



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Privado

Derecho Civil

Curso 2017/2018

**VIVIENDA FAMILIAR:
DERECHO DE USO Y
ATRIBUCIÓN**

Nombre de la estudiante: Sonia Esteban González

Tutora: Dr^a. D^a. Nieves Martínez Rodríguez

Junio de 2018

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Privado

Derecho civil

**VIVIENDA FAMILIAR: DERECHO
DE USO Y ATRIBUCIÓN**

**FAMILY DWELLING: RIGTH OF
USE AND ATTIBUTION**

Nombre de la estudiante: Sonia Esteban González
e-mail de la estudiante: soniaesteban@usal.es

Tutora: Dr^a. D^a. Nieves Martínez Rodríguez

RESUMEN

La atribución de la vivienda familiar en los casos de nulidad, separación o divorcio tienen una gran incidencia para los cónyuges y los hijos comunes del matrimonio debido a que es uno de los bienes más importantes de la familia. Como consecuencia de esta importancia la vivienda familiar es objeto de una especial protección en el artículo 96 del Código Civil. En este trabajo se analizará cuándo una vivienda adquiere esta protección, quiénes son las personas que quedan comprendidas en esta protección que se otorga a la vivienda familiar, los criterios que hay que tener presentes en el momento de la atribución (el interés más necesitado de protección, la titularidad, en función del régimen de custodia que se haya acordado respecto de los hijos o incluso qué ocurre cuando no hay hijos en el matrimonio). Se analizará, finalmente, qué ocurre con la vivienda familiar cuando hay violencia de género y la situación de los cónyuges respecto a la vivienda familiar cuando no es propiedad de ninguno de los cónyuges, sino de una tercera persona.

PALABRAS CLAVE: matrimonio, vivienda familiar, derecho de uso, atribución, hijos menores, interés más necesitado de protección.

ABSTRACT

The attribution of the family dwelling in cases of annulment, separation or divorce have a great incidence for the spouses and joint children of the marriage because it is one of the most important assets of the family. As a consequence of this importance, the family home is subject to special protection in article 96 of the Civil Code. This work will analyze when a home acquires this protection, who are the people that are included in this protection that is granted to the family dwelling, the criteria that must be borne in mind at the time of attribution (the interest most in need of protection, ownership, depending on the custody regime that has been agreed with regard to the children or even what happens when there are no children in the marriage). Finally, we will analyze what happens with the family dwelling when there is gender violence and the situation of the spouses with respect to the family dwelling when it is not owned by either of the spouses, but it is owned by a third person.

KEYWORDS: marriage, family dwelling, right of use, attribution, minor children, interest most in need of protection.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	7
2. VIVIENDA FAMILIAR	8
2.1. Concepto	8
2.2. Delimitación del espacio de la vivienda familiar.....	12
2.2.1. Garajes y trasteros	12
2.2.2. Segundas residencias.....	13
2.2.3. Viviendas por motivos laborales o académicos	14
2.2.4. Viviendas mixtas con locales comerciales.....	14
3. EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR	15
3.1. Naturaleza jurídica	15
3.2. Titularidad y beneficiarios	17
3.2.1. Hijos mayores de edad	18
3.2.2. Hijos comunes y/o no comunes	20
3.2.3. <i>Nascituri</i>	20
4. ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR	21
4.1. Criterios para la atribución del uso de la vivienda.....	21
4.2. Momento de la atribución de la vivienda familiar	25
4.2.1. Atribución mediante convenio regulador.....	25
4.2.2. Atribución mediante un procedimiento contencioso	25
4.3. Tipos de atribución del uso de la vivienda familiar.....	27
4.3.1. Atribución en casos de guarda y custodia en exclusiva	27
4.3.2. Distribución de los hijos entre los padres	32
4.3.3. Atribución en casos de guarda y custodia compartida.....	33
a. Sin cambio de residencia para los hijos.....	34
b. Con cambio de residencia para los hijos	34
4.3.4. Atribución del uso en matrimonios sin hijos	35

5. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA	37
6. USO Y ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD DE UN TERCERO	39
6.1. Vivienda arrendada	39
6.2. Vivienda en cesión gratuita.....	42
7. CONCLUSIONES	47
BIBLIOGRAFÍA	50
LEGISLACIÓN	53
JURISPRUDENCIA	55

ABREVIATURAS

Art. / Arts.	Artículo / Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
FJ	Fundamento Jurídico
RH	Reglamento Hipotecario
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

1. INTRODUCCIÓN

Durante el proceso de crisis matrimonial una de las medidas más importante, y sobre la que más conflictos surgen, junto a las referentes a la custodia de los hijos y una posible pensión de alimentos, son las que hacen referencia a la vivienda debido a su gran importancia, no solo desde el aspecto económico, sino también social, pues determina el entorno físico en el que la persona se desenvuelve cotidianamente, llegando a constituir causa de hábitos y amistades¹.

Ahora bien, cuando la vivienda se denomina “familiar” deja de referirse a un solo sujeto y se refiere al conjunto de individuos que conforman la familia, como institución básica de la sociedad, lo cual la hace merecedora de una protección especial. Esta protección radica conjuntamente en el art. 39 CE, donde se recoge que “*los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*”, y en el art. 47 CE, que recoge el derecho de todos los españoles “*a disfrutar de una vivienda digna y adecuada*”, lo cual será promovido por los poderes públicos.

Por todo esto la vivienda familiar tiene un régimen especial diferente del de otros bienes, teniendo una gran importancia las modificaciones que se realizaron del Código Civil en 1981 por la Ley 11/1981² (relativa al régimen económico del matrimonio) y, especialmente en esta materia de vivienda familiar al suponer una modificación del art. 96 CC referente a los criterios de su atribución, la Ley 30/1981³ (relativa a los efectos comunes en las crisis conyugales).

Tras el matrimonio se tiene que configurar de común acuerdo entre los cónyuges (o, en su defecto, mediante una resolución judicial) cual es el domicilio conyugal, con lo que el cónyuge no titular de la misma adquiere una serie de expectativas de alojamiento y de convivencia con el cónyuge (y, en su caso, los hijos) que al afectar a una necesidad básica de las personas tienen que ser tuteladas por la jurisprudencia cuando acontece una situación de crisis en la pareja -nulidad, separación o divorcio. Basándose en esas expectativas se permite que el cónyuge no titular pueda continuar temporalmente residiendo en la vivienda familiar solicitando el derecho de uso de la misma (supeditado a que ostente el interés más necesitado de protección). Ahora bien, con esta protección

¹ RAMS ALBESA, Joaquín J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987, pp 100 y ss

² Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981, páginas 10725 a 10735.

³ Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981, páginas 16457 a 16462.

no se pueden lesionar los derechos del cónyuge titular, que también ostenta una protección fundamental incardinada, en este caso, en su derecho a la propiedad privada del art. 33 CE.

Por ello y porque las decisiones sobre la vivienda afectarán a los hijos que tenga el matrimonio, aunque se deja un amplio margen de autonomía para determinar la atribución del uso de la vivienda familiar (convenio regulador) en los casos en que el proceso sea de mutuo acuerdo, siempre estará presente la intervención judicial siendo necesaria su aprobación del convenio (esto sucederá cuando no sea perjudicial ni para los menores ni para ninguno de los cónyuges).

Hay que tener en cuenta que la atribución del uso de la vivienda familiar, que puede producirse tanto en las medidas previas o provisionales (art. 104 CC), como en las provisionales (art. 103.2ª CC)⁴ y en las definitivas (art. 96 CC), tendrá un carácter temporal⁵ pues mediante estas medidas se puede privar al titular del bien de su uso, que constituye una facultad fundamental del derecho que ostenta sobre el mismo.

En todo caso, la respuesta final a la atribución de la vivienda tras una crisis matrimonial (separación, divorcio o nulidad) debido al marco normativo vigente, a la realidad social y la evolución de la autonomía de la voluntad en este ámbito será distinta en cada caso concreto. Se tendrá en cuenta si realmente estamos en presencia de una vivienda familiar (segunda residencia, local mixto, vivienda por motivos laborales, etc.), si existen hijos comunes en el matrimonio, si son menores o si alguno de los cónyuges está en una situación de especial protección.

2. VIVIENDA FAMILIAR

2.1. Concepto

La vivienda familiar se protege como bien familiar y no patrimonial⁶ (STS de 31 de diciembre de 1994) puesto que conforma un bien que está al servicio del interés de la

⁴ CALDERÓN CUADRADO, María Pía: *Medidas provisionales en nulidad, separación y divorcio. La aplicación práctica de los artículos 102 a 106 del CC y 771 a 773 de la LEC*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 170 y ss.

⁵ Aunque la postura mayoritaria es considerar la temporalidad de la atribución, también se entiende que el uso de la vivienda familiar no puede ser limitado jurisdiccionalmente cuando existen hijos menores porque se protegen sus intereses, los cuales deben prevalecer sobre los intereses de los progenitores (STS de 1 de abril de 2011). De esta forma no se protege el derecho de propiedad sobre el bien, sino los derechos de los menores cuando los progenitores están en una situación de crisis matrimonial. Esta línea ha sido seguida en diversas sentencias posteriores, como la STS de 18 de mayo de 2015, que considera que a través de la aplicación del art. 96.1 CC no se pueden establecer limitaciones a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, salvo si existe un acuerdo entre los progenitores.

⁶ GIL MEMBRADO, Cristina: *La Vivienda Familiar*. Editorial Reus, Madrid, 2013, p. 13.

familia por encima del interés individual de cada una de las personas que formen la entidad familiar en cuestión. Esta protección tiene su origen en las referencias constitucionales a la familia (art. 39.1 CE: “*Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*”) y al derecho a tener una vivienda digna (concebido como un principio rector en el art. 47 CE, que se refiere a él como un derecho de todos los españoles que deberán promover los poderes públicos mediante las normas pertinentes y estableciendo las condiciones necesarias).

La protección que se hace de la vivienda se extiende desde la convivencia hasta el momento en el que se produce la crisis matrimonial puesto que es el “*medio patrimonial que cumple la continuidad de la vida familiar, aunque fragmentada, pero con predominio tutelador de los intereses de los hijos matrimoniales*” (STS de 18 de octubre de 1994). La extensión de la protección se fundamenta en el interés de proteger a la parte familiar más desfavorecida en estas situaciones, normalmente los hijos.

Aunque sobre la vivienda familiar se toman algunas de las decisiones de mayor trascendencia tras una separación, divorcio o nulidad matrimonial y a pesar de que el CC se refiere en ocasiones a ella con diversos términos, como “vivienda familiar” (arts. 90, 91, 96, 103.2ª y 1357), “vivienda habitual” (art. 1320) o vivienda donde tengan su residencia habitual los cónyuges (art. 1406), no se da una definición concreta de la misma. Esta inseguridad jurídica ha tenido que ser solucionada por la doctrina y la jurisprudencia⁷, quienes definen la vivienda familiar como el lugar donde habitualmente y con continuidad se desarrolla la convivencia de la familia y donde priman los intereses de la familia como entidad propia frente a los particulares. En esta línea se manifiesta el Tribunal Supremo en la Sentencia de 31 de mayo de 2012: “*la aplicación del art. 96 CC exige que (...) constituyan la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia*”.

La vivienda familiar está muy relacionada con el domicilio conyugal, entendido como el lugar donde habitualmente se localiza conjuntamente a ambos cónyuges y se ejerce la relación jurídica existente entre ellos, pues es el antecedente de la vivienda familiar, puesto que solo tras dotar al domicilio conyugal de habitualidad y permanencia de la

⁷ En este sentido la SAP de Las Palmas de 25 de septiembre 2003 dice que la vivienda familiar es “*aquella donde, de manera permanente y estable y como centro de la vida doméstica han venido habitando los cónyuges e hija hasta el momento de producirse la crisis matrimonial*”. La SAP de Asturias de 24 de noviembre 2003 que la define como “*domicilio y hogar propio y estable donde se desarrollan normalmente los actos de vida doméstica*”.

familia en el mismo se estará ante la vivienda familiar⁸. El domicilio conyugal deriva de la obligación que tienen los cónyuges de vivir juntos (art. 68 CC) y de fijarlo de común acuerdo (ya sea expresa o tácitamente) o, en su defecto, por un Juez teniendo presente el interés de la familia (art. 70 CC).

Ello nos lleva a entender que, aunque haya una separación física de los cónyuges seguirá existiendo la vivienda familiar, ya que ésta se vincula no solo con la habitualidad y permanencia, sino también con el hecho de que ha sido fijada de común acuerdo por los cónyuges como tal, en tanto en cuanto no lleguen a otro acuerdo o haya una resolución judicial que la determine. Asimismo, el propio art. 105 CC determina que “*no incumple el deber de convivencia el cónyuge que sale del domicilio conyugal*”.

En este sentido la SAP de Murcia de 10 de diciembre de 2002 recoge que “*el hecho de que uno de los padres abandone o se marche de la vivienda donde la unión extramatrimonial residía no priva a aquella de su cualidad de familiar si todavía permanece en ella el núcleo mínimo que constituye la base de la unidad familiar. Otra cosa muy distinta sería que la madre y el hijo hubieran organizado su vida en otra casa, cesando en el uso de aquella, supuesto en que efectivamente habría dejado de ser familiar porque no se desarrollaban en ella las actividades que caracterizan y definen al ente parental*”.

Surge la duda de si la vivienda familiar seguirá ostentando la consideración de “familiar” aun cuando no existan hijos en el matrimonio. En este sentido una posición minoritaria considera que solo puede ser vivienda “conyugal”⁹. Sin embargo, la posición mayoritaria considera que desde el momento que se contrae el vínculo matrimonial se origina una familia, ello independientemente de que en ese momento inicial de la vida familiar exista o no descendencia¹⁰.

