo de los padres respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar, el juez atribuirá preferentemente el uso al cónyuge que ostente la custodia de esos hijos menores.

Además, respecto a la extensión del art 96.1 CC, cabe precisar que cuando existen hijos anteriores al matrimonio y no hay hijos matrimoniales, si los hijos no comunes son del titular de la vivienda familiar, lógicamente el uso de la misma le será asignado a éste. La doctrina también estima que si la vivienda es propiedad exclusiva de uno de los cónyuges y resulta que en dicho inmueble conviven con el matrimonio hijos que no son del titular de la vivienda, sino únicamente de su consorte, el uso de la vivienda familiar le será atribuido al cónyuge titular de la misma³⁹: no se aplica a este supuesto el artículo 96.1 CC porque no se va a privar del uso al titular de la vivienda en beneficio de un interés que le es ajeno, puesto que los menores no son hijos suyos. Sin embargo, sí se aplica el artículo 96.1 CC para asignar el derecho de uso de la vivienda al *nasciturus* y a su madre, aunque esté condicionado al hecho de que el hijo llegue a nacer⁴⁰.

En resumen, el artículo 96.1 CC no se aplicará al supuesto de hijos mayores de edad, sino a los supuestos en que, habiendo hijos matrimoniales menores de edad, se debe decidir la atribución del uso de la vivienda familiar. El criterio de este artículo 96.1 CC es que, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, el derecho de uso se atribuirá a aquél cónyuge que ostente la guarda y custodia de los hijos.

³⁹ GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2013, p. 110.

⁴⁰ Véase la SAP de Cádiz de 2 de mayo de 2006 [JUR 2007/129856] en la que el juez aprueba que se atribuya el uso y disfrute de la que fuera vivienda familiar y ajuar familiar a la esposa, en beneficio del *nasciturus*.

Véase la SAP de Las Palmas de 3 de diciembre de 2014 [JUR 2015\90214], en la que se observa que el convenio regulador ya preveía medidas para la *nasciturus*.

3.4.2. ¿Qué ocurre cuando se decide la guarda monoparental y se asigna la custodia de los hijos a uno solo de los cónyuges?

Cuando se atribuye la guarda y custodia de los hijos en exclusiva a favor de uno de los progenitores, el art. 96.1 CC establece que, en defecto de acuerdo entre los mismos, el juez atribuirá el derecho de uso sobre la vivienda familiar a los hijos y, consecuentemente, al cónyuge que ostente su custodia.

Pero también en esos casos se plantean algunas dudas: ¿se atribuye de modo automático el derecho de uso de la vivienda familiar a los hijos y al progenitor custodio?, ¿cabe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio aunque existan hijos menores?

En primer lugar, se debe tener en cuenta que es verdad que del tenor literal del artículo 96.1 CC parece deducirse que el criterio que recoge actúa como la regla a seguir a falta de acuerdo entre los padres cuando existen hijos matrimoniales. Además, según está redactado el citado precepto, parece que es una regla que no admite excepciones a pesar de que exista otro interés más necesitado de protección. La aplicación literal del artículo 96.1 CC supone afirmar que el derecho de uso de la vivienda familiar corresponde de manera necesaria a los hijos y al cónyuge custodio y, además, parece que estos sujetos beneficiados tienen un derecho de uso ilimitado.

Pero a nuestro entender, la aplicación literal que de este precepto han hecho en ocasiones jueces y tribunales ha generado consecuencias nocivas⁴¹. Se ha aplicado de forma mecánica el artículo 96.1 CC sin tener en cuenta que del tenor literal de dicho precepto no se deduce necesariamente la existencia de un derecho de uso ilimitado en beneficio de los hijos y de su progenitor custodio⁴². En consecuencia, en muchos casos, se ha asignado el uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio de los hijos y no al titular del inmueble, a pesar de que ese cónyuge custodio tuviese otra vivienda igualmente apta y adecuada para satisfacer sus necesidades y las de los hijos a su cargo⁴³. Creemos que en supuestos similares al descrito, para justificar esa decisión

⁴¹ Véase GIL MEMBRADO, C. *La vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2013, p. 110.

⁴² GIL MEMBRADO, C., *La vivienda ...*, op., cit., pp. 109-110.

⁴³ Así ocurre por ejemplo en la STS de 10 de febrero de 2005 [RJ 2005/922] y en la SAP de Castellón de 20 de septiembre de 2000 [AC 2000/1796].

judicial se han aducido argumentos de poca entidad (como, por ejemplo, la mera cercanía de la vivienda familiar al lugar de estudios de los hijos), en detrimento de circunstancias más necesitadas de protección, como por ejemplo el hecho de que el cónyuge titular de la vivienda familiar no beneficiado por el uso de la misma no tenga otro inmueble para satisfacer sus necesidades, mientras que el cónyuge al que se le asigna el uso sí tuviese otras alternativas no gravosas para su bienestar y el de los hijos.

Por ello, respecto a la primera de las preguntas planteadas, aunque tradicionalmente los jueces han atribuido automáticamente el derecho de uso de la vivienda familiar a los hijos y al progenitor custodio, pensamos que ello ha sido fruto de una interpretación poco ortodoxa del artículo 96.1 CC y que a veces se han perjudicado intereses dignos de protección, en aras de preservar el beneficio o interés de los hijos, cuando de una lectura más detenida de ese precepto se habría observado que no derivaba tal solución⁴⁴. Pues lo que realmente establece el artículo 96.1 CC es una mera preferencia para atribuir el uso de la vivienda a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden éstos, es decir, al cónyuge custodio, como una manifestación más del principio del *favor filii*⁴⁵.

Tras la polémica generada por la aplicación literal de este artículo 96.1 CC, en los últimos años se ha advertido que es conveniente reformar la redacción de este precepto con el objeto de poner fin a una situación en la que en ocasiones sólo se valoraban los intereses de los menores, sin tener en cuenta que el interés más necesitado de protección no siempre recae en la persona de los hijos, sino que también habrá que observar cuál es la solución que mejor se acomode a los intereses de todos los miembros de la familia⁴⁶. Merece la pena destacar que, en el IV Encuentro de Jueces y Magistrados de Familia, fiscales y secretarios judiciales con abogados de la asociación Española de Abogados de Familia⁴⁷, se presentó una propuesta de interpretación del art 96.1 CC, para aplicarla

⁴⁴ Un ejemplo de ello lo encontramos en la SAP de Vizcaya de 10 de enero de 2002 [JUR 2003/24348], en la cual, a pesar de ser el padre tetrapléjico y tener una minusvalía del 93%, resultándose imposible encontrar otra vivienda adaptada a su situación, se atribuye el uso de la vivienda familiar a las hijas menores y a la madre en cuya compañía quedan como consecuencia de una aplicación automática del art 96.1 CC.

⁴⁵ SALAZAR BORT, S., *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, pp. 17-20.

⁴⁶ GIL MEMBRADO, C. *La vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2013, p. 114.
PINTO ANDRADE, C. *La atribución del uso...*, op., cit., p. 63.

⁴⁷ Encuentro celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009.

mientras éste no sea reformado, según la cual “*se ha de interpretar este precepto de forma 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. En todo caso, en los supuestos en los que proceda asignar el uso exclusivo de la vivienda familiar, esta asignación debe hacerse siempre con carácter temporal*”.

Respecto a la segunda cuestión, relativa a si se puede atribuir el derecho de uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio a pesar de que concurren hijos menores, cabe señalar que con lo que acabamos de analizar ya se puede dar un respuesta afirmativa, puesto que lo previsto en el artículo 96.1 CC hay que entenderlo como un criterio orientador que admite excepciones. El artículo 96.1 CC no es óbice para que, en casos de custodia monoparental, se asigne el derecho de uso de la vivienda al cónyuge no custodio. El Tribunal Supremo ha refrendado esta postura haciendo una interpretación sistemática del artículo 96.1 CC junto con el artículo 103.2ª CC, que permite asignar el derecho de uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio o buscar soluciones más ecuanímes para la familia. Así lo pone de manifiesto el TS, entre otras sentencias, en la de 21 de junio de 2011⁴⁸, en la que se establece que el juez considerará cuál es el interés más necesitado de protección, que no tiene por qué recaer de modo exclusivo y en todo caso sobre los hijos menores de edad.

En definitiva, creemos que el artículo 96.1 CC recoge una especie de *presunción iuris tantum*, que admite prueba en contrario, consistente en que en principio el interés más digno de protección está personificado en los hijos e indirectamente en el cónyuge custodio; pero que no impide que se pueda atribuir el derecho de uso al cónyuge no custodio si se demuestra que hay otro interés más necesitado de protección.

Resuelta la segunda cuestión planteada, vamos a analizar las situaciones en las que, existiendo una guarda y custodia monoparental de los hijos, cabe atribuir el uso de la vivienda al progenitor no custodio, lo que supone determinar en qué situaciones podemos desvirtuar esa presunción *iuris tantum* que contiene el art 96.1 CC. En concreto, nos vamos a referir a la influencia que pueden tener factores como la capacidad económica de cada uno de los progenitores, la convivencia del progenitor que

⁴⁸ STS de 21 de junio de 2011 [JUR 2011/236085].

tiene atribuido el uso de la vivienda con una tercera persona o el no uso de la vivienda por parte del cónyuge al que le fue atribuida.

a) *La capacidad económica de cada progenitor*

El hecho de interpretar de forma flexible el artículo 96.1 CC implica que a la hora de asignar el uso de la vivienda familiar se deben tener en cuenta los ingresos y el patrimonio de cada cónyuge.

En concreto, resulta de gran trascendencia el dato de que el cónyuge custodio de los hijos sea propietario de otra vivienda distinta a la que desempeñaba el papel de vivienda familiar, pero que resulte igualmente apta para satisfacer las necesidades de vivienda de éste y de los menores, sin que ello le suponga al cónyuge custodio grandes perjuicios o trastornos.