Debido a todo esto la doctrina tiene diversas interpretaciones de lo que puede llegar a abarcar el concepto “vivienda familiar”:

1) *Interpretación amplia*: la vivienda familiar abarca la residencia normal habitual de la familia y cualquier otra ocupada habitualmente para el desarrollo de actividades

⁸ SAP de Sevilla de 14 de junio de 2011: “*la vivienda familiar constituye la residencia normal, estable y permanente de la familia y el ámbito habitual del desarrollo de las relaciones conyugales y paternofiliales*”.

⁹ LETE DEL RIO, José Manuel: “Comentario del artículo 96”, en *Matrimonio y divorcio: comentarios al nuevo Título IV del Libro 1º del Código civil* (coord. LACRUZ BERDEJO, José L.), 2ª edición, Civitas, Madrid, 1994, p 147.

¹⁰ LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de derecho civil IV, Derecho de Familia*, vol. 1, 3ª edición, Dykinson, Madrid, 2008, p. 10.

típicamente familiares que se halle por cualquier título jurídico en disposición de los miembros de la familia (primeras y segundas residencias).

2) *Interpretación restrictiva*: solamente puede ser vivienda familiar la residencia habitual al momento de producirse la crisis, es decir, la primera residencia.

3) *Interpretación ecléctica*: independientemente de que sea primera o segunda residencia, puesto que se trata de un bien adscrito al interés familiar, se definirá como la vivienda familiar atendiendo a las circunstancias del caso concreto conforme al principio del *bonum fidi* (SAP de Baleares de 17 de noviembre de 2011).

El Tribunal Supremo ha sentado jurisprudencia en recientes pronunciamientos posicionándose a favor de la interpretación ecléctica. Así ocurre en la STS de 10 de octubre de 2011, entendiéndose que, cuando existen varias viviendas, aunque no sean domicilio familiar, su uso puede ser atribuido al cónyuge que represente el interés más digno de protección. Algunas Audiencias Provinciales entienden que también se puede considerar vivienda familiar aquella en la que no llegaron a convivir, pero que se adquiere con posterioridad a la crisis matrimonial para sustituir la que lo fue durante el vínculo matrimonial¹¹.

En todo caso, la vivienda sobre la que se podrá aplicar el art. 96 CC será la que tenía la consideración de familiar en el momento de la ruptura (SAP de Sevilla de 10 de enero de 2001) y no una vivienda posterior (salvo en el supuesto antes mencionado -nueva vivienda adquirida en sustitución de la anterior- para no sacrificar la protección que le proporciona el art. 96 CC) o la que no hubiera podido llegar a serlo puesto que no se haya instalado aun el matrimonio en la misma (SAP de Barcelona de 11 de noviembre de 2004 entiende que aunque había una expectativa de los cónyuges a fijar la residencia en una vivienda concreta, no se llegó a materializar como tal, lo cual “*hace que sea inviable la pretensión [...] al no tener la consideración de domicilio familiar*”).

Finalmente, la vivienda perderá el adjetivo de “familiar” tras la resolución judicial que decida sobre ella, que es el momento en que se acaba el domicilio conyugal para ser el domicilio individual del cónyuge al que se le ha atribuido¹², aunque posteriormente el legislador siga utilizando de manera reiterada el término “vivienda familiar” en diversos preceptos. Esto será así porque los efectos que tendrá el art. 96 CC, si bien se refieren a

¹¹ SAP de Pamplona de 27 de noviembre de 1993.

¹² ESPIAU ESPIAU, Santiago: *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Promociones y publicaciones universitarias, Barcelona, 1992, p. 199.

la vivienda familiar, solamente tendrán efectos una vez se haya dictado la sentencia correspondiente.

2.2. Delimitación del espacio de la vivienda familiar

Conviene determinar qué aspectos quedarán comprendidos dentro del concepto “vivienda familiar” y, en consecuencia, conformarán el objeto de la atribución del derecho de uso a uno u otro de los cónyuges en virtud del art. 96 CC, es decir, cuál será el contenido real de la vivienda familiar.

2.2.1. Garajes y trasteros

Que se pueda atribuir el uso de un garaje o trastero adjunto a una vivienda junto con la vivienda familiar, es decir, siga el destino de la vivienda familiar, dependerá de si se trata de una vivienda unifamiliar o si se trata de una vivienda en régimen de propiedad horizontal.

En el primer caso, cuando se trate de una vivienda unifamiliar parece lógico que el uso del garaje o trastero se atribuya simultáneamente con la vivienda, puesto que su aprovechamiento de forma independiente de la misma sería casi imposible al ser inherente a la propia vivienda. La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido en varias ocasiones, ya sea cuando se ha demostrado que su atribución conjuntamente con el resto de la vivienda es necesario para facilitar la vida diaria de la familia (SAP de Granada de 6 de noviembre de 2009) o por no haber probado suficientemente el aprovechamiento independiente del mismo (SSAP de Las Palmas de 9 de junio de 2003; de Valencia de 26 de noviembre de 2009). Incluso se ha llegado a negar el uso del mismo al padre, quien ejercía en el garaje su actividad económica basándose en la “*unidad que presenta el mismo, tanto registral como funcional*” (SAP de Barcelona de 2 de mayo de 2000).

Cuando es un garaje o trastero que pertenece a una vivienda en régimen de propiedad horizontal basándose en la independencia material que existe entre ambos espacios lo lógico es que el mismo no entre dentro de las medidas relativas a la vivienda familiar, pues en ningún caso el art. 96 CC puede servir para imponer sacrificios inútiles al titular no adjudicatario que aun así conservará la titularidad sobre el inmueble¹³ (SAP de Barcelona de 11 de enero de 2000).

¹³ MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, P. 1, 2 Y 3 CC). Teoría y práctica jurisprudencial*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, p. 56.

En este supuesto el uso de ese espacio relativo al garaje o trastero tendrá que determinarse conforme a las normas propias del régimen al que pertenezca, sean ganancial o privativo, y no conforme a las reglas que recoge el art. 96 CC para la vivienda familiar, que si serían aplicables en el primer supuesto.

2.2.2. Segundas residencias

Para que el destino de la vivienda pueda ser determinado conforme a las reglas recogidas en el art. 96 CC es necesario que esté dotada de la característica de habitualidad porque estén afectos a la actividad familiar y, aunque generalmente suceda en una sola vivienda (vivienda familiar principal), la cuestión que surge es si también puede hacer referencia a varios inmuebles o en inmuebles que sean segundas residencias y que se ocupen de forma estable y permanente.

Cuando nos encontramos ante el caso de una segunda residencia, que no tiene las características de habitualidad ni de permanencia, su destino (uso, administración o adjudicación) se determinará conforme al régimen económico matrimonial que corresponda (proceso de liquidación de gananciales si éste es el régimen). Esta postura es la mayoritaria en la jurisprudencia que suele decantarse por entender que en los procesos de familia la sentencia no puede afectar a “*segundas residencias de los esposos, no constitutivas de la sede habitual integradora del hogar familiar... las cuales deberán ser objeto de la oportuna liquidación del régimen económico del matrimonio*” (SAP de Barcelona de 11 de enero de 2000) (SSAP de Valencia de 4 de diciembre de 2002; 27 de marzo de 2003).

Sin embargo, algunas veces la jurisprudencia considera a las segundas residencias como vivienda familiar (SAP de Murcia de 2 de junio de 2003). Esta es una postura a la que autores como MONTERO AROCA se oponen al considerar que no se puede utilizar el art. 96 CC para decidir sobre bienes gananciales, aunque entiende que normalmente la jurisprudencia lo usa para alcanzar situaciones de justicia material en determinados supuestos que no están previstos legalmente¹⁴.

Recientemente se unificó la jurisprudencia en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2012 estableciendo que, si el procedimiento matrimonial es contencioso, en ningún caso se podrá atribuir una vivienda distinta de la principal que constituye la vivienda familiar. En los casos de las segundas residencias, como ponía de manifiesto

¹⁴ MONTERO AROCA, Juan: *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (la aplicación práctica del artículo 96 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 37.

parte de la doctrina, se tendrán que determinar conforme al régimen económico que ostenten en el momento de la crisis.

El Código de Familia de Cataluña, no obstante, permite que se atribuya el uso de las demás viviendas que tenga la familia (art. 233-20.6), siempre que sea más idónea para satisfacer las necesidades de vivienda del cónyuge y de los hijos.

Sin embargo, la Ley valenciana 5/2011¹⁵ expresamente excluía que se pudiera atribuir una segunda residencia conforme a las reglas del art. 6, relativas a la vivienda familiar.

2.2.3. Viviendas por motivos laborales o académicos

Existen situaciones en las que la presencia de una segunda residencia se debe a motivos coyunturales, ya sean laborales o académicos. Esta vivienda gozará de las medidas de protección para la vivienda familiar, pues se podrá considerar como tal siempre que persista el interés que en principio originó su atribución¹⁶, siempre y cuando responda a los intereses de la familia y no al interés particular de uno de los cónyuges.

Asimismo, la vivienda principal tendrá la consideración de familiar siempre que la ausencia se deba a motivos laborales y la duración de dicha ausencia no sea permanente (SAP de Murcia de 27 de enero de 2011). También se admite la consideración de familiar de la vivienda que es ocupada durante el curso escolar por los hijos¹⁷.

2.2.4. Viviendas mixtas con locales comerciales

En principio, la aplicación del art. 96 CC a los locales de negocios queda excluida, puesto que en ellos no se dan las notas de habitualidad y permanencia necesarias para que una vivienda se considere familiar y poder determinar la atribución de la misma conforme a dicho precepto.

La solución más común en la jurisprudencia cuando se trata de una vivienda mixta es intentar realizar la separación entre la parte dedicada a la vida familiar y la parte donde se localiza el negocio, siempre que ello sea posible. Una muestra de esta postura es la STS de 9 de mayo de 2012 donde se considera improcedente que se atribuya a la esposa

¹⁵ Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares con los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (DOGV núm. 6495 de 5 de abril de 2011). Esta ley fue declarada inconstitucional y derogada en su totalidad por la STC 192/2016, de 16 de noviembre.

¹⁶ HERRERO GARCÍA, María José: “Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código Civil”, en *Libro homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño* (coord. BELTRÁN DE HEREDIA ONÍS, Pablo), Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984, p. 298.

¹⁷ LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de derecho civil IV, Derecho de Familia*, cit., p. 290.

una parte de la vivienda propiedad del esposo en condición de despacho profesional, pues no era parte del domicilio familiar.

Puede que el local comercial tenga la característica de mixto puesto que el local sea el lugar donde se ejerce la actividad comercial de algún miembro de la pareja y al mismo tiempo se desarrolla la convivencia familiar. En esta situación se aplicarían los criterios de la vivienda familiar (SAP de Valencia de 25 de enero de 1994 y SAP de Barcelona de 9 de mayo de 2000).

3. EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

3.1. Naturaleza jurídica

Tras la ruptura matrimonial, y con ello la obligación de convivencia de los cónyuges (art. 68 CC), hay que determinar el futuro de la vivienda familiar (quién la seguirá habitando o qué medida se toma con respecto a la misma) y ello se hará de forma independiente a quien sea el titular de la vivienda debido a que se trata de un bien que está al servicio de la familia, es decir, está afectado por el interés familiar (tanto durante la convivencia como en la crisis). Además, no solo se trata de proteger el interés familiar, sino también el interés de la parte más débil. Por todo ello nace en este momento la posibilidad de atribuir el derecho de uso de la vivienda a una de las partes.

Una cuestión discutida de este derecho de uso que surge sobre la vivienda familiar es su naturaleza jurídica, concretamente se discute sobre si se trata de un derecho real o personal. Además, esta cuestión tiene mayor incidencia cuando se atribuye el derecho de uso al cónyuge que no es titular de la vivienda familiar, al cual se le concede la facultad de ocuparlo durante un tiempo concreto.

Esto es importante, pues en el primer caso (real), el derecho tendrá efectos *erga omnes* fuera del procedimiento en el que se haya otorgado siendo posible inscribirlo en el Registro de la Propiedad y, por el contrario, en el segundo caso (personal), solo surtirá efectos en el procedimiento matrimonial que se esté llevando a cabo entre los cónyuges¹⁸ pues es un derecho que surge en atención a los intereses que se tratan de tutelar. También hay autores que consideran existe una posición intermedia¹⁹.

¹⁸ GIL MEMBRADO, Cristina: *La Vivienda Familiar*, cit., p. 74.

¹⁹ LACRUZ BERDEJO, José Luis: "Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prologo" en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales* (coord. por VILADRIK, Pedro J.), Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, pp. 27-28.

Quienes consideran en la doctrina que se trata de un derecho personal con naturaleza de crédito, posición por la que la jurisprudencia se ha pronunciado en alguna ocasión²⁰, entienden que se este derecho será oponible a terceros y, según establece el art. 96.2 RH²¹, puede acceder al Registro de la Propiedad mediante una nota marginal.

Otras veces la jurisprudencia lo ha considerado como un derecho real con el efecto principal de que tendrá una oponibilidad frente a todos. De ello deriva que el derecho de uso de la vivienda concedido a una de las partes, independientemente de si era una vivienda ganancial, privativa o en copropiedad, prevalecerá ante la reclamación de una tercera persona que hubiera adquirido la vivienda tras la división de la misma²².

Sin embargo, existen diversas características de los derechos reales que no tiene el derecho de uso de la vivienda. En ningún caso el derecho de uso sobre la vivienda, en caso de considerarlo real, atribuirá un poder absoluto sobre la vivienda, sino limitado al aprovechamiento de la misma.