En estos casos se podría atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio, a pesar de que concurren hijos menores de edad, si esta medida parece la más idónea para proteger los intereses del grupo familiar entendido en sentido amplio, ya que los menores y el cónyuge custodio tendrían otra vivienda en la que habitar, mientras que el cónyuge no custodio no tiene otro inmueble donde residir. De la misma forma, con independencia de la titularidad sobre la vivienda, si se atribuye el derecho de uso de la vivienda a los hijos y al cónyuge custodio y concurre la circunstancia descrita, ello puede ser motivo suficiente para que se atribuya el derecho de uso a favor del cónyuge no custodio.

En este sentido, en la Sentencia de 5 de noviembre de 2012 el Tribunal Supremo ⁴⁹ desestimó un recurso de casación interpuesto por una madre a la que se pretendía cesar en el derecho de uso de la vivienda que tenía atribuido, por considerar que la madre (beneficiaria del derecho de uso) había adquirido una nueva vivienda en la que podía habitar la hija menor sin quedar desprotegida de sus derechos. El Tribunal Supremo alega que esa nueva vivienda *“cubre sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro en el inmueble de la madre y, no solo cubre estas necesidades sino que como consecuencia del cambio, además de que el padre recupera la vivienda y le permite disfrutar de un status similar al de su hija y su ex esposa, mejora con ello su situación económica permitiéndole hacer frente a una superior prestación alimenticia a*

⁴⁹ STS de 5 de noviembre de 2012 [RJ 2012/10131].

favor de su hija al desaparecer la carga que representaba el pago de la renta de alquiler". Además, en dicha sentencia se afirmó que *"decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso de derecho, que no queda amparado ni en el artículo 96, ni en el artículo 7 CC "*.

En resumen, a pesar de existir hijos sujetos a patria potestad, puede atribuirse el derecho de uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio si el progenitor que ostenta la custodia de los hijos se encuentra en mejor situación económica para disponer de otro inmueble, ya sea en propiedad o en arrendamiento, apto para convertirse en su nueva vivienda familiar.

b) La convivencia marital del cónyuge titular del derecho de uso de la vivienda con un tercero

Del mismo modo que el artículo 101.1 CC dispone que el derecho a la pensión compensatoria se extingue por vivir el beneficiario maritalmente con otra persona o por contraer el acreedor nuevo matrimonio, la jurisprudencia ha señalado que esta circunstancia también influye en el tema del uso de la vivienda familiar, de tal forma que es posible modificar la atribución del derecho de uso cuando el titular de este derecho empieza a convivir maritalmente con otra persona.

La presunción recogida en el artículo 96.1 CC tiene por finalidad la protección de los hijos, que son la parte más débil, y de forma indirecta también protege al cónyuge en cuya compañía queden los hijos. Pero este segundo aspecto es secundario, porque al cónyuge se le protege en cuanto custodio de los hijos⁵⁰. En consecuencia, no parece lógico aprobar una modificación de la atribución del uso de la vivienda familiar simplemente por el hecho de que el cónyuge beneficiario del uso conviva maritalmente con un tercero en la misma, ya que el uso se atribuyó en beneficio de los hijos y, por consiguiente, del cónyuge custodio. Además, independientemente de que éste último conviva o no maritalmente con un tercero, las necesidades de los hijos que motivaron dicha atribución pueden seguir siendo las mismas⁵¹. La finalidad de protección de los intereses de los menores es primordial y ello hace que automáticamente no quepa

⁵⁰ Vid. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., "¿Pueden los divorciados vivir en la misma casa?", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 5/2012, BIB 2012/1316, Pamplona, donde se señala que la atribución del uso del domicilio a los hijos comunes y al cónyuge que ostente su guarda y custodia está establecida para proteger el interés de los menores y no en interés de ninguno de los cónyuges mientras los niños sean menores de edad.

⁵¹ Véase en este sentido la SAP de Asturias de 20 de febrero de 2009 [JUR 2009/224470].

modificar el derecho de uso de la vivienda por el hecho de que el beneficiario conviva en ella con un tercero⁵². No obstante, cabe modificar dicha atribución del uso de la vivienda en virtud de esa convivencia marital con una tercera persona si se demuestra que concurren nuevas situaciones que cambian las condiciones que existían en el momento en que se decidió esa asignación a favor de los hijos y el cónyuge custodio⁵³. Además, si en la vivienda ya no conviven los hijos menores o los que conviven son hijos mayores de edad económicamente independientes, la doctrina⁵⁴ y la jurisprudencia⁵⁵ son unánimes al considerar que la convivencia marital con un tercero por parte del beneficiario del uso, determina la extinción de dicho derecho de uso.

En definitiva, la regla general es que el hecho de que el cónyuge beneficiario del derecho de uso de la vivienda familiar viva maritalmente con una tercera persona o contraiga matrimonio con un tercero, no implica *en todo caso* la extinción del derecho de uso, pues éste se atribuyó pensando esencialmente en el beneficio de los hijos y, por consiguiente, sólo de manera indirecta en el interés del cónyuge custodio.

c) El no uso de la vivienda por parte del cónyuge al que le fue atribuido

Cuando el juez atribuye el derecho de uso a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, lo hace porque considera que en ese caso concreto dichos miembros del grupo familiar necesitan una vivienda en la que poder residir habitualmente y satisfacer sus necesidades básicas. Por tanto, si una vez asignado el uso a favor de los hijos y, por ende, del cónyuge custodio, éstos no viven en el inmueble de manera habitual o abandonan la vivienda durante varios años (porque fijan su vivienda habitual en otro inmueble), las circunstancias que motivaron que se les atribuyese el uso de la vivienda cambian sustancialmente, pues si no usan esa vivienda es porque pueden satisfacer sus necesidades habitando en otro inmueble, quedando entonces carente de justificación la atribución del uso de la antigua vivienda familiar a su favor.

⁵² SAP de Barcelona de 3 de marzo de 2003 [JUR 2003/196943].

⁵³ Así se observa en la SAP de Almería de 19 de marzo de 2007 [AC 2007/505].

⁵⁴ RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar”, *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, Lex nova, 1999, p. 38.

⁵⁵ Véase a título de ejemplo la SAP de Barcelona de 2 de septiembre de 2002 [JUR 2002\271492], en la cual se declara extinguido el derecho de uso que en su día se atribuyó a la esposa y al hijo porque ahora el hijo ya es mayor de edad e independiente económicamente y dicha casa sirve de vivienda a una nueva familia que formó la beneficiaria de su uso al casarse nuevamente con otra persona.

De ahí que, en estos casos, se pueda hacer una modificación en la atribución del uso de la vivienda a favor de aquél cónyuge no custodio al que inicialmente no le fue atribuido ese derecho de uso⁵⁶. El caso resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 24 de noviembre de 2011⁵⁷ es un ejemplo, porque el no uso de la vivienda por parte del cónyuge al que le fue atribuido dio lugar a que se modificara la atribución del uso de la vivienda familiar a favor del cónyuge no custodio (que inicialmente no fue el beneficiario de dicho uso), basándose dicha modificación en el hecho de que la madre y los hijos ya no tenían su residencia habitual en dicha vivienda desde hacía más de un año, porque se habían mudado a otro domicilio al iniciar la madre una nueva relación sentimental.

En resumen, cuando cesa la convivencia conyugal y se acuerda la custodia monoparental de los hijos a favor de uno de los progenitores, puede atribuirse el uso de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden; o bien puede asignarse el uso al cónyuge no custodio si presenta un interés más digno de protección. El artículo 96.1 CC no impide que se adopte esta segunda medida, pero cuando se atribuye el uso al cónyuge no titular de la vivienda basándose en el hecho de que ostenta la custodia de los hijos, se le debe atribuir el uso si esa es la mejor forma de garantizar el interés de los hijos, lo que es compatible con que en muchos casos lo más justo sea hacer una atribución temporal, es decir, limitada en el tiempo.

3.4.3. ¿Qué ocurre cuando se acuerda la guardia y custodia compartida de los hijos?

3.4.3.1. La guarda y custodia compartida

Vamos a empezar haciendo una breve referencia a los supuestos en que se puede acordar la guarda y custodia compartida, que han adquirido especial relevancia práctica como consecuencia de la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, en materia de separación y divorcio, que introdujo en el Código Civil la regulación del régimen de la custodia compartida en los supuestos de crisis matrimoniales.

⁵⁶ SAP de Ávila de 12 de mayo de 2006 [JUR 2006/296802].

⁵⁷ SAP de Murcia de 24 de noviembre de 2011 [JUR 2011/431669].

La guarda y custodia compartida consiste en una alternancia de los progenitores en la posición de guardador y en la de beneficiario de un derecho de visitas; alternancia que no tiene por qué ser por periodos de tiempo idénticos. En los casos de guarda y custodia compartida cabe que sean los hijos quienes permanezcan siempre en la vivienda familiar, y los padres los que entren y salgan de la misma alternándose.

En la actualidad, de acuerdo a la regulación del Código Civil, el juez podrá acordar la guarda y custodia compartida de los hijos en dos situaciones.

Por un lado, cuando los dos progenitores soliciten de mutuo acuerdo la guarda y custodia compartida (art. 95.2 CC). Éste es el caso más habitual de guarda y custodia compartida.

Por otro lado, se podrá acordar esta medida cuando sólo uno de los progenitores solicite la guarda y custodia compartida (art. 92.8 CC). En este segundo supuesto inicialmente se requería informe favorable del Ministerio Fiscal, pero el TC declaró inconstitucional la exigencia de que el informe del fiscal fuese favorable, porque estimó que atentaba contra la independencia del juez⁵⁸. Actualmente se puede acordar la guarda y custodia compartida a petición de uno solo de los cónyuges si hay un informe del Ministerio Fiscal (que ya no tiene que ser favorable), y si el juez considera que es la mejor solución para favorecer el interés del menor⁵⁹. Por tanto, se puede acordar la guarda y custodia compartida de los hijos incluso en contra de la voluntad de uno de los progenitores, siempre que el juez estime que es lo más adecuado para el interés del menor.

Sin embargo, en virtud de la actual regulación del Código civil, el juez no puede decidir la guarda y custodia compartida si no la solicita ninguno de los cónyuges⁶⁰; posibilidad que pretendía instaurar el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, de 24 de julio de

⁵⁸ STC nº 185/2012, de 17 de octubre de 2012 [RTC 2012\185].

⁵⁹ STJS Cataluña de 30 de octubre de 2014 [RJ 2014\6674]. En la cual se opta por la custodia materna y se descarta la custodia compartida porque el sistema de custodia compartida que proponía el padre no se estimó conveniente para el interés de las hijas menores de 14 y 12 años.

⁶⁰ Cuestión que se pone de manifiesto en la STS de 29 de abril de 2013 [RJ 2013/3269], la cual pone de manifiesto que es requisito imprescindible para la adopción de este régimen la solicitud del mismo por parte de al menos uno de los progenitores.

2014⁶¹. No obstante, esta situación la contemplan algunas Comunidades Autónomas, como es el caso de Aragón, Cataluña y Comunidad Valenciana, cuyas regulaciones priorizan el modelo de la custodia compartida⁶².

Además, el artículo 92.7 CC se refiere a una serie de supuestos en los que no se puede acordar la guarda y custodia compartida. En concreto, cita los supuestos de violencia doméstica o cuando uno de los cónyuges esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida o integridad del otro cónyuge.

Para concluir, cabe destacar que el Tribunal Supremo ha promovido en numerosas ocasiones la adopción de la guarda y custodia compartida, considerando que este sistema es el más conveniente ante una separación o divorcio de los progenitores. Así se refleja en la reciente STS de 29 de marzo de 2016⁶³, que pone de manifiesto la preocupación del alto tribunal ante la constante inaplicación por parte de muchos tribunales de la doctrina marcada por este Tribunal en cuanto a la guarda y custodia compartida⁶⁴. Por ello, el TS insiste en que la custodia compartida debe ser el sistema *normal y deseable*, hasta el punto de que afirma que la tensa relación entre los progenitores no puede impedir que se adopte la custodia compartida⁶⁵. En este sentido, resultan esclarecedoras las siguientes palabras del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁶⁶ defendiendo la conveniencia del modelo de custodia compartida: *“las indudables ventajas de la custodia compartida o conjunta por ambos progenitores para la evolución y desarrollo del niño en las situaciones de conflicto familiar producido por la ruptura matrimonial (evita los "conflictos de lealtades", favorece la comunicación y coadyuva a visualizar la ruptura matrimonial como un conflicto en el que no existen vencedores y vencidos, ni culpables e inocentes y a concebir el reparto equilibrado de cargas derivadas de la relación paterno filial como algo consustancial y natural, y no*

⁶¹ BOE.es - Documento CE-D-2014-438, 2016. *Boe.es* [online].

⁶² La Ley Aragonesa 2/2010 establece que la custodia compartida tiene carácter preferente salvo que la custodia individual sea lo mejor para el interés del menor. En un sentido similar, la Ley 5/2012 de la Comunidad Valenciana, establece como regla general la custodia compartida luego se potencia la adopción de la misma. Lo mismo ocurre en Cataluña.

⁶³ STS nº 194/2016, de 29 de marzo de 2016 [JUR 2016\64194].

⁶⁴ VIGIL. A., “El TS insiste en que la custodia compartida debe ser el sistema "normal y deseable", *Diario La Ley*, nº 8733, 4 de abril de 2016.

⁶⁵ Véase en este sentido la STS, Sala 1ª, de 16 de octubre de 2014 [RJ 2014\5165].

⁶⁶ SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 27 de septiembre de 2013 [JUR 2013\355324].

eventual o accidental, favoreciendo la implantación en los hijos de la idea de la igualdad de sexos)".

3.4.3.2. Atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida

El tema de la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida plantea problemas, porque cuando en el año 2005 se modificó el art 92 CC para mencionar expresamente la posibilidad de acordar la guardia y custodia compartida de los hijos, no se introdujo mención alguna en el Código civil respecto a los criterios que se debían tener en cuenta en estos casos para decidir la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar. No se abordó ninguna modificación del art 96 CC para regular esta situación.

A diferencia de lo que ocurre en el Código Civil, algunas legislaciones autonómicas sí que han regulado el tema de la atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de guarda y custodia compartida. Así, el art 233-20-3 del Código Civil de Cataluña⁶⁷ señala que *“la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado en diferentes casos, uno de ellos es si la guarda y custodia de los hijos queda compartida o distribuida entre los progenitores”*. En sentido similar se pronuncia el artículo 81.1 del Código de Derecho foral de Aragón⁶⁸ cuando establece que *“en los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares”*. Por su parte, el artículo 6 de la Ley 5/2011 de la

⁶¹ Aspecto que es introducido en el Código Civil de Cataluña una vez que se integra en éste la Ley Catalana 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Catalunya, relativo a la persona y a la familia. BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010.

⁶⁸ 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. BOE núm. 67, de 29 de marzo de 2011, pp. 6490 a 6616.

Vid. Título II, De las relaciones entre ascendientes y descendientes, artículo 81.1 CDFa.

Comunidad Valenciana⁶⁹ destaca que en los supuestos de custodia compartida la atribución del uso de la vivienda familiar se hará en función de lo que sea más conveniente para los hijos y, siempre que sea compatible con ello, en atención al cónyuge que tenga mayores dificultades de acceso a otra vivienda.

Ante la falta de regulación del Código Civil sobre los criterios a seguir para decidir la atribución de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida, vamos a analizar las pautas que ha seguido la jurisprudencia en los casos de este tipo.

En primer lugar, cabe señalar que no hay duda de que en los supuestos de custodia compartida no tiene cabida la aplicación del artículo 96.1 CC, el cual atribuía el uso de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. En los casos de custodia compartida ambos progenitores ostentan la guardia y custodia de sus hijos, aunque sea por periodos alternos.

Ante esta imposibilidad de aplicar el artículo 96.1 CC, parte de la doctrina y de la jurisprudencia⁷⁰ se inclinan por la aplicación analógica del art 96.2 CC, que expresa lo siguiente: “Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente”.

En este sentido cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014⁷¹, que sienta doctrina en cuanto a la aplicación analógica del artículo 96.2 CC.

Lo que ocurre es que dicho artículo 96.2 CC está pensado para los casos de custodia repartida, es decir, cuando parte de los hijos quedan bajo la custodia de la madre y parte bajo la del padre, y la solución que propugna este precepto es que en estos casos “el Juez resolverá lo procedente”. De ahí que la aplicación analógica del art 96.2 CC en los supuestos de custodia compartida no resuelva la cuestión, ya que el citado precepto

⁶⁹ Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

⁷⁰ TAPIA PARREÑO, J. J., “La custodia compartida en la doctrina de las Audiencias Provinciales”, en TAPIA PARREÑO, J. J., *Custodia compartida y protección de menores*, CGPJ, Madrid, 2010, p. 233.

⁷¹ STS de 24 de octubre de 2014 [RJ 2014/5180]. Dicha sentencia pone de manifiesto que es necesaria la ponderación de las particularidades de cada caso, haciendo hincapié en dos aspectos. En primer lugar, el interés más necesitado de protección y, en segundo lugar, la titularidad sobre la vivienda familiar, es decir, si es privativa de uno de los cónyuges, copropiedad de ambos ó propiedad de un tercero.

simplemente establece que el Juez decidirá lo que estime conveniente conforme a su buen criterio. Es decir, la aplicación del artículo 96.2 CC no nos proporciona una regla general para los supuestos de custodia compartida, sino que se deberá atender a cada caso concreto.

Esta situación ha dado lugar a que otro sector de la doctrina⁷², que es mayoritario, opte por aplicar en los casos de custodia compartida el artículo 96.3 CC, que establece que “*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*”. Por tanto, se atribuirá el uso de la vivienda familiar al cónyuge que ostente el interés más necesitado de protección. Cabe señalar que este criterio es el que han seguido las Comunidades Autónomas que han regulado esta materia y a las que nos hemos referido anteriormente⁷³.

En resumen, creemos que cuando al aplicar analógicamente el artículo 96.3 CC se intente determinar cuál es el *interés más necesitado de protección*, habrá que ponderar diversos factores, entre los que destacan los relativos a la situación económica de cada uno de los cónyuges, las posibilidades efectivas de cada progenitor de habitar en una vivienda distinta de la familiar pero cercana a ésta y de características similares, el número de hijos así como su edad y estado de salud o el tiempo que los hijos van a pasar con cada uno de los progenitores.

3.4.3.3. Sistemas de atribución de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida

En los supuestos de custodia compartida es tal la variedad de circunstancias que pueden concurrir en la práctica y son tantos los factores a ponderar, que se perfilan distintas modalidades de atribución de la vivienda familiar con el objeto de satisfacer mejor las diferentes situaciones que se puedan plantear. A continuación, vamos a referirnos a los

⁷² GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida”, *Diario La Ley*, nº 7206, 2009, pp. 2050-2055.

⁷³ Vid. Página 25 de este trabajo.

dos sistemas que son más frecuentes en la práctica⁷⁴, el sistema de domicilio fijo y el de domicilio rotatorio.

a) Sistema de domicilio fijo o “vivienda nido”

En la modalidad de domicilio fijo son los hijos sujetos a patria potestad quienes permanecen de manera continua en la vivienda familiar, mientras que los padres se van alternando en el uso de la misma, es decir, uno y otro progenitor se trasladan a dicha vivienda durante el periodo de tiempo en el que les corresponda ejercer la guardia y custodia de los hijos, y estos periodos, como ya señalamos, no tienen porqué ser de duración idéntica. En definitiva, son los padres los que constantemente entran y salen de la vivienda, mientras los hijos permanecen de manera estable en la misma.