En este sentido los derechos reales de usufructo o habitación recaen sobre bienes ajenos (arts. 467 y 524 CC respectivamente), mientras que es habitual que la vivienda familiar sobre la que reposa el derecho de uso sea propiedad de ambos cónyuges. Asimismo, el derecho de usufructo es un derecho disponible²³ y vitalicio²⁴, lo cual contrasta con el carácter intransmisible y temporal del derecho de uso sobre la vivienda familiar.

Finalmente, la postura intermedia ha sido mantenida también en algunas ocasiones por el Tribunal Supremo, concretamente como un derecho de carácter familiar y cuasi-real²⁵. La DGRN²⁶ también ha defendido esta postura al considerar que la atribución de este derecho al cónyuge no titular mediante una resolución judicial limita la facultad de disponer del otro cónyuge, pues es necesario para ello el consentimiento de la otra parte o, en su defecto, autorización judicial.

En este sentido el TS crea jurisprudencia en la sentencia de 18 de enero de 2010 que considera que el derecho de uso de la vivienda supone una limitación al derecho de

²⁰ STS de 25 de abril de 1994: “no tiene en sí mismo considerado la naturaleza de derecho real, pues se puede conceder igualmente cuando la vivienda está arrendada y no pertenece a ninguno de los cónyuges”.

²¹ “Las resoluciones judiciales que afecten a la administración o disposición de los bienes de los cónyuges se harán constar por nota marginal”.

²² SSTS de 14 de julio de 1994 y de 22 de abril de 2004.

²³ Art. 480 CC: “Podrá el usufructuario aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito”

²⁴ Art. 513 CC: “El usufructo se extingue: 1º por muerte del usufructuario”.

²⁵ SSTS de 14 de enero de 2001; de 8 de octubre de 2010; 27 de febrero de 2012.

²⁶ DGRN 31 de marzo de 1995, 28 de mayo de 2008 y 5 de junio de 2008.

disposición que tiene el titular o propietario de la vivienda, pues el apartado 4º del art. 96 CC recoge la obligación de obtener el consentimiento de ambas partes para llevar a cabo actos de disposición sobre la vivienda o, en su caso, la autorización judicial.

Por tanto, en la actualidad se entiende que se trata de un derecho familiar y no real, lo cual se deriva de la ubicación sistemática del precepto que recoge este derecho y de que se atribuirá el uso de la vivienda al interés más digno de protección que, en el caso de que existan hijos serán ellos, y, en su defecto, al cónyuge más necesitado de protección (esto puede ocurrir incluso si existen hijos siempre que se den una serie de circunstancias).

3.2. Titularidad y beneficiarios

El art. 96 CC establece que “*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*”. Esto plantea la duda de si la titularidad del derecho recae en el cónyuge, en los hijos o en ambos conjuntamente.

Existe una postura jurisprudencial minoritaria que considera titulares a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, para lo cual alegan la literalidad del art. 96 CC. En este sentido existe la SAP de Barcelona de 18 de febrero de 2000, en virtud de la cual la vivienda: “*debe asignarse a las hijas y al cónyuge en cuya compañía queden de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del art. 96 CC, y no a la esposa de forma resolutive como hace el Juzgador de Instancia en la resolución apelada, ni tampoco a las hijas como postula el padre*”. Sin embargo, esta postura ha sido superada.

La posición predominante es la que considera que el derecho de uso recae sobre el cónyuge, es decir, es el titular del mismo²⁷. Ahora bien, ello no es óbice para que el derecho que se atribuya al progenitor sea un derecho *per relationem*, debido a la relación con sus hijos pues se le atribuye la guardia y custodia en exclusiva, o a ambos (si es compartida). La principal consecuencia es que si se modifica la guardia y custodia se modificará el derecho de uso de la vivienda, pues se le concederá al nuevo guardador del menor en virtud de la relación que tiene con él.

Por la previa relación matrimonial entre los cónyuges la vivienda familiar se tiene que atribuir a uno de los progenitores por lo que la principal opción es concedérsela al cónyuge que ostente la guarda y custodia de los hijos, pues así también se da satisfacción al interés de los menores²⁸.

²⁷ *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*, Lefevre-El Derecho, Madrid, 2016, p. 32.

²⁸ MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: *Criterios de atribución...*, cit., p. 239.

Se considera que los hijos serán los beneficiarios del derecho de uso y no podrán ser titulares pues, al tratarse de un derecho familiar, el interés que se trata de proteger con el derecho difiere de la titularidad del derecho, es decir, el interés que se tutela es familiar mientras que el cónyuge a quien se atribuye el derecho será el único titular, puesto que será a él a quien se le atribuyen las facultades que ese derecho conllevan²⁹. La DGRN ha negado la intención de hacer constar junto a este derecho el nombre de los hijos, pues ello llevaría a considerar a los hijos como titulares del derecho de uso de la vivienda³⁰.

En la legislación autonómica de Cataluña se establece claramente la titularidad del cónyuge, pues el uso de la vivienda familiar se atribuirá de forma preferente, en caso de que no hubiera acuerdo entre los cónyuges, por parte del Juez “*al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure ésta*” (art. 233-40 del Código Civil Catalán). En este caso también se observa que se trata de un derecho *per relationem*, como ocurre en el art. 96 CC.

3.2.1. Hijos mayores de edad

El art. 96 CC solo hace referencia a los hijos de forma general, sin especificar si éstos tienen que ser solo menores o pueden ser también mayores de edad. Esto tiene como efecto que la interpretación del concepto “hijos” queda abierta a considerar que quedan amparados por el derecho de uso tanto los hijos menores de edad como los hijos mayores.

La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia entienden que la atribución del uso de la vivienda familiar en base al art. 96 CC solo es posible para los hijos menores. En este sentido SALAZAR BORT³¹ entiende que los hijos mayores de edad “*cuando hayan alcanzado un nivel de desarrollo mental y psicológico suficiente como para manejarse con plena autonomía e independencia en sociedad*” no pueden quedar amparados por la protección de este precepto. Los hijos mayores, a diferencia de los menores a quienes la separación de los padres les puede suponer una inestabilidad psicológica, tienen la capacidad de discernimiento y la madurez necesarias para afrontar esta situación.

En este sentido la referencia del art. 93.2 CC de que, si conviven en la vivienda familiar los hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez tiene

²⁹ DGRN de 11 de septiembre de 2003, de 27 de agosto de 2008 y de 18 de noviembre de 2009.

³⁰ DGRN de 21 de junio de 2004: “*la inscripción del uso de la vivienda tiene por objeto evitar la disposición del bien por su titular, defraudando el derecho del cónyuge y los hijos a vivir en aquella vivienda, y que la defensa de este derecho se otorga solo al mencionado cónyuge, por lo que no es necesario reseñar las circunstancias personales de los hijos*”.

³¹ SALAZAR BORT, Santiago: *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: amplio estudio jurisprudencial*, Elcano, Navarra, 2001, p. 104.

que adoptar las medidas relativas a los alimentos, no incluye la protección en lo relativo a la atribución de la vivienda.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 5 de septiembre de 2011 sienta jurisprudencia dejando clara su postura: *“mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional [art. 39.3 CE³²], no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una Ley que así lo establezca”*. El hecho de que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor de edad (que se determinará conforme a los arts. 142 y ss. CC) esté desvinculada del derecho de uso de la vivienda familiar mientras sea menor, de acuerdo con el TS, *“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”*. En consecuencia, *“ningún alimentista mayor de edad [...], 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”*.

Cuando los hijos sean mayores, por tanto, se tendrá que decidir el uso de la vivienda familiar como si fuera una situación en la que no existieran hijos. Luego, acudiendo al apartado 3º del art. 96 CC, se tendrá que atribuir el derecho de uso de la vivienda familiar al cónyuge que ostente el interés más necesitado de protección y, si éste lo representa el cónyuge no titular, será simplemente por un tiempo prudencial³³.

³² *“Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”*.

³³ STS de 21 de diciembre de 2016: se mantiene la atribución por un periodo de dos años de la vivienda al padre y a la hija mayor de edad al entenderla como una prestación dentro de la obligación alimenticia y disponer la madre de otra vivienda; STS de 19 de enero de 2017: no procede la atribución indefinida de la vivienda por tener la custodia de la hija mayor de edad discapacitada, puesto que no procede su equiparación a los hijos menores. La protección del menor radica en su protección y asistencia de todo tipo, mientras que la protección de la persona con discapacidad *“se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad”*. La protección de la persona vulnerable no puede suponer limitaciones al uso de la vivienda; STS de 23 de enero de 2017: tras el momento inicial de la crisis matrimonial se procede a otorgar el uso del domicilio al cónyuge que ostenta la custodia de la menor. Una vez que la hija alcanza la mayoría de edad se crea una situación de igualdad entre los progenitores en relación a la vivienda familiar. Ahora se tendrá que proceder a atribuir el uso a uno de los cónyuges por tiempo determinado y en función del interés de especial protección que esté presente (art. 96.3 CC); STS de 14 de abril de 2018: la atribución de la vivienda familiar finaliza al alcanzar el hijo con discapacidad la mayoría de edad (límite temporal de la atribución de la vivienda en función del art. 96 CC) y disponer la progenitora de otra vivienda que cubra sus necesidades

3.2.2. Hijos comunes y/o no comunes

Cuando existen hijos no comunes en el matrimonio puede suponer un pequeño problema a la hora de proceder a la atribución de la misma. Cuando solo haya hijos menores no comunes del cónyuge titular de la vivienda la situación no será problemática, pues en este caso el titular de la atribución del uso de la vivienda familiar coincidirá con el titular dominical de la vivienda³⁴.

Cuando los hijos no comunes lo sean del cónyuge no titular de la vivienda se considera que no se puede fundamentar en el art. 96.1 CC la atribución del derecho de uso a este cónyuge, puesto que se estaría privando así de su derecho de uso al cónyuge titular de la vivienda en base a un interés que le es ajeno toda vez que se ha producido la crisis matrimonial³⁵.

Para que mediante el art. 96 CC se pueda privar al titular de la vivienda de su derecho sobre la misma tiene que haber una justificación suficiente que debe consistir en que el uso de la vivienda beneficie a uno de los intereses familiares que estén presentes, que puede ser el de sus hijos. Siguiendo esta posición, si hay hijos no comunes del no titular e hijos comunes, los intereses de los segundos prevalecerán sobre los primeros.

Por tanto, cuando son hijos no comunes, por muy integrados que estos puedan haber llegado a estar, no serán familia y no existirá motivo para privar al cónyuge titular de la vivienda. Asimismo, también se fundamenta la excepción de los hijos no comunes del matrimonio en la patria potestad, pues solo serán los progenitores quienes tienen la obligación de velar por el bienestar de sus hijos y no terceros ajenos a ellos (SAP de Huesca de 27 de enero de 2000).

3.2.3. Nascituri

En las situaciones especiales en las que el menor todavía es un concebido no nacido, en base al art. 29 CC, se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables. Con ello ha sido coherente la posición jurisprudencial que permite se le pueda atribuir a la madre el derecho de uso de la vivienda familiar (SAP de Cuenca de 27 de mayo de 1999).

³⁴ STS de 14 de febrero de 2018: aunque la custodia del menor se otorga a la madre, el uso de la vivienda familiar se atribuye al padre por ostentar el interés más necesitado. En este caso la vivienda era privativa suya y, además, tenía la custodia exclusiva de otras dos menores fruto de una relación anterior.

³⁵ ESPIAU ESPIAU, Santiago: *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, cit., p. 212.

Sin embargo, recientemente, en la SAP de Barcelona de 21 de junio de 2016, se negó la atribución del uso de la vivienda familiar a la madre embarazada en base al art. 233-20 Código Civil de Cataluña por entender que no concurría un interés más necesitado de protección. En este caso concreto existía otro hijo del matrimonio para el cual se había acordado el régimen de custodia compartida, por lo cual la atribución de la vivienda se tenía que determinar conforme al apartado 3 del precepto. La situación económica del padre era considerablemente más precaria, razón por la cual no se entendió por parte del órgano jurisdiccional que ella representara ese interés más digno de protección, ni siquiera en su situación de embarazada.

4. ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

4.1. Criterios para la atribución del uso de la vivienda

Entre los criterios en los que puede fundamentarse la atribución del domicilio familiar destacan la protección de los intereses familiares y la titularidad de la vivienda.

En primer lugar, en función de los intereses familiares a proteger. Se refiere al interés familiar representado por el de cada uno de los miembros que conformaban la familia, entendida como familia nuclear formada por cónyuges e hijos comunes, quedando al margen los hijos no comunes al otro cónyuge (aunque estuvieran integrados en la familia).

Si existen hijos comunes en el matrimonio ellos representarán el interés más necesitado de protección por relación al principio general del *favor filii*. En consecuencia, la atribución del derecho de uso será para ellos y para el cónyuge que ostente su guarda y custodia (art. 96.1 CC). En atención a este principio la atribución se realizará buscando proporcionar a los menores un entorno estable (misma vivienda, escuela, amigos, etc.)³⁶ tras la crisis de sus progenitores y el menor impacto emocional en una etapa vital en la que todavía están componiendo su personalidad.

En todo caso, el interés de los hijos estará por encima de los intereses de los cónyuges, los cuales serán sacrificados. Esto se fundamenta en el deber de velar por los hijos unido a la patria potestad que se les impone como progenitores, incluso en situaciones en las que hayan sido privados de la patria potestad (art. 110 CC).

Cuando se trate de un matrimonio que no haya tenido hijos comunes o sean mayores de edad se tendrá que acudir al criterio del interés familiar más necesitado de protección

³⁶ SALAZAR BORT, Santiago: *La atribución del uso de la vivienda familiar...*, cit., pp. 83-84.