Ahora bien, esta opción de “vivienda nido” es una solución que presenta muchos inconvenientes, ya que no siempre será posible desde un punto de vista económico, pues implica la existencia y manutención de tres viviendas simultáneamente (la vivienda familiar y dos viviendas particulares, una para cada progenitor), ni desde un punto de vista práctico, porque puede generar inestabilidad para los cónyuges y dificultarles el poder rehacer su vida.

Esas razones explican que la jurisprudencia no sea proclive a adoptar este sistema y que, en general, tienda a desaconsejarlo en la práctica, adoptándolo sólo para el periodo inmediatamente posterior a la ruptura, y siempre con carácter temporal. Así se aprecia en la SAP de Tenerife, de 8 de diciembre de 2008⁷⁵, que dice que “*este sistema es generador de problemas entre los progenitores que vivirán en primera línea los hijos*”. En un sentido similar cabe destacar la STSJ de Cataluña, de 5 de septiembre de 2008⁷⁶, que señala lo siguiente: “*la atribución del uso de la vivienda familiar a la hija menor y que los padres vayan alternando la convivencia en dicha vivienda en cada período*”

⁷⁴ UREÑA CARAZO, B., “Vivienda familiar y custodia compartida (a propósito de la STS núm. 594/2014 de 24 de octubre)”, *Diario La Ley*, 2015, pp. 7-8.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el Derecho de cosas”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2013, pp. 1133-1150.

⁷⁵ SAP de Tenerife de 9 de diciembre de 2008 [JUR 2009\116594].

⁷⁶ STSJ Cataluña de 5 de septiembre de 2008 [RJ 2009/1449]. En sentido similar se pronuncia la SAP de Granada de 6 de noviembre de 2009 [JUR 2010\45145] que desestima que la vivienda sea compartida por ambos cónyuges en tiempos parciales ya que ello puede afectar a la estabilidad de la convivencia.

temporal que disfruten de la custodia de la hija, no deja de ser una incomodidad para todos, amén de una fuente segura de conflictos que casa mal con la institución de la guarda y custodia compartida”.

b) Sistema de domicilio rotatorio o custodia compartida con rotación de los hijos

En el sistema denominado *rotatorio* normalmente se atribuye el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores, en detrimento del otro, que tendrá otra vivienda, ya sea en propiedad o en alquiler. De esta forma los padres tienen cada uno un domicilio fijo y serán los hijos quienes se trasladen al domicilio de cada progenitor durante el tiempo que tengan que estar bajo su custodia.

En principio, y con carácter general, este sistema de domicilio rotatorio exige que las viviendas de ambos progenitores a las que se van a desplazar los hijos estén cercanas entre sí, para de esta forma causar el menor perjuicio posible a la estabilidad de los menores.

En los supuestos del sistema de domicilio rotatorio lo más habitual es que el uso de la vivienda familiar se atribuya a uno de los progenitores, pero cabe también la posibilidad de que cuando la vivienda sea titularidad de ambos cónyuges no se atribuya el uso a ninguno de los progenitores, de forma que se proceda a la venta o arrendamiento de dicha vivienda, y que cada progenitor se costee una vivienda diferente, que será a la que se vayan desplazando los hijos en los periodos de tiempo correspondientes⁷⁷. En este sentido se pronuncia la SAP de Baleares, de 29 de junio de 2005⁷⁸, cuando ante la concesión de una guarda y custodia compartida, opta por proceder a la enajenación de la vivienda familiar (que era ganancial) en lugar de atribuir el uso de la misma a uno de los dos progenitores, considerando que “*no es conveniente la atribución alternada a ninguno de los dos progenitores custodios porque ello constituiría una fuente continuada de problemas entre los progenitores*”.

⁷⁷ Vid. IGLESIA MONJE, M^a.I. DE LA, “Custodia compartida y el derecho del uso de la vivienda familiar”, en Análisis crítico de jurisprudencia, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 732, julio-agosto de 2012, pp. 2308-2313.

⁷⁸ SAP de Baleares de 29 de junio de 2005 [JUR 2005\190190].

Para concluir, como señala PINTO ANDRADE⁷⁹, creemos que este sistema de domicilio rotatorio puede provocar problemas respecto al empadronamiento de los hijos, ya que éstos viven en dos domicilios. La Fiscalía General del Estado determina que los hijos menores han de figurar empadronados en el domicilio del cónyuge con el que mayor tiempo pasen en cómputo anual y, cuando las estancias con ambos progenitores sean tan paritarias que no sea posible determinar con qué progenitor pasa más tiempo el menor, deberán ser los progenitores quienes de mutuo acuerdo determinen en cuál de los dos domicilios se va a empadronar al menor.

3.4.4. ¿Qué ocurre si los hijos se reparten o distribuyen entre los dos progenitores?

El denominado supuesto de *guarda y custodia repartida* se regula en el artículo 96.2 CC, que determina que si unos hijos van con el padre y otros con la madre, el juez resolverá la atribución de la vivienda familiar atendiendo a las circunstancias concretas del caso. Luego, cuando algunos de los hijos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros hijos bajo la custodia del otro progenitor, es el juez el que fijará a quién se asigna el derecho de uso de la vivienda familiar.

Cuando se da esta situación, los jueces han atribuido el uso a un cónyuge o a otro en función de distintos criterios. En algunos casos, la jurisprudencia ha optado por atribuir el uso de la vivienda familiar al titular de la misma, en tanto en cuanto también ostenta la custodia de alguno de sus hijos⁸⁰. En otros casos, la jurisprudencia ha decidido asignar el derecho de uso sobre la vivienda familiar al cónyuge que ostente la custodia del mayor número de los hijos o al más necesitado.

En resumen, el artículo 96.2 CC establece que en estos supuestos resolverá el juez ponderando distintos factores en cada caso, como los recursos e ingresos con que cuente

⁷⁹ PINTO ANDRADE, C., “Criterios para la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar”, *La atribución del uso de la vivienda familiar*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 73.

⁸⁰ GIL MEMBRADO, C. *La vivienda...* op., cit., p. 149.

cada uno de los progenitores y la edad, o el número y estado de salud de los hijos que queden con uno y otro cónyuge⁸¹.

3.4.5. ¿Qué ocurre cuando únicamente concurren hijos mayores de edad dependientes económicamente?

La mayoría de la doctrina, como ya señalamos⁸², considera que el término “hijos” del art 96.1 CC se refiere a los hijos menores de edad, excluyendo a los hijos mayores de edad, ya sean dependientes o independientes económicamente. En este momento nos vamos a centrar en el supuesto en que únicamente concurren hijos mayores de edad dependientes económicamente, y en estos casos la jurisprudencia es muy dispar a la hora de tomar en consideración o no la existencia de esos hijos mayores para decidir la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar.

En algunos casos la jurisprudencia decide tenerlos en cuenta, los asimila a los hijos menores de edad y, por tanto, aplica el criterio del artículo 96.1 CC. Los jueces que optan por esta postura lo hacen sobre la base de que los hijos pueden ser titulares de un derecho de alimentos a pesar de ser mayores de edad, lo que ocurre cuando siguen viviendo en el domicilio familiar y carecen de ingresos propios⁸³, y consideran que la atribución del uso de la vivienda familiar constituye una prestación en especie de ese derecho de alimentos a favor de los hijos.

En otros supuestos la jurisprudencia entiende que el artículo 96.1 CC se aplica únicamente cuando concurren hijos sujetos a patria potestad⁸⁴, por lo que ante la concurrencia de hijos mayores de edad dependientes económicamente, los jueces deciden la atribución del uso de la vivienda familiar como si no existieran hijos, y en

⁸¹ PINTO ANDRADE, C. *La atribución del uso de la vivienda familiar, aplicación práctica de la medida en los procesos de separación y divorcio*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 67.

⁸² Vid. Apartado 2.4.1 de este trabajo, págs. 14-16, especialmente la página 14.

⁸³ Véase el art 93 apartado 2º CC.

⁸⁴ Véase en este sentido la SAP de Ciudad Real de 6 de marzo de 2014 [JUR 2014\91899], que desestima la continuación en el uso de la vivienda familiar por parte de la madre y del hijo que ya ha alcanzado la mayoría de edad, que son quienes tenían atribuido el uso. En concreto la sentencia dice: “que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los arts. 142 y siguientes del CC”.

vez de aplicar el artículo 96.1 CC aplicarán el artículo 96.3 CC⁸⁵. Por tanto, a la hora de atribuir el uso de la vivienda se estaría al interés del cónyuge más necesitado de protección. En este caso, los jueces argumentan su postura aduciendo que los deberes inherentes a la patria potestad previstos en el artículo 154 CC cesan cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad, independientemente de que dependan o no económicamente de los padres. Y que, por tanto, no tiene sentido sobreprotegerlos en este aspecto de la atribución del uso de la vivienda. Ahora bien, que el criterio a seguir en estos casos sea el del artículo 96.3 CC no obsta para que la presencia de hijos mayores de edad dependientes económicamente sea valorada por el juez como una circunstancia más para apreciar el interés más necesitado de protección a la hora de decidir la atribución de la vivienda familiar.

Esta segunda postura, que es la mayoritaria, implica que al alcanzar la mayoría de edad el menor de los hijos, cualquiera de los progenitores, y especialmente el no custodio, puede promover la modificación de la atribución del uso de la vivienda familiar, sin tener que acreditar ninguna otra alteración sobrevenida de las circunstancias. Pues, la jurisprudencia sentada a partir de la STS de 5 de septiembre de 2011 [RJ 2011\5677] determina que el uso de la vivienda familiar atribuido a los hijos y, por ende, al cónyuge custodio, podrá extinguirse una vez que los hijos adquieran la mayoría de edad, aunque no sean independientes económicamente. Ahora bien, como señala el TS en la sentencia de 12 de febrero de 2014⁸⁶, siendo cierto que la situación posesoria anterior a la mayoría de edad no es determinante de la futura atribución del uso de la vivienda, tampoco lo es

⁸⁵ A título de ejemplo cabe citar la STS de 11 de noviembre de 2013 [RJ 2013\7262], donde tras alcanzar el hijo la mayoría de edad pero ser económicamente dependiente, pretende seguir como beneficiario del uso de la vivienda familiar pero ahora en compañía del padre y ya no con su madre, a la que inicialmente, junto con el hijo, le fue atribuido el derecho de uso de la vivienda por ser el cónyuge custodio. La mencionada sentencia rechaza la petición y dictamina que *“ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1º sino del párrafo 3º del artículo 96 CC”*. En consecuencia, la sentencia mantiene en el uso de la vivienda familiar a la madre, que era la que venía habitando la vivienda al ser el cónyuge custodio del hijo, por recaer en ella el interés más necesitado de protección. Esta sentencia pone de manifiesto que la mayoría de edad alcanzada por los hijos que tenían atribuido el uso de la vivienda, coloca en situación de igualdad a los cónyuges ante este derecho así como que el progenitor usuario hasta entonces puede reclamar en su propio interés seguir usando la vivienda, pero no podrá fundamentarlo en la continuación de la convivencia con los hijos ya mayores, sino en la demostración de que su interés es *“el más necesitado de protección”*.

⁸⁶ Así lo pone de manifiesto el fundamento jurídico quinto de la STS de 12 de febrero de 2014 [RJ 2014\2090].

de la privación automática de dicho uso al cónyuge que lo venía ostentando hasta ese momento.

3.5. ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR ANTE LA INEXISTENCIA DE HIJOS COMUNES O CUANDO CONCURREN HIJOS MAYORES DE EDAD INDEPENDIENTES ECONÓMICAMENTE

En los supuestos en que no existen hijos en común o bien concurren hijos mayores de edad independientes económicamente, para decidir la atribución del uso de la vivienda familiar se debe adoptar el criterio de pareja sin hijos fijado en el artículo 96.3 CC.⁸⁷

El apartado tercero del artículo 96 CC instaura una regla general consistente en que cuando no existan hijos del matrimonio sujetos a patria potestad, el uso de la vivienda se atribuirá al titular de la misma, es decir, al que tenga algún derecho sobre la vivienda. No obstante, el juez puede acordar que se atribuya el uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular de la misma si éste se encuentra en peor situación económica, aunque la casa sea de propiedad exclusiva del otro cónyuge.

Luego, conforme al artículo 96.3 CC, cuando no existan hijos menores pero haya hijos comunes del matrimonio que ya sean mayores de edad, la atribución del uso de la vivienda familiar se llevará a cabo en atención al interés más digno de protección, de tal forma que, aunque la casa sea un bien privativo de uno de los cónyuges, puede atribuirse el uso de la misma al cónyuge no titular si éste se encuentra más necesitado y, por tanto, su interés es más digno de protección.

A pesar de que el artículo 96.3 CC parece estar pensado para la atribución de viviendas familiares de propiedad exclusiva de uno de los cónyuges, la jurisprudencia ha

⁸⁷ Véase en este sentido la STS (Sección 1ª) de 12 de febrero de 2014 [RJ 2014\2090] en la cual se pone de manifiesto que *la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del 96.3 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge cuyo su interés fuera el más necesitado de protección*. Dicha sentencia recalca que la mayoría de edad de los hijos hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo de los cónyuges, introduciéndose un nuevo criterio de asignación consistente en el interés más necesitado de protección. Así mismo la sentencia afirma que *“la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores y, por tanto, única y exclusivamente en atención al mayor interés de uno u otro de los cónyuges”*.

establecido que esta norma también es de aplicación cuando se trata de una vivienda ganancial copropiedad de ambos cónyuges. Por tanto, con independencia de la titularidad de la vivienda, el primer criterio al que hay que acudir en estos casos para la atribución del derecho de uso es la determinación del cónyuge más necesitado de protección, lo que en la mayoría de las ocasiones se traducirá en atribuir el uso al cónyuge más desfavorecido económicamente⁸⁸.

Ahora bien, cuando parezca que ambos cónyuges merecen igual protección y no se observe en ninguno de ellos una situación de verdadera necesidad, el derecho de uso de la vivienda familiar se atribuirá atendiendo al criterio de la titularidad de la vivienda; de forma que si la vivienda es un bien privativo de uno de los dos consortes, habrá que atribuir su uso al titular de la misma⁸⁹. Mientras que si la vivienda es de carácter ganancial, propiedad de ambos ex-cónyuges, la jurisprudencia ha optado por distintas soluciones⁹⁰.

En situaciones excepcionales, cuando por razones económicas sea muy gravoso para cualquiera de los cónyuges abandonar la vivienda familiar, la Jurisprudencia se ha decantado por la atribución del uso compartido de la vivienda a los dos cónyuges titulares de la misma. Un ejemplo de la aplicación esta medida lo observamos en la SAP de Málaga (6ª), de 17 de febrero de 2015 [JUR 2015\226087], en la que se opta por proceder a la atribución del uso compartido de la vivienda, pero mediante la división de ésta en dos partes. La división se hizo respetando la doctrina del TS al respecto, según la cual cabe la división material del inmueble en un procedimiento matrimonial siempre que la división sea factible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad.

⁸⁸ IGLESIA MONJE, M.I. DE LA, “Los hijos mayores de edad y la atribución del uso de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 88, núm.733, 2012, pp. 2836-2851.

⁸⁹ En este sentido véase la SAP de Castellón de 15 de octubre de 1992 [AC 1992\1475] en la cual se desestima atribuir el uso de la vivienda familiar a la esposa ya que no existen hijos en el matrimonio, la casa es un bien privativo del esposo y no concurren circunstancias que hagan aconsejable atribuir el uso a la esposa pues falta acreditación por parte de la esposa de que su interés sea el más necesitado de protección.

⁹⁰ PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso...*, op., cit., p. 76.

En otros casos se ha optado por no atribuir el uso de la vivienda familiar a ninguno de los copropietarios⁹¹, o por atribuir el uso de la vivienda a ambos cónyuges copropietarios pero por periodos de tiempo alternos hasta que se proceda a la liquidación de bienes comunes⁹².

4. OTROS SUPUESTOS DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

4.1. SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

El fenómeno de los malos tratos es un problema que ha adquirido una gran relevancia jurídica y social, y en los últimos años los poderes públicos se han concienciado de la necesidad de proteger los derechos de las personas que sufren violencia de género. Consecuentemente, se han promulgado varias leyes que protegen a las mujeres víctimas de violencia desde una perspectiva penal y civil, entre las que destacan la Ley 27/2003 reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica⁹³, y la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género⁹⁴, que cambia la denominación de violencia doméstica por violencia de género.

La Ley 27/2003 introduce como novedad la competencia de los Juzgados de Instrucción para acordar algunas medidas cautelares de naturaleza civil previas a un procedimiento de familia. Así, la Ley de Enjuiciamiento Criminal recoge la posibilidad de adoptar

⁹¹ Así ocurre en la SAP de Baleares de 14 de abril de 2004 [JUR 2004\171566], donde el uso de la vivienda familiar, titularidad de ambos cónyuges, no se atribuye a ninguno de ellos, concretamente la sentencia señala que *“no se aprecia que ninguno de los litigantes merezca la especial protección de atribuirle el uso exclusivo de la vivienda, por lo que debe estimarse la petición subsidiaria de la Sra. Ángeles de no atribuirle a ninguno, como medio de facilitar la extinción y liquidación de la copropiedad al no haber hijos de especial protección”*.

⁹² Véase la SAP de Sevilla de 10 de septiembre de 2013 [JUR 2014\46278], en la cual se establece una atribución conjunta del uso de la vivienda familiar mediante un uso alternativo de ambos cónyuges, pues se trata de un supuesto en el que no se acredita un especial interés necesitado de protección y, por tanto, se trata de evitar que cualquiera de los ex cónyuges se beneficie de forma unilateral del uso de la vivienda con claro perjuicio del otro, así la sentencia establece *“el uso y disfrute de la que fuera vivienda familiar se atribuye a ambas partes de modo alternativo y por plazos de un año, comenzando a disfrutar de la misma la esposa”*.

⁹³ Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica.

⁹⁴ LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

medidas de naturaleza civil, y concretamente el artículo 544 ter apartado 7º LECrim señala que una de estas medidas podrá consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar. Esta medida podrá solicitarse por la víctima, por su representante legal o por el Ministerio Fiscal.

Por su parte, la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, crea los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, a los que se atribuyen competencias penales y civiles. De esta forma, la competencia que inicialmente se atribuyó a los Juzgados de Instrucción ahora la han asumido los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. En este sentido, cabe destacar que es beneficioso que sea el mismo Juez el que conoce de ambas cuestiones, civiles y penales, pues así se evita la discordancia entre las medidas que adoptaba el juez penal y las medidas que adoptaba la jurisdicción civil.

Centrándonos en el tema que nos ocupa en este trabajo, vamos a analizar cómo incide la concurrencia de violencia de género a la hora de decidir la atribución del uso de la vivienda familiar.

El artículo 2 de la Ley 27/2003 añadió un nuevo artículo a la LECrim, el artículo 544 ter, según el cual en la orden de protección para las víctimas de violencia de género pueden acordarse medidas civiles como la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, y actualmente esta medida se acordará por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

Por consiguiente, el artículo 544.7º ter LECrim permite que el juzgador pueda adoptar alguna de las medidas provisionales que se recogen en los arts. 102 y 103 CC (medidas relativas a la atribución del uso de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia de los hijos, visitas, etc.), siempre que no hubieran sido previamente adoptadas por un órgano del orden jurisdiccional civil.