(art. 96.3 CC³⁷ en relación con el art. 103.2 CC³⁸). En función de este criterio se atribuirá el uso de la vivienda al cónyuge que se encuentre en una posición más desfavorecida con respecto al otro, ello con independencia de que sea un bien de carácter privativo o común (comunidad ordinaria o ganancial).

Para proceder a atribuir el uso de la vivienda al cónyuge que tenga una auténtica necesidad el Juez estimará las circunstancias personales y socioeconómicas de ambos (ej.: edad, estado de salud, disponibilidad de otra vivienda, posibilidades laborales, etc.). Esas condiciones tendrán que ser demostradas y justificadas por quién las alega, pues *“no bastará con que el cónyuge que solicite la atribución del uso de la vivienda familiar tenga mejor capacidad económica que el otro, sino que es necesario acreditar que, realmente, necesita seguir usándola como residencia, aunque sea temporalmente, así como que dicha necesidad es mayor que la del otro consorte”* (STS de 25 de marzo de 2015).

La atribución al cónyuge no titular si ostenta el interés a tutelar especialmente solo tendrá carácter temporal³⁹. La jurisprudencia entiende que el art. 96.3 CC *“no autoriza a imponer, a falta de acuerdo entre las partes, un uso indefinido e ilimitado de la vivienda familiar”* (STS de 27 de septiembre de 2017). En el caso de que la atribución al cónyuge más necesitado se hiciera por tiempo indefinido sería *“más una expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de solidaridad conyugal y consiguiente sacrificio del puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro”* (STS de 29 de mayo de 2015).

El carácter temporal implica que cuando cese la causa por la que necesitaba una protección especial, también cesará la atribución del uso que se hizo (ej.: el menor de edad alcanza la mayoría o el cónyuge consigue salir de la situación precaria en la que se encontraba). Solo se tendrán en cuenta las causas presentes en el momento de la crisis, pues el art. 96 CC es una norma para solucionar las relaciones derivadas del matrimonio y no las surgidas con posterioridad. Excepcionalmente en el caso de que hubiese desaparecido la causa principal, pero subsistan otras causas que se hubieran tenido en

³⁷ *“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”*.

³⁸ A falta de acuerdo entre las partes aprobado judicialmente, el Juez determinará *“teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar”*.

³⁹ El art. 96.3 CC se refiere a que la atribución en caso de no existir hijos será por un tiempo prudencial.

consideración en el momento de declararse judicialmente la crisis matrimonial y proceder a la atribución, se podrá prolongar la atribución de la vivienda.

La decisión del hijo mayor de edad de vivir con el progenitor distinto de aquel a quien se le atribuyó el uso de la vivienda familiar no tiene que ser considerado un factor determinante para privar al cónyuge al que se le atribuyó previamente el uso en función del interés familiar más necesitado de protección y el cual se acreditó (STS de 11 de noviembre de 2013). Esto se debe a que los hijos mayores no están comprendidos dentro del ámbito de protección del art. 96 CC⁴⁰, incluso aunque no se hayan independizado.

En defecto de la existencia de un interés que proteger (no existen hijos o ninguno de los cónyuges se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad), y, por tanto, como criterio subsidiario, se procederá a decidir la atribución del uso de la vivienda familiar conforme a la titularidad de la vivienda (englobando tanto título de propiedad como de arrendamiento -incluso cuando éste ha sido contraído por uno solo de los cónyuges con anterioridad al matrimonio).

Cuando la vivienda sea privativa de uno de los cónyuges se atribuirá al cónyuge titular⁴¹. Esta atribución, a diferencia del criterio anterior, no tendrá un límite temporal (pues no conlleva obstáculos para el ejercicio del derecho de propiedad del titular) y, por tanto, será una atribución definitiva.

Ahora bien, es posible que ambos sean propietarios de la vivienda, en cuyo caso se puede proceder a realizar las siguientes formas de atribución:

1) No atribuir el uso a ninguno de los cónyuges-copropietarios y realizar en otro procedimiento la división de la cosa común o liquidación de la sociedad de gananciales.

2) Atribuir de forma temporal el uso alternativo y sucesivo a los cónyuges-copropietarios hasta la división de la cosa común o liquidación de la sociedad de gananciales⁴². Para aplicar esta atribución es necesario que las posibilidades económicas de ambos cónyuges sean equiparables. La sucesión de estos períodos de tiempo tiene que ser lo suficientemente largos como para compensar los inconvenientes que se anudan a tener que alterar la fijación del domicilio cada cierto período de tiempo (se considera justificado cuando los ciclos son como mínimo de 3 meses⁴³).

⁴⁰ Ver apartado 3.2.1 de este trabajo referente a la posibilidad de considerar a los hijos mayores de edad beneficiarios de este derecho de uso.

⁴¹ SSAP de Baleares de 7 de marzo de 2006 y de Cáceres de 11 de enero de 2007

⁴² SSTS de 27 de septiembre de 2017 y de 6 de octubre de 2016; SAP de Cáceres de 4 de mayo de 2006.

⁴³ *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*, cit., p, 87.

Otro inconveniente de esta medida, que ha sido puesto de manifiesto por la doctrina, se encuentra en la posible ausencia de justificación por parte del Juez para otorgar el uso del inmueble a ambos cónyuges, como puede ocurrir cuando se fundamente en la cercanía al lugar de trabajo⁴⁴. Asimismo, otro inconveniente es la posible negativa de uno de los cónyuges a abandonar el domicilio según los plazos estipulados.

Esta medida también se puede tomar cuando se ha establecido un régimen de custodia compartida, incluso aunque la vivienda sea propiedad solo de uno de los cónyuges, para proteger los intereses de los menores (seguirán manteniendo el mismo entorno)⁴⁵.

3) Atribuir el uso de la vivienda de forma compartida a los cónyuges-copropietarios. Ahora bien, esta opción solo se tomará en situaciones realmente excepcionales en las cuales otra decisión puede suponer una carga económica importante para ambos⁴⁶. La forma más coherente de llevar a la práctica la atribución compartida es procediendo a realizar una separación material del inmueble. Esta división del domicilio no implica una modificación jurídico-real del inmueble, sino que simplemente comporta una división de los espacios interiores de la vivienda en función del uso que realicen los cónyuges de esos espacios

Evidentemente esta atribución conjunta de la vivienda no procederá cuando existan tensiones insalvables entre la expareja o si el inmueble físicamente no puede dividirse en dos espacios diferentes y autosuficientes por sus propias características⁴⁷, pues en caso contrario se les exigiría seguir manteniendo una convivencia que no desean una vez que han iniciado los trámites acordes a finalizar con el vínculo matrimonial. En este tipo de atribución física de la vivienda la doctrina admite la posibilidad de que el órgano jurisdiccional exija realizar obras de adecuación en la vivienda para poder tomar esta decisión (ej.: acceso propio al exterior, separaciones interiores con tabiques, etc.)⁴⁸.

Cuando sea una vivienda ganancial la atribución, tanto temporal como física, se producirá de forma igualitaria (pues en el régimen de gananciales cada cónyuge es titular de la mitad de los bienes, pero considerados en su conjunto). Sin embargo, la atribución en caso de un régimen de comunidad ordinaria (arts. 392 y ss. CC) será en relación con la cuota que cada uno de ellos tenga respecto de la propiedad de la vivienda.

⁴⁴ SALAZAR BORT, Santiago: *La atribución del uso de la vivienda familiar...*, cit., p.320.

⁴⁵ Ver apartado 4.3.3 de este trabajo relativo a la custodia compartida.

⁴⁶ SAP de Cáceres de 7 de noviembre de 2002.

⁴⁷ *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*, cit., p, 86.

⁴⁸ SALAZAR BORT, Santiago: *La atribución del uso de la vivienda familiar...*, cit., p. 315.

Estos son los principales criterios, pero aun así existen otros. En este sentido el Juez podrá tener en consideración la culpabilidad de la crisis, pero solamente en casos excepcionales como en los que haya violencia de género. Este criterio no tiene una positivación, pues con la reforma de la Ley 30/1981 el divorcio dejó de considerarse una sanción para pasar a ser un remedio a la situación de crisis matrimonial. En consecuencia, este criterio no se puede usar de forma aislada, sino que tendrá que complementar otros motivos suficientes para atribuir el uso a uno de los cónyuges.

4.2. Momento de la atribución de la vivienda familiar

4.2.1. Atribución mediante convenio regulador

Cuando el procedimiento relativo a la crisis matrimonial se realice de mutuo acuerdo, ya sea a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, al interponer la correspondiente demanda los cónyuges tendrán que acompañarla de un convenio regulador⁴⁹. Entre el contenido mínimo del art. 90 CC que debe recoger se encuentran en su apartado 1º.c las medidas relativas a atribución de la vivienda y del ajuar familiar.

La existencia del convenio es un reflejo de que el principio de autonomía de la voluntad de las partes está presente a la hora de determinar la atribución del uso de la vivienda familiar tras una crisis matrimonial, pero no habrá una libertad absoluta para los cónyuges. Esto se debe a que el convenio que presenten los cónyuges al órgano jurisdiccional tiene que ser posteriormente aprobado por el mismo. Será el Juez quien compruebe que las medidas adoptadas en el convenio no son dañosas para los hijos ni gravemente perjudiciales para alguno de los cónyuges (art. 90.2 CC).

La naturaleza, por tanto, del convenio es mixta al intervenir los cónyuges y ser necesaria también la correspondiente autorización judicial. Y ello ocurre no solo en la aprobación del primer convenio sino en las posteriores modificaciones que se produzcan de las medidas acordadas en el convenio original, las cuales tendrán que ser adoptadas en otro convenio aprobado judicialmente (arts. 90.3 y 91 CC, art. 775 LEC).

4.2.2. Atribución mediante un procedimiento contencioso

En defecto de un acuerdo entre los cónyuges o cuando el convenio presentado por ambos no haya sido aprobado judicialmente, será el Juez el encargado de resolver sobre la atribución del uso de la vivienda familiar conforme a las normas contenidas en el

⁴⁹ El art. 81.1º CC para la separación y el art. 86 CC en el divorcio.

Código Civil⁵⁰. Además, la jurisprudencia considera que esta es una cuestión sobre la que el Juez debe pronunciarse de oficio⁵¹.

La decisión del Juez se fundamentará, en lo relativo a la vivienda familiar, en el art. 96 CC y tendrá presente los criterios antes mencionados, es decir, tomará la medida que más favorezca a los hijos de la pareja, al cónyuge que se encuentre en una situación más necesitada de protección o conforme a la titularidad de la vivienda. De esta forma a la hora de tomar su decisión el Juez no queda vinculado por lo que los cónyuges hubieran acordado en el convenio que no fue aprobado posteriormente.

El cónyuge, en función del art. 104 CC, que se proponga solicitar la nulidad, separación o divorcio puede requerir como medidas previas las medidas que se recogen en el art. 103 CC, entre las que se encuentra en el apartado 2^a el uso de la vivienda familiar. Solamente si presenta la demanda en los 30 días siguientes a su adopción estas medidas seguirán siendo válidas (arts. 104.II CC y 771.5 LEC).

Presentada la demanda se establecerán las medidas provisionales (art. 103 CC). Estas pueden ser las primeras medidas que se tomen. Si se hubieran decretado con anterioridad unas medidas previas, éstas pueden prologarse o modificarse por los cónyuges si existe acuerdo o, en su defecto (no existe, es dañoso para los hijos o perjudicial para alguno de los cónyuges), por el Juez.

Finalmente, se adoptarán las medidas definitivas en la sentencia del procedimiento de nulidad, separación o divorcio. En la resolución judicial, además de pronunciarse sobre el vínculo matrimonial, también se acordarán las medidas oportunas respecto a la vivienda familiar (art. 774.4 LEC⁵²) a falta de acuerdo entre las partes o tras un convenio no aprobado judicialmente.

Puede suceder que con el transcurso del tiempo se alteren de forma sustancial, relevante y permanente⁵³ las circunstancias en función de las cuales se acordaron las medidas pertinentes (tanto en el convenio como en una resolución judicial), por lo que se pueden modificar o, incluso, llegar a dejar sin efecto (art. 91 *in fine* CC). Esto puede ser solicitado por los cónyuges o por el Ministerio Fiscal (solo en el caso de que existan hijos menores o incapacitados) al tribunal que acordó las medidas (art. 775 LEC). Asimismo, para esta

⁵⁰ Art. 91 CC.

⁵¹ MANZANA LAGUARDA, María Pilar: “La atribución del uso de la vivienda familiar (criterios judiciales)”, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: Jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, nº. 22, 2007, p 93.

⁵² “El tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar...”.

⁵³ GIL MEMBRADO, Cristina: *La Vivienda Familiar*, cit., p. 168.

variación de las medidas iniciales, si existe un acuerdo entre ellos, los cónyuges pueden presentar un nuevo convenio regulador.

4.3. Tipos de atribución del uso de la vivienda familiar

La atribución de la vivienda a uno u otro cónyuge dependerá de distintos factores: de que sea un matrimonio sin hijos o, por el contrario, tengan hijos, en cuyo caso habrá que tener en consideración quién ostenta la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados (exclusiva, en compañía de uno y de otro o compartida).

4.3.1. Atribución en casos de guarda y custodia en exclusiva

Tras una crisis matrimonial, en defecto de acuerdo, se decidirá por el Juez la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, siempre en beneficio de los mismos (art. 159 CC). Esta atribución de la guarda y custodia de los hijos puede ser en exclusiva, es decir, que sea solamente a favor de uno de los padres.