Luego, las medidas civiles que puede adoptar el juez de violencia sobre la mujer en la orden de protección son muy similares a las medidas provisionales que puede adoptar el juez de primera instancia cuando le llega una demanda de separación ó divorcio. En consecuencia, si un juez civil está conociendo de un proceso de separación o divorcio y tiene conocimiento de que se ha iniciado un procedimiento penal o de que se ha solicitado una orden de protección, dicho juez tiene la obligación de inhibirse a favor

del Juzgado de Violencia sobre la mujer, el cual ejercerá también las competencias en materia civil, pudiendo atribuir a la víctima el uso y disfrute de la que fuera vivienda familiar.

En este punto, también cabe traer a colación el ya mencionado artículo 96 CC.

Como ya señalamos, en el precepto se hace una distinción respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar dependiendo de si la pareja tiene o no hijos en común. Hemos de tener en cuenta que en los casos de violencia de género también puede haber o no hijos. Ello significa que en este punto se pueden aplicar dos apartados del artículo 96 CC a la hora de justificar la asignación del uso de la vivienda familiar a la mujer víctima de violencia de género.

Por un lado, cuando no existen hijos matrimoniales, pero estamos ante un caso de violencia de género, cabría aplicar el precepto 96.3 CC y, consecuentemente, atribuir el uso de la vivienda familiar a la víctima (independientemente de que sea titular del inmueble o no), si es la parte más necesitada de protección por la situación de especial vulnerabilidad de las mujeres víctimas de esta violencia⁹⁵.

Por otro lado, cuando estamos ante un caso de violencia de género en el que concurren hijos matrimoniales y no se ha llegado a un acuerdo entre los cónyuges sobre el uso de la vivienda familiar, se puede aplicar el artículo 96.1 CC y atribuir el uso de la vivienda a la mujer y a los hijos. Ello se debe a que la normativa reguladora de la protección contra la violencia de género se basa en el principio general de protección de las víctimas de violencia de género, que son la mujer y los hijos, y uno de los principios conforme a los cuales se atribuye el uso de la vivienda familiar es la protección de los hijos⁹⁶.

⁹⁵ Véase en este sentido la SJVM nº2 de Bilbao (Provincia de Vizcaya), de 16 de julio de 2012 [JUR 2013\102387], que en aplicación del art 96.3 CC atribuye el uso de la vivienda familiar a la mujer, por representar el interés más necesitado de protección, pero limitando temporalmente este derecho por no tener la mujer la titularidad exclusiva sobre la vivienda.

⁹⁶ Véase en este sentido la SJVM nº6 de Santa Coloma de Gramenet (Provincia de Barcelona), de 28 de marzo de 2014 [JUR 2014\190574], en cuyo fundamento jurídico tercero se atribuye a los hijos y a la madre la vivienda que constituyó el domicilio familiar.

En definitiva, la doctrina⁹⁷ considera que a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar el criterio es el mismo exista o no violencia de género, ya que en ambos casos el juez debe buscar el interés de los menores y el más necesitado de protección, interés que recae en los menores y en el cónyuge víctima de violencia de género. Por tanto, con carácter general, el uso de la vivienda familiar deberá atribuirse a la víctima de la violencia de género y a los hijos menores⁹⁸.

4.2. SUPUESTOS DE CESIÓN GRATUITA DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR (COMODATO O PRECARIO)

En la práctica se plantean con relativa frecuencia problemas a la hora de decidir la atribución del uso de la vivienda familiar cuando se trata de un inmueble que es titularidad de un pariente de uno de los dos cónyuges (como pueden ser los padres, abuelos o hermanos), que gratuitamente ha permitido que lo usaran y fijaran en el mismo la vivienda habitual. En estos casos un tercero (como por ejemplo el padre de uno de los cónyuges) cede gratuitamente a la pareja el uso de un inmueble de su propiedad para que lo utilicen como vivienda familiar. Los problemas surgen especialmente cuando el matrimonio se divorcia y el uso de la vivienda familiar le es atribuido al cónyuge que no es pariente del titular de la vivienda. Pues, el hecho de que la casa sea propiedad del pariente de uno de los cónyuges no determina que su uso tenga que atribuirse necesariamente a éste si se estima que hay un interés más digno de protección.

En muchos de estos casos en algún momento los propietarios del inmueble intentan recuperar la posesión del mismo. Para ello, en principio el titular de la que se constituyó como vivienda familiar durante el matrimonio, podría ejercitar una acción de desahucio por precario. Pero en estos casos ha sido habitual que surjan problemas a la hora de determinar si la vivienda se estaba usando en virtud de un contrato de comodato o en virtud de una situación de precario.

⁹⁷ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “La víctima de violencia de género y la atribución de la vivienda familiar”, en DE HOYOS SANCHO, M. (coord.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 268

⁹⁸ ÁLVAREZ ÁLVAREZ H., “La víctima de violencia de género...”, op., cit., p. 268.

La diferencia entre la figura del precario y la del comodato estriba en que el comodato es un préstamo de uso gratuito de un bien inmueble, pero establecido durante un tiempo determinado. Es un contrato esencialmente temporal, de tal forma que cuando cesa el plazo marcado el propietario de la vivienda recupera el uso de la misma, no pudiendo el comodante reclamar la cosa prestada antes del término del plazo, salvo que tuviera una urgente necesidad (así se deriva del art 1749 CC). En cambio, en el caso del precario, no se fija un tiempo, no es un contrato, sino un acto de tolerancia, y, el propietario de la vivienda puede pedir en cualquier momento, sin necesidad de alegar causa alguna, recuperar la posesión de su vivienda.

Como ya señalamos, lo fundamental para resolver los problemas que se plantean en cuanto al derecho de uso de la vivienda familiar es determinar si estamos ante un comodato o ante un precario. Tradicionalmente ha habido opiniones muy dispares y opuestas pero, finalmente, la STS de 26 de diciembre de 2005⁹⁹ ha fijado doctrina al respecto. En concreto, dicha sentencia pone de manifiesto que, en principio, cuando haya un préstamo de uso de vivienda y no exista prueba de que hay un contrato con un plazo, se entiende que se trata de una situación de precario, y la norma general es que el propietario puede ejercitar la acción de desahucio por precario en cualquier momento y recuperar así la posesión del inmueble de su propiedad. Frente a esa acción de desahucio por precario no se puede oponer la sentencia de separación o divorcio en virtud de la cual se atribuía el uso de la vivienda a uno de los cónyuges, porque ese derecho de uso no es un derecho real oponible *erga omnes*, sino que es un derecho de carácter personal con efectos *inter partes*, es decir, entre los cónyuges.

Además, ese derecho de uso se ha atribuido en virtud de una sentencia de separación o divorcio que sólo despliega efectos entre las partes, entre los que eran cónyuges, no debiendo repercutir al titular de la vivienda, que no fue parte del procedimiento de separación o divorcio y al que, consecuentemente, no se le pueden imponer las consecuencias de la sentencia dictada en el mismo. En este sentido se pronuncia la STS de 2 de octubre de 2008¹⁰⁰, fijando como doctrina que «*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*

⁹⁹ STS de 26 de diciembre de 2005 [RJ 2006\180].

¹⁰⁰ STS de 2 de octubre de 2008 [RJ 2008\5587].

de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial».

En definitiva, como hemos señalado, si el titular de la vivienda quiere recuperar su uso (especialmente cuando le fue atribuido por sentencia firme al miembro de la pareja que no es su familiar), puede ejercitar una acción de desahucio por precario, ya que tanto la doctrina¹⁰¹ como la jurisprudencia¹⁰² consideran que, salvo que haya pruebas fehacientes de que es un comodato, se entiende que es un precario. La acción de desahucio por precario prosperará si el matrimonio o pareja disfrutaba de esa vivienda a título de precaristas, ya que el derecho de uso del cónyuge beneficiario tendría la misma calificación, es decir, que tras la ruptura conyugal el usuario de la vivienda lo sería a título de precarista porque la relación jurídica inicial entre el matrimonio y el cedente de la vivienda era una relación de precario. En consecuencia, si el cónyuge al que le es atribuido el uso de la vivienda dispone de éste a título de precarista, el propietario puede privarle del uso en cualquier momento y requerirle para que abandone el inmueble, prosperando el desahucio por precario.¹⁰³ Idea que el Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental de 2014¹⁰⁴ pretendió recoger en el Código Civil, ya que proponía añadir un apartado sexto al artículo 96 CC en cuyo párrafo segundo se señalase que en los supuestos en que el uso de la vivienda exista por tolerancia de un tercero, los efectos del derecho de uso acabarán cuando el propietario de dicha vivienda reclame su uso y ejercite una acción de desahucio por precario.

¹⁰¹ CERVILLA GARZÓN, M. D., “El uso de la vivienda de otros. La vivienda cedida: ¿precario o comodato?”, *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p.125.

¹⁰² La STS de 30 de junio de 2009 [RJ 2009\4244] sigue la misma línea jurisprudencial de la ya citada STS de 2005. En el mismo sentido, la STS de 18 de enero de 2010 [RJ 2010\1274], en este caso la vivienda familiar del matrimonio es copropiedad del marido y de la hermana de éste, la cual cuando su hermano contrae matrimonio cede a los cónyuges el uso gratuito de dicha vivienda. El matrimonio se separa y el uso de la vivienda familiar es atribuido a la mujer, no propietaria de la misma, y a los hijos. La hermana del marido, cotitular de la vivienda, ejercita la acción de desahucio por precario, ésta prospera. La sentencia del TS declara que se trata de un precario porque no hay pruebas de que sea un comodato. Además, ese derecho personal de uso en concepto de precario que concede la sentencia de separación no es oponible frente a terceros, la cuñada copropietaria de la vivienda familiar no participó en el procedimiento matrimonial y no se le pueden imponer los efectos de una sentencia que sólo tiene efectos inter partes.

¹⁰³ Así se observa en la SAP de Sevilla (Sección 2ª) de 22 de febrero de 2012 [JUR 2012\298922].