En ese sentido, el art. 96.1 CC establece que el uso de la vivienda familiar, cuando los cónyuges no hayan sido capaces de llegar a un acuerdo que se haya aprobado judicialmente, corresponderá “*a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden*”, es decir, el derecho de uso de la vivienda familiar se atribuirá a los hijos y al progenitor que ejerce la guarda y custodia. Con ello se trata de preservar el interés más digno de protección representando por los hijos menores o incapacitados. En consecuencia, el derecho de uso de la vivienda corresponderá al cónyuge en cuya compañía quedan *per relationem* en cuanto progenitor⁵⁴.

La jurisprudencia entiende que cuando existen hijos, debido al principio general de *favor filii* o *favor minoris*, ellos siempre representarán el interés más necesitado de protección⁵⁵. Este interés será prioritario incluso aunque en esa situación concreta estuviera presente otro interés más necesitado de protección o cuando el cónyuge en cuya compañía quedan no es el titular de la vivienda y tuviera disponibilidad de otra vivienda⁵⁶. Debido a este automatismo del art. 96.1 CC (derivado de entenderlo como una presunción *iuris et de iure* por la utilización en su redacción del término “*corresponde*”) ha llegado

⁵⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis: “Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares: a modo de prólogo”, cit., p. 31.

⁵⁵ GARCÍA CANTERO, Gabriel: “Artículo 96”, *Comentarios al Código Civil Y Compilaciones forales* (coord. por ALBALADEJO, Manuel), 2ª edición, Editorial Revista de derecho Privado, 1982, p. 410.

⁵⁶ En estos casos se fundamenta esta atribución en la proximidad de los menores con el colegio o el beneficio para ellos de no cambiar de vivienda (SAP de Castellón de 20 de septiembre de 2000 y STS de 10 de febrero de 2005).

a considerarse una atribución *ex lege* a favor de los hijos con la consecuencia derivada de que también será para el cónyuge que obtenga su guarda y custodia.

Por todo ello se ha puesto de manifiesto⁵⁷ la conveniencia de modificar el art. 96.1 CC superando su aplicación automática (atribución del uso al cónyuge custodio) para que en cada caso concreto se proteja realmente el interés más necesitado (que puede no ser siempre y en todo caso el de los hijos) y, al mismo tiempo, se proteja el derecho de habitación de los menores sin que ello implique la atribución del uso de la vivienda⁵⁸.

La actual regulación lleva a situaciones en las que el cónyuge no custodio tiene que soportar una gran carga al quedar excluido del uso de la vivienda familiar. Esto se agrava en las situaciones en las que, además de hacer frente a sus propias necesidades de vivienda, es este cónyuge el que tiene que hacer frente a la hipoteca (o, al menos, a una parte sustancial de la misma, puesto que se considera como una carga de la sociedad de gananciales y no como una carga del matrimonio) (STS de 28 de marzo de 2011). Además, el propietario de la vivienda no puede ver expropiado su derecho por la atribución de la vivienda familiar al cónyuge custodio *per relationem* a los hijos⁵⁹.

En ocasiones el resultado de la atribución del uso de la vivienda de forma automática es entendido por la jurisprudencia como un abuso de derecho o un enriquecimiento injusto para alguna de las partes⁶⁰.

Como consecuencia de estas situaciones y para eludir la aplicación automática del precepto la jurisprudencia reconoce la “*necesidad de hacer una interpretación de los preceptos del artículo 96 del Código Civil, más allá del canon literal y echando mano del teleológico (el fin de la norma) y de la realidad social a la cual se han de aplicar (criterios ambos reconocidos en el artículo 3.1 del Código Civil)*”⁶¹.

Utilizando estas interpretaciones, por tanto, no siempre se produce la aplicación automática, puesto que en algunos escenarios es posible que el Juez atribuya el derecho

⁵⁷ II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia (2005).

⁵⁸ STS de 21 de junio de 2011.

⁵⁹ STS de 29 de marzo de 2011.

⁶⁰ En esta posición se encuentra la SAP de Navarra de 3 de noviembre de 2016: “*la queja éste, humanamente, si se quiere, comprensible, pero jurídicamente inatendible, se centra en un sentimiento de injusticia por la utilización de dicha vivienda por un tercero que no paga nada por ello y que además tiene una vivienda en propiedad, dando por supuesto que esta situación le ocasiona un daño, cuando lo cierto es que su perjuicio económico, como antes hemos apuntado, proviene directamente de la prevalencia que el legislador ha otorgado al interés de los menores, y no del comportamiento de la demandante, que se atiene, en el ejercicio del derecho de uso conferido, a la finalidad que le es propia, sin que, desde esta perspectiva, suponga agravamiento alguno en su posición el uso de la vivienda familiar por un tercero, cuya situación económica, a estos efectos, como más adelante se razonará, es irrelevante*”.

⁶¹ SAP de Málaga de 1 de diciembre de 2010.

de uso de la vivienda al cónyuge no custodio. Se podrá atribuir siempre que se demuestre que es este cónyuge quién ostenta el interés que habrá que proteger por encima de los demás intereses concurrentes, incluso cuando ello implique una carga para el otro cónyuge en cuya compañía efectivamente quedan los hijos comunes del matrimonio.

En esta situación se concebirá, por tanto, el apartado 1º como una presunción *iuris tantum*, pues la atribución al cónyuge no custodio estará subordinada a lograr demostrar sus circunstancias especiales de forma inequívoca. Solo así y con carácter excepcional el Juez podrá atribuirle a él el uso de la vivienda⁶².

De esta forma, tras la crisis matrimonial el interés de los hijos relativo a su derecho de habitación seguirá quedando protegido sin generar un gran impacto en su rutina, pero esa protección no implicará automáticamente la atribución del uso de la vivienda familiar. Esa atribución casi *ex lege* supondría un sacrificio para el cónyuge no custodio (se le priva de una propiedad y se le obliga a cubrir sus necesidades de alojamiento) cuyos intereses también hay que proteger.

Esta es la posición que siguen muchos de los derechos autonómicos. El preámbulo y el art. 81 del Código de Derecho Foral de Aragón recogen que la atribución del uso de la vivienda familiar, cuando sea un caso de custodia exclusiva, “*se atribuye el uso con carácter general a favor del progenitor que ostente la custodia, a menos que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor*”.

La atribución del uso de la vivienda familiar en el Código Civil Catalán existiendo hijos se puede atribuir excepcionalmente al cónyuge no custodio “*si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos*” (art. 233-20.4º). Con carácter general se atribuirá según lo que haya acordado y, en su defecto, se atribuirá judicialmente al cónyuge custodio. Ahora bien, según el art. 233-20.3º existen determinadas circunstancias en las cuales se puede atribuir al cónyuge más necesitado. Por tanto, en todo caso se produce un respeto al principio *favor filii* pero se tiene en cuenta también cual es el interés que necesita más protección.

En cierta manera también era la postura que mantenía hasta su derogación⁶³ la Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven⁶⁴. Primero dejaba libertad de pacto, pero en su

⁶² MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: *Criterios de atribución del uso de la vivienda...*, cit., p. 151.

⁶³ STC 192/2016, de 16 de noviembre.

⁶⁴ DOGV núm. 6495 de 5 de abril de 2011. BOE núm. 98, de 25 de abril de 2011, páginas 41873 a 41879.

defecto el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de los intereses de los hijos y, cuando fuera posible sin perjudicarles, se podría atribuir al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda.

No se generaliza, por tanto, la aplicación no automática del art. 96.1 CC, sino que el cónyuge no custodio tiene que tener unas circunstancias personales, laborales y económicas que justifiquen esa atribución⁶⁵. Ello porque la decisión no puede implicar un perjuicio para los hijos y la solución planteada tiene que entrar en las posibilidades de actuación del cónyuge custodio⁶⁶.

Algunas de las circunstancias que sirven para atribuir el uso al cónyuge no custodio desvirtuando la presunción *iuris tantum* de que el interés más necesitado siempre y en todo caso lo representan los hijos y, en consecuencia, el cónyuge custodio son las siguientes:

a) Debido a que la fundamentación de la atribución de la vivienda se hace en base a la necesidad de su uso, que la vivienda esté desocupada, puesto que no se use de forma estable y permanente, o abandonarla puede provocar el cambio de la atribución al cónyuge no custodio al verse alteradas sustancialmente las circunstancias en las que se fundó la atribución. Ahora bien, los abandonos temporales, esporádicos y circunstanciales no justificarían la modificación del uso de la vivienda.

En la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 19 de septiembre de 2005 se modifica la atribución hecha inicialmente al padre (cónyuge custodio) para atribuirle a la madre, que carecía de un lugar digno donde residir (lo venía haciendo en un garaje), por el no uso de la vivienda de los hijos y el progenitor debido al traslado de residencia de éstos al modificarse el centro de estudios. Asimismo, el abandono de la vivienda durante varios años⁶⁷, el cambio de domicilio como consecuencia de una nueva relación sentimental del cónyuge custodio (SAP de Murcia de 24 de noviembre de 2011)⁶⁸, un mal uso o falta de cuidado de la vivienda y el abandono voluntario⁶⁹ son circunstancias que sirven para modificar la atribución del uso realizada inicialmente.

⁶⁵ SAP de Málaga de 1 de diciembre de 2010.

⁶⁶ STS de 21 de junio de 2011.

⁶⁷ SAP de Murcia de 5 de marzo de 2002.

⁶⁸ FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco J.: “Variaciones posteriores de medidas adoptadas en relación a la vivienda y al ajuar familiares por alteración sustancial de las circunstancias”, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales* (coord. por VILADRICH, Pedro J.), Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, p. 292.

⁶⁹ SAP de Islas Baleares de 11 de febrero de 2003.

Existen situaciones en las cuales el cónyuge custodio al que se le ha atribuido el uso de la vivienda familiar no quiera seguir residiendo en la misma o haya trasladado su residencia, pues en estos casos no se le podrá obligar (iría contra el Derecho Fundamental de libertad de residencia -art. 19 CE). Se entiende que, si ese rechazo es perjudicial para los menores, se evidenciaría que ese progenitor no debería tener la custodia⁷⁰. De esta forma se habilitaría para que el cónyuge no custodio solicitara la custodia y la atribución de la vivienda.

b) Que el cónyuge custodio al que se le atribuyó el uso de la vivienda familiar conviva o contraiga matrimonio con un tercero puede ser una causa de modificación⁷¹, pero no en todos los casos. Se pueden incluir cláusulas de este sentido en el convenio regulador, aunque su efecto siempre estaría subordinado a la aceptación del Ministerio Fiscal, es decir, que no recurriera dicha cláusula por considerarla que va contra los intereses de los menores.

El interés de los hijos que se protege con la atribución del uso de la vivienda no varía con el hecho de que el progenitor contraiga nuevo matrimonio o conviva maritalmente con un tercero, por lo que cuando el ex cónyuge mantiene otra relación hay que diferenciar la atribución de la vivienda familiar de la pensión compensatoria (art. 101 CC), la cual si se extinguiría⁷².

En determinados casos la jurisprudencia ha considerado que la nueva relación del progenitor si supone un cambio sustancial en las circunstancias que motivó una modificación en la atribución del uso⁷³. En este sentido la SAP de Almería de 19 de marzo de 2007 reconoce que tras iniciar una relación sentimental por parte de la madre “*resulta innegable que se ha producido una esencial modificación de las circunstancias que en su momento fueron tomadas en cuenta para el establecimiento de la medida*” pues de lo contrario se admitiría que una tercera persona ajena al matrimonio se beneficiaría de “una vivienda común y ganancial asignada a una esposa separada y al hijo de su matrimonio para la protección de su más favorable interés” sin posibilidad alguna de acción por parte del marido, cotitular de la vivienda. En este caso se entiende que lo más oportuno sería que el cónyuge que empezó una nueva relación renunciaría “*al privilegio del que, en*

⁷⁰ MONTERO AROCA, Juan: *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales...*, cit., p. 72.

⁷¹ FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco J.: “Variaciones posteriores de medidas...”, cit., p. 290.

⁷² SAP de Asturias de 20 de febrero de 2009 (JUR 2009/224470).

⁷³ CABEZUELO ARENAS, Ana L.: “Extinción de la atribución de uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con tercero: comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 19 de marzo de 2007”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 21, 2008, p. 315.

atención a su anterior situación, venía disfrutando” consumando la liquidación de gananciales que normalmente sucede a la sentencia de separación o divorcio. De esta manera se logra armonizar “los derechos del menor, el interés del padre no custodio, los derechos y obligaciones de la madre encargada de la custodia del menor, y el principio que impide el enriquecimiento y abuso de derecho”.

En conclusión, la regla general es que haber iniciado una convivencia marital con un tercero no es motivo por si solo para modificar la atribución del uso de la vivienda, porque tal asignación corresponde al cónyuge por su relación con los hijos, que siguen representando el interés digno de protección⁷⁴. Excepcionalmente en casos concretos junto con otros elementos (situación económica, laboral, etc.) si podría suponer la extinción del derecho de uso por lesionar los intereses familiares entendidos en su conjunto.

c) Que el cónyuge custodio tenga a su disposición otra vivienda en un entorno similar y que cubra las necesidades de los hijos cuando el otro cónyuge no dispone de una vivienda⁷⁵. Asimismo, también sería posible cuando se encuentre en una situación económica holgada que le permita adquirir una nueva vivienda o, cuando sea una vivienda ganancial, adquirir la mitad de la propiedad del inmueble⁷⁶.

d) Evidentemente un motivo para modificar la atribución es el cambio en el interés a proteger, siendo éste el del cónyuge no custodio, siempre que ese cambio se fundamente en un cambio permanente de las circunstancias.

4.3.2. Distribución de los hijos entre los padres

En el apartado 2º del art. 96 CC se recoge esta situación en la que algunos de los hijos quedan en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, en cuyo caso será el Juez quien resuelva lo procedente teniendo presente el principio de *favor filii*. Este precepto es igualmente aplicable cuando solamente existen dos hijos en el matrimonio y la custodia de cada uno de ellos haya sido atribuida a uno y otro de los padres⁷⁷.

⁷⁴ Las medidas que puede tomar el cónyuge no custodio si es titular de la vivienda son: solicitar la extinción de la pensión compensatoria si existe, la disminución de la pensión de alimentos pues otra persona puede contribuir o, incluso, si en el convenio regulador se prohibió la convivencia con un tercero puede solicitar una indemnización de daños y perjuicios.

⁷⁵ MORENO VELASCO, Víctor: “La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores”, *Diario La Ley*, nº 7843, 2012.

⁷⁶ SAP de Almería de 19 de marzo de 2007.

⁷⁷ GARCÍA CANTERO, Gabriel: “Artículo 96”, cit., p. 412.

En defecto de un interés más necesitado de protección en los hijos por ser todos del mismo nivel se acudirá a considerar quién de los progenitores ostenta ese interés.

Finalmente, si ambos cónyuges tienen el mismo interés se tendrá que resolver conforme al criterio de la titularidad.

Las soluciones jurisprudenciales ofrecidas a estos supuestos son diversas: se atribuye el uso al progenitor en cuya compañía quedan el grupo más numeroso o desprotegido, el hijo de menor edad (SAP de Las Palmas de 8 de octubre de 1998) o al cónyuge titular de la vivienda si también ostenta la custodia de alguno de los hijos⁷⁸.

4.3.3. Atribución en casos de guarda y custodia compartida

La guarda y custodia compartida atribuye de forma alterna la custodia a ambos progenitores para que ejerzan las funciones que implica *“durante un período concreto y variable de tiempo, durante el cual convivirá habitualmente con los hijos, traspasando al otro progenitor el testigo de esta situación al término en que tiene encomendado el cuidado de aquéllos”*. La guarda y custodia compartida es subsidiaria de la exclusiva en el régimen del Código Civil, lo cual difiere de las regulaciones autonómicas⁷⁹.

Los cónyuges pueden acordar la custodia compartida y la atribución del domicilio en el convenio regulador, aunque queda sujeta a la posterior aprobación judicial, para lo cual no tiene que resultar dañino para los hijos ni gravoso para alguno de los cónyuges⁸⁰.

Ahora bien, existen mayores dificultades cuando no hay acuerdo sobre la custodia debido a que el art. 96 CC no hace una referencia expresa a esta situación debido a que la custodia compartida fue incluida en el art. 92 CC por la Ley 15/2005⁸¹. La solución, por tanto, para atribuir el uso de la vivienda familiar es atenerse al interés más digno de protección en cada caso.

⁷⁸ MONTERO AROCA, Juan: *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales...*, cit., p. 115.

⁷⁹ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (DOGC núm. 5686 de 05 de agosto de 2010 y BOE núm. 203 de 21 de agosto de 2010 páginas 73429 a 73525); 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 (BOA núm. 63 de 29 de marzo de 2011, páginas 6490 a 6616).

⁸⁰ STS de 27 de junio de 2016: se establece la custodia compartida entre los progenitores incluso tras desencuentros entre los ex cónyuges (incumplimiento por parte del padre del horario del régimen de visitas). Solo cuando afecten de modo relevante a la menor se podrán tener en consideración para no establecer esta forma de custodia; STS de 10 de enero de 2018: será gravosa la custodia compartida para los hijos cuando la distancia entre las residencias de los padres es de 1.000 km. Esta distancia no ayudará a crear un entorno estable de referencia al menor, que se asemejaría más a una existencia nómada.

⁸¹ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005, páginas 24458 a 24461).

a. Sin cambio de residencia para los hijos

Se puede atribuir la vivienda familiar de forma fija a los hijos y, en consecuencia, al progenitor en cuya compañía estén en cada momento, lo cual implica que tengan que ser los padres los que se trasladen temporalmente de la vivienda cuando no ejerzan la custodia *de facto*⁸². En este caso los gastos que conlleve el domicilio, salvo un acuerdo entre los cónyuges, serán asumidos entre ambos de forma alternativa.

La jurisprudencia no suele decantarse por esta opción por considerarla perturbadora para los menores y por el trastorno que ocasiona “*pues ello 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*”⁸³. Luego, este tipo de atribución solamente sería posible si existe una buena relación entre los ex cónyuges, pues en casos en los que hay una custodia compartida “*lamentablemente, acontecimientos posteriores y, básicamente el enfrentamiento por el uso de la vivienda, han convertido en precaria la posibilidad de custodia compartida*”⁸⁴.

En todo caso, sería una atribución demasiado gravosa para los progenitores en cuanto que les obliga a disponer de una segunda vivienda para el período de tiempo que no ejercen la custodia de los menores. Asimismo, los problemas que se generaran con esta atribución inevitablemente se agravarían cuando aparecieran nuevas parejas.

La jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que este tipo de atribución solo sería oportuna si es en momentos justo posterior a la crisis matrimonial y solamente si tiene un carácter transitorio o temporal⁸⁵.

b. Con cambio de residencia para los hijos

Serán los hijos los que se desplacen entre las viviendas de los progenitores y el uso de la vivienda familiar, aplicando el art. 96 CC, se atribuirá al cónyuge que ostente el interés más necesitado de protección⁸⁶. Puede que el cónyuge que necesite más protección sea por tener menor capacidad económica que el otro cónyuge “*con la consecuencia de que en el supuesto de no atribuirse el uso del domicilio familiar a la esposa ésta tendría un*

⁸² GIL MEMBRADO, Cristina: *La Vivienda Familiar*, cit., p. 172.

⁸³ STSJ de Cataluña de 5 de septiembre de 2008.

⁸⁴ SAP de Barcelona de 12 de julio de 2007.

⁸⁵ SAP de Barcelona de 21 de febrero de 2008.

⁸⁶ SAP de Murcia de 22 de diciembre de 2011; STS de 22 de septiembre de 2017: cuando se establece una custodia compartida no se puede otorgar de forma ilimitada y exclusiva al padre o a la madre la vivienda familiar. Habrá que tener presente el interés más necesitado de protección y la titularidad de la vivienda (era o no privativa de uno de los cónyuges) para su atribución, que en todo caso será temporal o limitada.

*evidente gasto de atención de sus necesidades de vivienda, en donde poder ejercer la custodia compartida, lo que redundaría también en una disminución de sus posibilidades económicas para afrontar adecuadamente las necesidades alimenticias de sus hijos, en la forma establecida en la sentencia apelada, en que cada progenitor viene obligado a asumir los gastos de los hijos mientras estén en su compañía*⁸⁷.

La atribución a uno de los progenitores del domicilio familiar puede realizarse también por criterios de proximidad entre las viviendas de los progenitores, es decir, cuando de lo contrario implique que uno de ellos tendría que *“fijar su residencia en lugar distante del que se encuentra ubicado aquel, (...), lo que ciertamente haría dificultoso el desarrollo del régimen de custodia compartida establecido en la sentencia, y que ha sido acatado por el esposo, sobre todo cuando se ha fijado un régimen de estancia compartido durante cada semana del año fuera de los períodos vacacionales*”⁸⁸.

También puede no atribuirse el uso de la vivienda familiar a ninguno de los padres y proceder a la división de la cosa común si ambos son propietarios del inmueble o liquidación de la sociedad de gananciales⁸⁹.

4.3.4. Atribución del uso en matrimonios sin hijos

Cuando el matrimonio no tenga hijos, pero aun así concurren circunstancias especiales que hagan necesario atribuir el uso de la vivienda a una de las partes para protegerla, tal atribución se tendrá que hacer acorde al apartado 3º del art. 96 CC⁹⁰. Este precepto también será al que se tendrá que recurrir cuando los hijos del matrimonio sean mayores de edad independientes económicamente⁹¹ o cuando se haya privado a los progenitores de la patria potestad de los menores⁹², pues ambas son situaciones asimilables a un matrimonio sin hijos.

La atribución en estos casos no es automática y obligatoria como cuando concurren hijos al matrimonio, sino que será facultativa (*“podrá acordarse”*) del Juez una vez consideradas todas las circunstancias. Debido a ello tiene que justificarse tal atribución en que el cónyuge a quién se le atribuye el domicilio familiar represente el interés más

⁸⁷ SAP de Barcelona de 9 de noviembre de 2005.

⁸⁸ SAP de Barcelona de 9 de noviembre de 2005.

⁸⁹ SAP de Baleares de 29 de junio de 2005; STS de 12 de mayo de 2017 (Rec. 204/2016):

⁹⁰ *“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”*.

⁹¹ LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de derecho civil IV, Derecho de Familia*, cit., p. 111.

⁹² MONTERO AROCA, Juan: *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales...*, cit., p. 58.

necesitado de protección, así como en las circunstancias del caso. No sería posible la atribución a uno de los cónyuges si en “ninguno de los consortes se advierte interés necesitado de mayor protección, al concurrir en ambos semejantes condiciones de edad, estado de salud, así como las posibilidades de atender dignamente el sustento”⁹³.

El titular de esta atribución solo será el cónyuge no titular cuando represente ese interés más necesitado de protección⁹⁴. Cuando sea el cónyuge titular el que ostente el interés a tutelar o ninguno de los dos haya probado esas circunstancias, la atribución se fundamentará en el criterio de la titularidad. Así el cónyuge disfrutaría del uso de la vivienda no en base al art. 96 CC sino en su condición de propietario sin limitaciones⁹⁵.

La atribución al cónyuge no titular cuando no hay hijos en el matrimonio se producirá de forma excepcional, pues tiene que estar presente un interés que se deba tutelar de forma especial y, además, ser él el titular. Ahora bien, esta atribución incluso puede llegar a ser alternativa si en ambos concurren las circunstancias que lo justifiquen cuando es una vivienda con titularidad compartida (régimen de gananciales o por comunidad ordinaria).

Ese interés del cónyuge no titular tiene que conllevar otras notas que lo hagan prevalecer sobre el interés del cónyuge titular del inmueble, quedando patente la existencia de una relación entre la protección del interés y la atribución de la vivienda. Es decir, que el interés del cónyuge no titular que se defiende con esta medida asistencial⁹⁶ se vea satisfecho con la atribución de la vivienda.

Estos motivos para atribuir el uso tienen que ser probados por el cónyuge no titular que solicita la atribución. Pueden ser dar estabilidad a las necesidades de habitación de hijos mayores de edad dependientes que quieran seguir residiendo con ese progenitor, la imposibilidad de disponer de otro domicilio debido a la situación de desequilibrio tras la crisis, padecer una grave enfermedad unida a una precaria situación económica, ejercer la actividad profesional en esa vivienda familiar o que se encuentre considerablemente cerca del lugar de trabajo, etc. La atribución también se puede basar en los actos de los cónyuges tras la crisis matrimonial, pues se tendrá en cuenta si uno de ellos abandonó el domicilio teniendo medios para sufragar otra vivienda y, en consecuencia, ese cónyuge no ostentará un interés que se tenga que proteger en este caso.

⁹³ STS de 14 de noviembre de 2012.

⁹⁴ GARCÍA CANTERO, Gabriel: “Artículo 96”, cit., p. 413.

⁹⁵ MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: *Criterios de atribución del uso de la vivienda...*, cit., p. 287.

⁹⁶ RAMS ALBESA, Joaquín J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, cit., p. 116.

Finalmente, hay que tener en cuenta que esta atribución al cónyuge no titular será solamente temporal (“*por el tiempo que prudencialmente se fije*”) durante el tiempo en que se prolongue la existencia del interés que se quiere proteger, duración que se fijará en el momento de la atribución. Lo contrario, que fuera algo indefinido en el tiempo, podría implicar una expropiación del derecho al cónyuge titular.

Ahora bien, en determinadas circunstancias puede resultar difícil determinar el plazo previamente y no se llega a fijar un término, el cual estará en función del interés que se trata de proteger⁹⁷. Una vez que las condiciones por las que se atribuyó el uso han desaparecido o modificado sustancialmente se podrá pedir por el cónyuge interesado la modificación o extinción de la medida (no puede ser de oficio)⁹⁸.

No hay que olvidar que la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular guarda cierta relación con el derecho que surge tras una crisis matrimonial a una pensión compensatoria, siempre que produzca un “*desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento*” (art. 97 CC). La atribución al cónyuge no titular, al limitar los derechos del cónyuge titular sobre la vivienda, puede ser sustituida por esta pensión compensatoria, pues la finalidad de las medidas es parecida, proteger al cónyuge que se sitúa en una posición más vulnerable tras la nulidad, separación o divorcio.

5. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

En los casos de violencia doméstica, siendo aquella violencia que se comete en el núcleo familiar por extenderse a las personas que conviven, es posible tomar una serie de medidas de protección integral de la víctima de naturaleza no solo penal sino también civil incorporadas a la LECrim⁹⁹ gracias a las reformas realizadas por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica¹⁰⁰.

La Exposición de Motivos recoge la necesidad de que se pueda “*proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil*”.

⁹⁷ STSJ de Cataluña de 22 de septiembre de 2003.

⁹⁸ SAP de Granada de 4 de marzo de 2003.

⁹⁹ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Gaceta núm. 260, de 17 de septiembre de 1882)

¹⁰⁰ BOE núm. 183 de 1 de agosto de 2003, páginas 29881 a 29883.

Ello se realiza ante el propio Juzgado de Instrucción en un rápido y sencillo procedimiento y en “*una misma resolución judicial que incorpore conjuntamente (...) las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima*”.