¹⁰⁴ BOE.es - Documento CE-D-2014-438, 2016. *Boe.es* [online].

Con la tendencia actual de considerar que, salvo prueba en contrario, estamos ante una relación de precario, ponemos fin a aquella fluctuante idea jurisprudencial¹⁰⁵ que consideraba que cuando se cedía gratuitamente un inmueble sin hacer referencia a la duración de la cesión, pero se hacía mención expresa al uso específico para el que iría destinado el inmueble, por ejemplo, se cedía expresamente para que constituyese la vivienda familiar del matrimonio, ese uso determinaba el carácter temporal de la cesión, estando así ante una relación de comodato. Actualmente se entiende que la cesión de un inmueble a fin de que éste constituya la vivienda familiar, lejos de determinar la temporalidad de la cesión, supone la indeterminación de la duración de la misma, lo que conllevaría encontrarnos ante una situación de precario.

Para concluir, una vez que hemos visto la problemática que rodea a estos supuestos de comodato y precario, cabe poner de manifiesto la necesidad de una regulación al respecto en el Código Civil que recoja el criterio que utiliza la jurisprudencia a la hora de resolver esos supuestos. De esta manera se lograría una mayor precisión en la regulación de la atribución del uso de vivienda familiar, lo cual es aconsejable dada la importancia que tiene este tema en los supuestos de crisis matrimonial si se quiere disponer de una respuesta legal óptima en todos y cada uno de los supuestos que se susciten en la práctica en relación con la vivienda familiar.

¹⁰⁵ Véase en este sentido la STS de 2 de diciembre de 1992 [RJ 1992/10250].

5. CONCLUSIONES

Primera.- La vivienda familiar es objeto de una especial protección en el Código Civil, por lo que resulta de interés el tema de los criterios que se utilizan para determinar la atribución de su uso en los supuestos de crisis matrimonial. A estos efectos, el Código Civil no recoge una definición de *vivienda familiar* y por ello tenemos que recurrir a las acepciones de vivienda familiar elaboradas por la jurisprudencia, entre las cuales la más habitual es la que define la vivienda familiar como aquella que constituye la residencia apta, estable y permanente de la familia en el momento en que se produce la crisis matrimonial. Esta definición se centra en los requisitos de habitabilidad y habitualidad, y al analizarlos se deben abordar los problemas que surgen cuando una familia posea más de una vivienda, como ocurre cuando utilizan una o varias viviendas de recreo. De acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a la interpretación de las normas del Código civil sobre la materia, la regla general es que al adoptar las medidas relativas a la separación o divorcio el Juez no puede decidir acerca de la atribución del uso de viviendas (como las segundas residencias) distintas de la vivienda habitual.

En la práctica también se plantean dudas a la hora de determinar si en el concepto de *vivienda familiar* se pueden considerar comprendidos algunos espacios anejos a la misma como los garajes o trasteros. En este momento, la jurisprudencia es favorable a la posibilidad de incluirlos, lo que implica que el Juez también podrá decidir acerca de la atribución del uso de dichos anejos.

Otro debate que se ha planteado, especialmente hace unos años, es el relativo a la determinación de la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar. Actualmente es mayoritaria la opinión de los autores que lo califican como un derecho de carácter personal, y no como un derecho real.

Segunda.- En cuanto al origen de la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar, éste puede tener su origen en un convenio regulador o en una resolución judicial. En los supuestos de separación o divorcio de mutuo acuerdo, los cónyuges presentarán un convenio regulador en el que se recogerá el acuerdo al que hayan llegado, entre otros aspectos, en cuanto a la atribución de uso de la vivienda familiar y

en estos casos, en la medida de lo posible, se intentará respetar la voluntad de los cónyuges. Ahora bien, en los supuestos contenciosos en los que es el juez el que ha de decidir la atribución de la vivienda, deberá tener en cuenta los criterios fijados en el artículo 96 C.c. Entre otras circunstancias, el Juez deberá ponderar especialmente si existen o no hijos comunes y, en el caso de que existan y sean menores de edad, deberá tener en cuenta el régimen de custodia que se va acordar tras la nulidad, separación o divorcio.

Tercera.- Los criterios para decidir a qué cónyuge se atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial se recogen en el artículo 96 del Código civil. Con carácter general, del contenido del artículo 96 C.c. se deduce que la titularidad sobre la vivienda familiar no es un dato determinante a la hora de atribuir el uso de la misma, por lo que el adjudicatario del uso de la vivienda puede ser el cónyuge que no ostente título alguno sobre ella, bien por haberle sido atribuida la guarda y custodia de los hijos comunes o, a falta de éstos, por ser el cónyuge que ostenta el interés más necesitado de protección.

En concreto, el primer criterio a tener en cuenta para determinar la atribución del uso de la vivienda familiar es el de la protección de los hijos, y en este sentido el primer apartado del citado precepto afirma que, en defecto de acuerdo entre los cónyuges aprobado por el juez, se atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos y, por ende, al cónyuge en cuya compañía queden, es decir, al cónyuge custodio.

El segundo criterio recogido en el artículo 96 C.c, establece que cuando una parte de los hijos permanece bajo la custodia de un progenitor y la otra parte permanece en compañía del otro progenitor, el Juez decidirá lo que estime conveniente conforme a su buen criterio.

Por último, en el párrafo tercero del artículo 96 C.c. se indica que a falta de hijos, la atribución del uso de la vivienda familiar se llevará a cabo atendiendo al interés más necesitado de protección, personificado en uno de los dos cónyuges, y no en atención al dato de la titularidad sobre la vivienda. Este criterio del artículo 96.3 C.c. también lo aplica la jurisprudencia en los supuestos en que únicamente concurren hijos mayores de edad independientes económicamente.

Cuarta.- La aplicación del primer párrafo del artículo 96 C.c. plantea algunas dudas, por lo que creemos que sería conveniente reformar su redacción para determinar el alcance del término *hijos*, en el sentido de precisar que se refiere únicamente a los hijos menores de edad, así como para poner de manifiesto que cuando estamos ante una guarda y custodia monoparental de los hijos, no ha de atribuirse de modo automático el derecho de uso de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge custodio, sino que en esos casos también cabe atribuir el uso al cónyuge no custodio si resulta ser el más necesitado de protección. Pensamos que es necesario tener presente que el interés más necesitado de protección no tiene por qué estar representado de modo exclusivo y en todo caso por los hijos menores de edad.

Con una nueva redacción en términos similares a los propuestos se evitarían las consecuencias poco adecuadas que a veces se han producido en la práctica fruto de una aplicación literal del citado precepto, que ha dado lugar a una protección automática de los menores en detrimento del interés del grupo familiar entendido en sentido amplio, que abarca a todos y cada de los miembros que integran la unidad familiar. Mientras tanto, creemos que lo más acertado es entender que lo previsto en el artículo 96.1 C.c. es un criterio orientador que admite excepciones, de forma que aunque en principio el interés más digno de protección estará personificado en los hijos e indirectamente en el cónyuge custodio de los mismos, ello no debe impedir que en casos de custodia monoparental se pueda asignar el derecho de uso de la vivienda al cónyuge no custodio si se demuestra que ostenta el interés más necesitado de protección.

En este sentido, cabe poner de relieve algunos de los factores a tener en cuenta a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio, como son la capacidad económica de cada progenitor, el hecho de que el cónyuge custodio titular del derecho de uso de la vivienda empiece una convivencia de hecho con una tercera persona o que el cónyuge custodio al que inicialmente se le atribuyó el uso de la que era vivienda familiar efectivamente no haga uso de la misma.

Quinta.- Otra crítica que se puede hacer al artículo 96 C.c. es que los criterios que recoge respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar resultan insuficientes para afrontar todos los supuestos que se plantean en la práctica. En dicho precepto no se aborda, por ejemplo, la atribución del uso de la vivienda familiar cuando se decreta la

guarda y custodia compartida, lo que hubiese sido deseable dada la importancia que en los últimos años ha adquirido este régimen de custodia en España; y tampoco se dice nada respecto a cómo se atribuye el uso de la vivienda familiar si únicamente concurren hijos mayores de edad dependientes económicamente. En cuanto a este último supuesto no existe un criterio jurisprudencial uniforme, en algunos casos los Tribunales optan por aplicar el criterio del artículo 96.1 C.c. al entender que los hijos mayores de edad dependientes económicamente están incluidos en el término *hijos* del citado precepto, mientras que en otros casos deciden aplicar el criterio de pareja sin hijos del artículo 96.3 C.c., al considerar que los deberes inherentes a la patria potestad cesan cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad a pesar de que dependan económicamente de sus padres.

Respecto a las pautas a seguir para decidir la atribución de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida, inicialmente se optó por la aplicación analógica del artículo 96.2 C.c, que dispone que el Juez decidirá lo procedente. Pero como de esta forma no se resolvía la cuestión, actualmente la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia han optado por aplicar el criterio establecido en el art 96.3 C.c., y se atribuye el uso de la vivienda familiar al cónyuge que presente el interés más necesitado de protección. No obstante, hay que destacar que algunas Comunidades Autónomas como Cataluña, Aragón y la Comunidad Valenciana han regulado el tema de la atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de guarda y custodia compartida y han optado por decidir la atribución a favor del cónyuge más necesitado de protección. Es decir, han seguido el mismo criterio del artículo 96.3 C.c., pero han regulado expresamente que esa es la forma de proceder en los casos de guarda compartida, solución que nos parece acertada.

En los supuestos de custodia compartida también se ha de tener en cuenta que la jurisprudencia perfila distintas modalidades de atribución de la vivienda familiar, siendo el sistema de *domicilio fijo* y el de *domicilio rotario* los sistemas más habituales en la práctica. En el primero, también denominado *vivienda nido*, son los hijos menores de edad quienes permanecen de manera estable en la vivienda familiar y los padres se van alternando en el uso de la misma durante los periodos de tiempo en que les corresponda ejercer la guarda y custodia de los hijos. En el sistema de domicilio rotatorio cada uno de los progenitores tendrá un domicilio fijo, normalmente a uno de ellos se le habrá atribuido el uso de la vivienda familiar por ser el más necesitado de protección mientras

que el otro dispondrá de otra vivienda (ya sea en propiedad o en alquiler), y son los hijos quienes se trasladan al domicilio de cada progenitor durante el periodo de tiempo que tengan que estar bajo su custodia.