Entre las medidas de naturaleza civil que se pueden solicitar está la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar¹⁰¹ (art. 544 ter 7º.II LECrim), pero no se decretarán de oficio, sino que serán solicitadas por la víctima, su representante legal o, si existen hijos menores o incapaces, por el Ministerio Fiscal.

La atribución en este caso será siempre a favor de la víctima, lo cual está en consonancia con lo recogido en el apartado 3º del art. 96 CC, pues es ella quien ostentará en estas situaciones el interés más necesitado de protección. De esta forma la atribución del derecho de uso recae en la madre que ha sufrido la violencia y en los menores¹⁰².

Que la madre y los hijos debido a la violencia a los que se ven sometido por parte del progenitor hayan tenido que abandonar la vivienda familiar no es un impedimento para seguir considerando la vivienda como “familiar” y que se pueda atribuir su uso a ella, incluso cuando sea el cónyuge el que siga residiendo durante ese período en la vivienda¹⁰³.

En todo caso estas medidas tienen un carácter provisional, pues la duración de las mismas será solo de 30 días, aunque se pueden ampliar si en ese plazo se inicia un proceso de familia ante la jurisdicción civil a otros 30 días desde el momento en que se presente la demanda. Finalmente, en este término de tiempo las medidas adoptadas con carácter temporal o provisional tienen que ser “*ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de primera instancia que resulte competente*”.

La diferencia con una situación donde no hay presente violencia doméstica es que en este caso la atribución de la vivienda no se toma en la resolución de un procedimiento civil que resuelva la crisis matrimonial, sino que será, por tanto, en el Auto que acuerde la concesión de la orden de protección de esa mujer, lo cual primará sobre cualquier acción civil, como indica el apartado 5º del precepto. Ello es así porque se confiere un estatuto integral de protección para la víctima que comprende las medidas cautelares civiles y penales recogidas en el ordenamiento.

¹⁰¹ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: “La víctima de violencia de género y la atribución de la vivienda familiar”, en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (coord. DE HOYOS SANCHO, Montserrat), Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 267.

¹⁰² DE HOYOS SANCHO, Montserrat: *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 268.

¹⁰³ SAP de Toledo de 14 de noviembre de 1998.

6. USO Y ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD DE UN TERCERO

La atribución del uso de la vivienda familiar puede afectar a terceros cuando la vivienda familiar no es titularidad de uno de los cónyuges, por lo que se presenta el problema de si el titular de la vivienda puede requerirles que abandonen la vivienda o, por el contrario, tendrá que soportar esa carga. Lo determinante será si existe una relación contractual entre el propietario y los cónyuges (los dos o uno de ellos) o, en su defecto, la conexión que tenga el beneficiado del uso con la vivienda familiar (que habrá sido la fundamentación de su atribución).

6.1. Vivienda arrendada

Cuando la atribución se hace al cónyuge arrendatario no plantea problemas en la medida en que existe un contrato directo entre el propietario de la vivienda y él. Diferente es la situación cuando se atribuye el uso al cónyuge no arrendatario.

Tras la crisis matrimonial y la atribución del uso al cónyuge no arrendatario el titular de la vivienda puede requerir el desahucio, ante lo cual se plantea cual es la posición que ocupa dicho cónyuge en ese procedimiento. El primero en pronunciarse fue el Tribunal Constitucional (STC 135/1986, de 31 de octubre) el que reconoce que existe un litisconsorcio pasivo necesario tras el art. 96 CC *“al equiparar al cónyuge no titular (no firmante) del contrato de arrendamiento con el suscriptor del mismo, considerando a ambos en la misma situación jurídica contractual. La consecuencia procesal es, pues, la necesidad de traer a juicio a los dos para evitar que, ausente uno, pueda éste verse afectado sustancialmente en su derecho material (aquí la posesión arrendaticia) por la Sentencia dictada contra el otro, con eficacia de cosa juzgada”*

Posteriormente la LAU¹⁰⁴ reconoce la posibilidad de que tras una crisis matrimonial y la atribución del uso del inmueble arrendado, conforme a la legislación civil (arts. 90 y 96 CC), *“el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada”* pasando a ser el titular del contrato (art. 15.1 LAU). Ello se supedita a que el cónyuge al que se le ha atribuido el uso traslade esta información al arrendador en los dos meses siguientes desde la notificación de la resolución judicial, junto con una copia de ésta o solo la parte que afecte a esta medida (art. 15.2 LAU).

¹⁰⁴ Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 1994, páginas 36129 a 36146).

De esta manera se hace esencial haberla comunicado dentro de plazo para que la medida relativa al uso de la vivienda sea oponible cuando se atribuye al cónyuge no arrendatario. Puede haber una aceptación tácita por parte del arrendador cuando haya aceptado los pagos por parte de este cónyuge.

Esta obligación de comunicación también está vigente, según la posición mayoritaria en la doctrina, cuando la medida de atribución del uso se toma como medidas provisionales (arts. 102 y 103 CC), así como los posibles cambios que se hayan producido tras establecerse las medidas definitivas¹⁰⁵.

La atribución al cónyuge no arrendatario, según la doctrina, puede realizarse de dos formas:

a) Sin que la atribución implique modificar el contrato de arrendamiento que estuviera vigente¹⁰⁶. El derecho del cónyuge a continuar en la vivienda tras el procedimiento de una crisis matrimonial, según el Preámbulo de la LAU, se reconoce *ex lege* durante el tiempo que quedara pendiente del contrato y, de la literalidad del art. 15, se dice que “*puede continuar*”. Además, mientras en la vivienda resida el cónyuge no separado (legalmente o de hecho) o sus hijos dependientes no se perderá la condición de arrendamiento, aunque el arrendatario no tenga ubicado en el inmueble su vivienda estable (art. 7 LAU)¹⁰⁷.

La obligación inicial entre el cónyuge y el arrendador continúa vigente al no producirse ninguna novación, pero si se produce una subrogación del cónyuge no arrendatario al que se le ha atribuido el uso en la posición que ostentaba el otro cónyuge. En todo caso, continúa vigente la relación anterior. Este derecho que ostentará el cónyuge será, en todo caso, personalísimo y, en consecuencia, no podrá transmitirlo (cederlo, subarrendarlo, renovarlo ni renunciar).

El inconveniente principal de esta situación en la que se atribuye el uso al cónyuge no arrendatario es que el otro cónyuge seguirá obligado a hacer frente a la renta del inmueble, aunque no ocupe la vivienda por no ser usuario, pues el obligado frente al arrendador sigue siendo éste. Para paliar este gravamen que tendrá que soportar el cónyuge

¹⁰⁵ *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*, cit., p, 93.

¹⁰⁶ CARRASCO PERERA, Ángel: “Comentario del artículo 15 LAU”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo), 5ª edición, Cizur Menor: Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 422-423.

¹⁰⁷ GIL MEMBRADO, Cristina: *La vivienda familiar*, cita., p. 192. El cónyuge no arrendatario en ningún caso será arrendatario, sino que obtiene la posesión del título arrendaticio que existe a favor del otro cónyuge.

arrendatario se puede reducir, si existe, la pensión compensatoria o incluso la obligación de alimentos¹⁰⁸.

Al mismo tiempo esta circunstancia puede llevar aparejadas complicaciones como que decida no hacer frente a la renta y el arrendador ejercitar sus acciones, concretamente la de desahucio. En este caso se produce un litisconsorcio pasivo necesario, pues según la STC 135/1986, de 31 de octubre, ambos cónyuges están pasivamente legitimados “*tanto el arrendatario suscriptor el contrato, como también su cónyuge, en virtud de lo dispuesto en los arts. 96.4¹⁰⁹ y 1320 CC¹¹⁰*”. En ese procedimiento de desahucio concurren una serie de intereses del cónyuge no arrendatario, así como de los hijos, que pueden verse afectados si no se da la posibilidad de personarse en el procedimiento para que pueda, entre otras cosas, pagar las rentas adeudadas enervando la acción de pago (reservándose la acción de repetición sobre el otro cónyuge).

b) Que la atribución implique una cesión del contrato de arrendamiento¹¹¹. Tiene lugar una subrogación *inter vivos* en la que el cónyuge no arrendatario ostentará la posición del cónyuge arrendatario asumiendo desde ese momento la obligación que el otro cónyuge había adquirido previamente. Ello porque en el Preámbulo se entiende que la subrogación deriva de la resolución judicial que atribuya el uso de la vivienda en los procesos matrimoniales.

Al tratarse de una subrogación plena implicará una novación subjetiva, pues con la cesión del contrato el cónyuge al que se le ha atribuido el uso desde ese momento es arrendatario. Los derechos y obligaciones que implica el contrato de arrendamiento tienen que ser asumidos por este cónyuge, de manera que será éste el que tenga que hacer frente a la renta.

Ahora bien, puede haber situaciones en las que el nuevo arrendatario no pueda asumir el contrato de arrendamiento en las mismas condiciones que tenía anteriormente por lo que tendría que desistir de dicho contrato de forma expresa o abandonar la vivienda.

¹⁰⁸ El art. 142 CC entiende que son alimentos “*todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica*”. En consecuencia, las necesidades de habitación que pudieran existir se pueden ver resueltas con la atribución del uso de la vivienda familiar cuando sea el cónyuge arrendatario el que siga pagando la renta correspondiente.

¹⁰⁹ “*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*”.

¹¹⁰ “*Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial*”.

¹¹¹ *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*, cit., p. 94.

6.2. Vivienda en cesión gratuita

Resulta bastante habitual que algún familiar haya cedido una vivienda al matrimonio de forma gratuita para apoyarles económicamente, que creen en ella su hogar y, generalmente, sin ningún título que legitime esa ocupación. El problema se presenta cuando en el procedimiento de crisis matrimonial se atribuye el uso de la vivienda al cónyuge distinto de aquél a quién se le cedió¹¹².

Concurren en este momento dos relaciones jurídicas distintas:

Por una parte, la relación familiar que estará presente en el procedimiento de nulidad, separación o divorcio. En este procedimiento no tiene importancia cual es el título en virtud del cual se ocupa el domicilio familiar, pues en este procedimiento se decidirá su atribución en función del art. 96 CC teniendo en cuenta si existen hijos o no y cuál es la parte desamparada que necesitada una especial protección. Los acuerdos o medidas adoptadas en este procedimiento solo tendrán efecto entre los cónyuges y no llegarán a afectar a terceros ajenos al matrimonio (como el titular de la vivienda).

Por otra parte, se encuentra la relación jurídica del tercero titular de la vivienda con un cónyuge o con ambos que afectará a la propiedad del inmueble. La propiedad de la vivienda no se verá modificada por las medidas tomadas en el procedimiento anterior, pues estas son *res inter alia acta* para el propietario de la vivienda. El título en virtud del cual el tercero cedió gratuitamente la vivienda no se ve modificado por la resolución del procedimiento anterior y a este título quedan subordinadas las medidas adoptadas en cuanto a la atribución de su uso.

La cuestión principal es saber ante que estructura jurídica nos encontramos, si es un precario¹¹³ o un comodato¹¹⁴, pues la protección es muy distinta en función del contrato. En el primer caso el propietario de la vivienda podrá ejercitar la correspondiente acción de desahucio por precario¹¹⁵ quedando el cónyuge a quién se le ha atribuido el uso en una situación de desamparo. Por el contrario, en el segundo caso se tendrían que comprobar que se dan los requisitos para la extinción del contrato de comodato.

¹¹² MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: “El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?”, en *Derecho y familia en el siglo XXI: II Congreso Mundial de Derecho de Familia y Menores: el derecho de familia ante los grandes retos del siglo XXI* (coord. HERRERA CAMPOS, Ramón), Vol. 1, Editorial Universidad de Almería, 2011, p. 575.

¹¹³ Definición jurisprudencial como una situación de hecho en la que se posee algún bien sin título, con la tolerancia o conocimiento del propietario, sin renta o merced y sin fijación de plazo por el titular.

¹¹⁴ El comodato se caracteriza por ser un contrato de préstamo en el que una de las partes entrega a la otra alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva (art. 1740 CC), con la característica esencial de su gratuidad (art. 1741 CC).

¹¹⁵ Prevista en el art. 250.1.2º LEC para recuperar la plena posesión de una finca urbana cedida en precario.

Al encontrarnos ante una laguna legal, pues el art. 96 CC supone que la vivienda es propiedad de alguno de los cónyuges omitiendo estas posibles problemáticas, la solución es totalmente jurisprudencial¹¹⁶. Ante las posturas dispares de la jurisprudencia menor, el Tribunal Supremo tuvo que unificarlas sentando jurisprudencia en la Sentencia de 26 de diciembre de 2005, en la cual viene a considerar que la situación es de precario, coincidiendo con la mayoría de la doctrina¹¹⁷.

La postura favorable a considerar que es una situación de precario es admitida desde antes de la reforma realizada por la Ley 30/1981¹¹⁸, pues considera el TS que la cesión del uso y disfrute por un familiar muy cercano a uno de los cónyuges al casarse de una vivienda “*sin señalamiento y exigencia de pago de renta o merced, no puede inferirse, mientras otra cosa no conste que se establezca un derecho real de habitación, sino solamente que se constituye un verdadero precario (...); que cesará cuando a él quieran ponerle fin el cedente o el cesionario*”¹¹⁹.

Que sea una situación de precario implica que el tercero titular de la vivienda puede reclamar su derecho (acción de desahucio), tanto antes como después de la atribución del uso, obligando al precarista a devolverla en cualquier momento. Esto se debe a que el titular del inmueble no tiene que tolerar las consecuencias que surjan en un procedimiento al que es ajeno (el matrimonial).