Sexta.- La existencia de violencia de género es un factor que puede influir a la hora de decidir la atribución del uso de la vivienda familiar. Cabe mencionar que en estos casos se siguen aplicando los criterios del artículo 96 C.c., concretamente los párrafos primero o tercero, dependiendo de si la pareja tiene o no hijos en común. Por tanto, a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar el criterio es el mismo exista o no violencia de género, ya que en ambos casos el Juez debe buscar proteger el interés de los menores y el del miembro de la familia más necesitado de protección, y ese interés normalmente recae en el cónyuge víctima de violencia de género.

Ahora bien, en este tema resulta de gran trascendencia lo establecido en el artículo 544 ter de la LECrim, en virtud del cual en la orden de protección para las víctimas de violencia de género pueden acordarse medidas cautelares civiles previas a un procedimiento de familia como, por ejemplo, la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, medida que actualmente se acordará por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que corresponda y ya no por los Juzgados de Instrucción.

Séptima.- Un supuesto que plantea unos problemas específicos es el que se produce cuando la vivienda familiar no es propiedad de ninguno de los cónyuges, sino que el titular es un tercero que les cedió gratuitamente el uso de la misma. En la práctica surgen especialmente conflictos cuando tras la ruptura matrimonial se atribuye judicialmente el uso de la vivienda al cónyuge que no tiene vínculos afectivos o familiares con el titular del inmueble. Durante un tiempo los Tribunales no seguían un criterio uniforme a la hora de resolver estos casos, pero desde hace algunos años existe una jurisprudencia asentada al respecto, en el sentido de que el tercero propietario puede instar una acción de desahucio por precario para recuperar el uso de la vivienda en cualquier momento, y esta acción prosperará, salvo que existan pruebas fehacientes de que estamos ante un comodato (préstamo de uso con plazo). De no existir dichas pruebas, se estimará que estamos ante un precario, y esta situación posesoria puede

cesar en cualquier momento en que el propietario de la vivienda reclame el uso de la misma, sin necesidad de alegar justificación ninguna.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “La víctima de violencia de género y la atribución de la vivienda familiar”, en DE HOYOS SANCHO, M. (coord.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

BAENA RUIZ, E., *La vivienda familiar*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 1, CGPJ, 1992.

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

GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2013.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida”, *Diario La Ley*, nº 7206, 2009.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., “¿Pueden los divorciados vivir en la misma casa?”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 5/2012, BIB 2012/1316, Pamplona, 2012.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. A., “Atribución del uso de la segunda vivienda. Soluciones de las Audiencias Provinciales”; *Artículo Monográfico SEPIN*, enero de 2008.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año 84, nº710, 2008.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el Derecho de cosas”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2013.

IGLESIA MONJE, M^a.I. DE LA, “Custodia compartida y el derecho del uso de la vivienda familiar”, en Análisis crítico de jurisprudencia, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, julio-agosto de 2012.

IGLESIA MONJE, M.I. DE LA, “Los hijos mayores de edad y la atribución del uso de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 88, núm.733, 2012.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Dykinson, Madrid, 2008.

LACRUZ BERDEJO, J. L., “Introducción al estudio del hogar y ajuares familiares”, en VILADRICH BATALLER, J., *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Eunsa, Pamplona, 1986.

MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (artículo 96 párrafo 1, 2 y 3 CC)*, Aranzadi, Navarra, 2005.

MOLL DE ALBA LACUVE, CH., *La atribución y distribución del uso de la vivienda familiar en el proceso de familia en el Código Civil de Cataluña: análisis de las principales novedades civiles y los aspectos fiscales*, Atelier, Barcelona, 2011.

MORENO VELASCO, V., “Atribución del uso de inmuebles distintos de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de parejas de hecho”, *Diario La Ley*, nº 7105, 2 de febrero de 2009.

MORENO VELASCO, V., “La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores”, *Diario La Ley*, nº 7843, 2012, LA LEY 4044/2012.

PANIZO Y ROMO DE ARCE, A., *El proceso matrimonial*, Texto adaptado a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, Colex, Madrid, 2000.

PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso de la vivienda familiar*, Bosch, Barcelona, 2011.

PLANES MORENO, M. D., *La vivienda familiar en los procesos de familia: una visión judicial*, Colex, 2009.

RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar”, [Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación](#), Lex nova, 1999.

SALAZAR BORT, S., *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.

TAPIA PARREÑO, J. J., “La custodia compartida en la doctrina de las Audiencias Provinciales”, en TAPIA PARREÑO, J. J., (Director), *Custodia compartida y protección de menores*, CGPJ, Madrid, 2010.

UREÑA CARAZO, B., “Vivienda familiar y custodia compartida (a propósito de la STS núm. 594/2014 de 24 de octubre)”, *Diario La Ley*, 2015.

VIGIL. A., “El TS insiste en que la custodia compartida debe ser el sistema "normal y deseable", *Diario La Ley*, nº 8733, 4 de abril de 2016.

JURISPRUDENCIA

SAP de Castellón de 15 de octubre de 1992 [AC 1992\1475].

STS de 2 de diciembre de 1992 [RJ 1992/10250].

STS de 18 de octubre de 1994 [RJ 1994\7722].

STS de 31 de diciembre de 1994 [RJ 1994/10330].

STS de 16 diciembre 1996 [RJ 1996\9020].

STS de 10 de marzo de 1998 [RJ 1998\1272].

SAP de Castellón de 20 de septiembre de 2000 [AC 2000/1796].

SAP de Vizcaya de 10 de enero de 2002 [JUR 2003/24348].

SAP de Barcelona (18^a), de 2 de septiembre de 2002 [JUR 2002\271492].

SAP de Barcelona de 3 de marzo de 2003 [JUR 2003/196943].

SAP de Baleares de 14 de abril de 2004 [JUR 2004\171566].

SAP Valladolid (1.^a), de 16 de abril de 2004 [JUR 2004\147048].

STS de 10 de febrero de 2005 [RJ 2005/922].

SAP de Jaén de 28 de abril de 2005 [JUR 2005/148995].

SAP de Baleares de 29 de junio de 2005 [JUR 2005\190190].

SAP de Barcelona, de 5 de julio de 2005 [JUR 2006/222910].

STS de 26 de diciembre de 2005 [RJ 2006\180].

SAP de Cádiz de 2 de mayo de 2006 [JUR 2007/129856].

SAP de Ávila de 12 de mayo de 2006 [JUR 2006/296802].

SAP Burgos (2.^a), de 30 de junio de 2006 [JUR 2006\228603].

SAP de Almería de 19 de marzo de 2007 [AC 2007/505].

STSJ Cataluña de 5 de septiembre de 2008 [RJ 2009/1449].

STS de 2 de octubre de 2008 [RJ 2008\5587].

SAP de Tenerife de 9 de diciembre de 2008 [JUR 2009\116594].

SAP de Asturias de 20 de febrero de 2009 [JUR 2009/224470].

SAP A Coruña (5.^a), de 16 de abril de 2009 [JUR 2009\284114].

SAP Vizcaya (4.^a), de 29 de mayo de 2009 [JUR 2009\344389].

STS de 30 de junio de 2009 [RJ 2009\4244].

SAP de Granada, de 6 de noviembre de 2009 [JUR 2010\45145].

STS de 18 de enero de 2010 [RJ 2010\1274].

SAP Madrid (12.^a), de 29 de marzo de 2010 [AC 2010\1211].

STS de 8 de octubre de 2010 [RJ 2010\7445].

SAP Sevilla de 14 de junio de 2011 [JUR 2011\381323].

STS de 21 de junio de 2011 [JUR 2011/236085].

STS de 5 de septiembre de 2011 [RJ 2011/5677].

STS de 10 de octubre de 2011 [JUR 2011/440852].

SAP de Baleares de 17 de noviembre de 2011 [AC 2011/1755].

SAP de Murcia de 24 de noviembre de 2011 [JUR 2011/431669].

SAP de Sevilla (2.^a), de 22 de febrero de 2012 [JUR 2012\298922].

STS de 9 de mayo de 2012 [RJ 2012/5137].

SAP de Madrid de 22 de junio de 2012 [AC 2012\1132].

SJVM nº2 de Bilbao, de 16 de julio de 2012 [JUR 2013\102387].

STC nº 185/2012, de 17 de octubre de 2012 [RTC 2012\185].

STS de 5 de noviembre de 2012 [RJ 2012/10131].

STS de 29 de abril de 2013 [RJ 2013/3269].

SAP de Sevilla de 10 de septiembre de 2013 [JUR 2014\46278].

SAP de Barcelona (18ª), de 27 de septiembre de 2013 [JUR 2013\355324].

STS de 11 de noviembre de 2013 [RJ 2013\7262].

STS de 12 de febrero de 2014 [RJ 2014\2090].

SAP de Ciudad Real, de 6 de marzo de 2014 [JUR 2014\91899].

SJVM nº6 de Santa Coloma de Gramenet (Barcelona), de 28 de marzo de 2014 [JUR 2014\190574].

STS de 16 de octubre de 2014 [RJ 2014\5165].

STS de 24 de octubre de 2014 [RJ 2014/5180].

STJS Cataluña de 30 de octubre de 2014 [RJ 2014\6674].

SAP de Las Palmas de 3 de diciembre de 2014 [JUR 2015\90214].

SAP de Málaga (6ª), de 17 de febrero de 2015 [JUR 2015\226087].

STS nº 194/2016, de 29 de marzo de 2016 [JUR 2016\64194].