La situación de precario que se tenga antes de la crisis matrimonial no puede ser modificada tras la atribución del uso. Así la STS de 31 de diciembre de 1994 reconoce que la atribución del uso de la vivienda realizada en función del art. 96 CC “*a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí sólo proteger el que la familia ya tenía*”. De esta forma, si se ocupaba la vivienda en precario con la atribución “*no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita el ceder el uso de la vivienda*”. En la propia sentencia se hace referencia a que la posibilidad de obtener una protección posesoria superior al precario reduciría el número de ayudas familiares de este tipo “*ante el temor*

¹¹⁶ SALAZAR BORT, Santiago: *La atribución del uso de la vivienda familiar...*, cit., p. 169.

¹¹⁷ ESPIAU ESPIAU, Santiago: “Comentario a la STS de 31 de diciembre de 1994”, en *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, nº 38, 1995, pp. 672-673.

¹¹⁸ Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981, páginas 16457 a 16462.

¹¹⁹ STS de 30 de noviembre de 1964.

de que una crisis familiar privara en parte del poder de disposición que sobre la vivienda tiene el cedente del uso”.

La principal característica para diferenciar una situación de precario de un comodato (pues en ambos se cede el uso sin una contraprestación) es que, mientras que en el comodato se cede el uso del inmueble durante un período de tiempo concreto previamente determinado, en el precario se cede de forma indefinida o sin especificar.

Cuando la cesión del inmueble a título de liberalidad se ha realizado para que sea ocupada por la familia se entiende por la jurisprudencia que no hay una definición concreta del uso de la vivienda. La posición, por tanto, de los cónyuges en esta situación será de precaristas y no de comodatarios. La fundamentación es que destinar la vivienda a servir de habitación a la familia es el uso habitual y genérico de un inmueble y de él no puede inferirse una duración concreta (lo cual haría que fuera un comodato) ¹²⁰.

El comodato, por su parte, como indica el art. 1740 CC, es un contrato de préstamo por el cual una parte entrega a la otra una cosa no fungible para que use de ella durante un tiempo determinado y la devuelva. La nota característica esencial de este contrato es la gratuidad (art. 1740.II CC), pues si media alguna contraprestación dejará de ser constitutivo de este contrato (art. 1741 CC¹²¹).

Quienes defienden esta postura lo hacen por entender que es la única en la que verdaderamente habría una protección a la familia cumpliendo así con los principios constitucionales de protección a la familia (art. 39 CE) y el derecho a la vivienda (art. 47 CE) ¹²². En función de estos preceptos primará el derecho a la vivienda respecto del derecho que sobre ese inmueble ostente el propietario, que será una tercera persona ajena a la misma.

El comodato, a diferencia de la situación de simple precario, si que tiene una duración definida, ya sea porque se ha acordado de forma expresa desde el momento inicial, porque deriva objetivamente de las circunstancias del contexto en el que se ha producido la cesión, por la posible interpretación que se haga del contrato (arts. 1281 a 1289 CC), por

¹²⁰ La STS de 11 de junio de 2012 recoge que “*el inmueble se cedió de modo gratuito por los propietarios a su hija para su uso genérico de servir como vivienda y considera que no se ha probado que los demandados ostenten título alguno que ampare su ocupación, más allá de la cesión meramente tolerada de sus propietarios. Por ello, acreditada que la posesión de los demandados lo es en calidad de precaristas la demanda [de desahucio] debe ser íntegramente estimada*”.

¹²¹ “*El comodatario adquiere el uso de ella, pero no los frutos; si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato*”.

¹²² MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: “El uso gratuito por un cónyuge ...”, cit., p. 578.

la costumbre de la tierra entendida como los usos sociales (art. 1740 CC en relación con el 1.3 CC) o porque ha sido fijada por un órgano jurisdiccional (art. 1128 CC).

En una situación de comodato el propietario podrá reclamar la vivienda en los casos en los que el tiempo fijado ha expirado (art. 1749 CC). Excepcionalmente puede reclamar la posesión del inmueble con anterioridad a este plazo en el caso de que tuviere una urgente necesidad.

También podrá reclamar la vivienda cuando no se ha podido determinar cuál era la duración de la cesión (art. 1750 CC¹²³). Según la jurisprudencia esto será cuando la vivienda se haya cedido para un servicio concreto que haya finalizado (ejercer una actividad laboral, vacaciones, estudios, etc.), quedando fuera de ese supuesto cuando se cedió la vivienda para su normal utilización como domicilio (casos de precario)¹²⁴.

Hay que tener en cuenta que la jurisprudencia, ni cuándo se mantiene a la familia en la vivienda a modo de simple precario ni cuando es a título de comodato, reconoce una compensación económica a favor del tercero titular de la vivienda que se ve perjudicado. La doctrina ha criticado que de esta manera se produce un enriquecimiento injustificado por parte del titular de la atribución¹²⁵.

La **actual postura jurisprudencial**¹²⁶ se recoge inicialmente en la STS de 26 de diciembre de 2005 que trata de unificar las diferentes soluciones que se habían ofrecido por las distintas Audiencias Provinciales hasta ese momento y en ella se opta por entender que la posición de la familia será la de precario.

La posición del TS es que cuando una tercera persona cede una vivienda por motivo de un matrimonio, las posteriores cuestiones que surjan con relación al inmueble no podrán ser analizadas en un procedimiento matrimonial, pues no se pueden tomar en este procedimiento de familia decisiones que afecten a un tercero que es ajeno al mismo. Luego, tendrán que solucionarse en el correspondiente procedimiento en relación al derecho de propiedad.

Según el TS, en primer lugar, hay que examinar si existe un contrato que legitime la ocupación de la vivienda por la familia, puesto que vincularía al tercero propietario del

¹²³ “Si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad”.

¹²⁴ SAP de Madrid de 2 de noviembre de 1993: “el «uso» al que alude el artículo 1750 hace mención a una aplicación o servicio determinado (así préstamo de un piso para unas vacaciones o curso escolar, de un coche para un viaje, etc.), como referencia temporal o cronológica, que asimila el tiempo de utilización para el fin convenido al plazo de duración”.

¹²⁵ FÉLIX BALLESTA, María Ángeles.: “Asignación de la vivienda familiar en supuestos de nulidad, separación y divorcio”, Revista jurídica de Catalunya, nº 1, 1985, p. 193.

¹²⁶ Posición mantenida en sentencias posteriores como STS de 11 de junio de 2012.

inmueble y al cónyuge. En caso contrario, será evidente que es una vivienda ocupada en simple precario, lo cual implica que si el tercero se opone a que la vivienda siga siendo ocupada y ejercita la correspondiente acción de desahucio por precario, obliga al cónyuge a desocupar el inmueble¹²⁷.

En caso de que se logre probar la existencia del contrato la situación se regulará conforme a las previsiones legales del contrato de comodato (arts. 1741 y ss. CC) y teniendo en cuenta las limitaciones que tiene el comodante (no podrá reclamar el bien hasta que no haya concluido la finalidad para la que lo prestó, art. 1749 CC).

La existencia del contrato de comodato puede derivarse bien de forma clara de la existencia física del mismo o bien puede deducirse de los actos tácitos que hayan efectuado las partes. Ahora bien, aunque sea un comodato, si el tercero no reclama la devolución de la vivienda, la situación que ocupará el cónyuge usuario será la de precarista (FJ 5º).

En los casos en que no haya un contrato o no se haya conseguido probar, la situación será la de simple precario, pues se produce *“una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario”* (FJ 5º).

Finalmente, en esta sentencia el TS avala la postura que considera que en el procedimiento que ponga fin al vínculo matrimonial ni se genera un derecho a seguir ocupando la vivienda familiar si antes no existía, ni se amplía el derecho que existiera anteriormente (si era situación de precario no podrá tener una protección jurídica superior), puesto que de esa manera implicaría una carga para el tercero propietario de la vivienda que no tiene obligación de soportar. En este sentido el FJ 6º deja claro que *“la sentencia que homologue el convenio de separación o divorcio, no altera la titularidad en virtud de la cual los cónyuges ostentaban la posesión del inmueble destinado a vivienda habitual”*.

Por tanto, no podrá ampliarse la protección jurídica en la resolución judicial que atribuya el uso de la vivienda familiar pues no podrá alterar la naturaleza del título por el cual se ostentaba la posesión. En la sentencia judicial solamente se podrá determinar que cónyuge continúa usando el inmueble y quien tendrá que abandonarlo, pero no creará o modificará la naturaleza jurídica del título que legitima la posesión del inmueble.

¹²⁷ FJ 4º (STS de 26 de diciembre de 2005): *“para solucionar aquellas reclamaciones efectuadas por los propietarios, progenitores de uno de los cónyuges, acerca de la reivindicación de los inmuebles que les hubiesen cedido, habrá que examinar, en primer lugar, si existió un contrato entre ellos y aplicar los efectos propios de este contrato, pero en el caso de que no hubiera existido, la postura de los cesionarios del uso del inmueble es la de un precarista”*.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que esta postura del TS ha sido criticada por entender que no es lo suficientemente clara y tener razonamientos contradictorios. En este sentido MARÍN LÓPEZ¹²⁸ entiende que focalizar el problema de manera inicial en la existencia de un contrato para que solo en ese caso haya comodato no es lo más oportuno. Ello se debe a que, en el caso concreto, aunque no había contrato, no considera que su posición sea la de mera precarista puesto que ostentaba una posesión simplemente tolerada, sino que debería tener alguna protección mayor al ser una posesión concedida por el titular. Por tanto, considera que, aun no habiendo un contrato físico, si que habría un contrato en esa cesión que legitimaría el uso de los poseedores, ostentado, por consiguiente, la posición de comodataria.

Asimismo, considera contradictorio que en la sentencia inicialmente se establezca que hubo un contrato de comodato entre los padres del marido y los cónyuges con la afirmación posterior del Tribunal de que no se consigue probar la existencia de un contrato, con la consecuencia de que su posición será la de precarista. Finalmente, concibe que será igualmente contradictorio decir que inicialmente la situación era de comodatarios, pero tras la sentencia hay un precario, lo cual está en contra de la propia posición del Tribunal Supremo de que mediante la resolución judicial no se puede alterar la naturaleza jurídica del título que exista.

7. CONCLUSIONES

Primera.- La vivienda familiar es objeto de una protección especial cuando ocurra una situación de crisis matrimonial derivada de ser un bien supeditado a intereses mayores que los individuales de los miembros de la familia. Para que pueda ser objeto de esa protección especial la vivienda tiene que tener la nota de “familiar”, lo cual solo ocurrirá cuando sea el domicilio habitual y permanente de la familia. Seguirá teniendo esta consideración independientemente de que el matrimonio tenga hijos o alguno de los cónyuges la abandone tras el inicio de la crisis matrimonial.

No todas las viviendas que posea la familia pueden ser objeto de esta protección del art. 96 CC. Quedan excluidos del concepto de vivienda familiar los locales de negocio (salvo que sea un local mixto en el que se produzca la convivencia familiar de forma habitual), los trasteros o garajes (salvo si están incluidos en la vivienda familiar) y viviendas en las que no hay habitualidad (segundas residencias -algunas veces la

¹²⁸ MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: “El uso gratuito por un cónyuge ...”, cit., p. 580-581.

jurisprudencia las considera como vivienda familiar). Ahora bien, si quedarán comprendidos por este concepto todas las viviendas que responden al interés familiar y no al individual de sus miembros como la vivienda en la que vive un solo miembro de la familia, pero es susceptible de ser utilizada por los demás.

Segunda.- El derecho de uso sobre la vivienda familiar es un derecho familiar que limita el derecho de disposición que ostenta el titular del inmueble entre sus facultades dominicales. En todo caso, cuando existen hijos menores y se atribuye la custodia a uno de los progenitores, los titulares del derecho de uso serán los cónyuges *per relationem*. Los hijos siempre serán considerados como beneficiarios del derecho de uso que ostente el progenitor. En ningún caso se podrá entender que son beneficiarios de esta protección los hijos mayores independientes económicamente, los hijos no comunes al matrimonio y excepcionalmente podrán serlo los concebidos no nacidos.

Tercera.- La atribución que se realice de la vivienda familiar tendrá siempre carácter temporal, de lo contrario supondría casi una expropiación del derecho de propiedad para su titular. El criterio principal para proceder a realizar la atribución será garantizar el interés familiar más necesitado de protección y, en su defecto, se atribuirá según la titularidad (salvo que el cónyuge no titular represente ese interés).

Siempre se presumirá que el interés más necesitado de protección lo ostentan los hijos y, en consecuencia, se atribuirá el uso de la vivienda familiar al cónyuge en cuya compañía queden, es decir, se vincula como norma general la atribución a la custodia exclusiva. Pero también puede haber excepciones a esta regla general en las que, en función de las circunstancias, se atribuya el uso al cónyuge no custodio por representar una situación de especial vulnerabilidad y necesitar una tutela mayor.

Si la custodia de los hijos se distribuye entre los padres existen diversos criterios a tener en cuenta como con quién queda el grupo más numeroso de hijos.

Cuando estamos en situación de custodia compartida la mejor atribución es a uno de los progenitores, quien ostente el interés más necesitado y, por tanto, que sean los menores los que tengan que trasladarse entre las viviendas de los progenitores. Ello porque, lo contrario (atribuir de forma alternativa la vivienda familiar a los progenitores sin que haya un cambio de residencia para los menores), solo sería una fuente de problemas que inevitablemente se reflejarían en la custodia compartida.

Cuando no existan hijos en el matrimonio se determinará conforme a la titularidad, salvo que el cónyuge no titular solicite la atribución y consiga probar que está en una situación de desamparo que lo hace merecedor de dicha atribución.

Cuarta.- En situaciones de violencia doméstica la mujer puede solicitar en un procedimiento penal la medida civil de atribución de la vivienda familiar. La atribución siempre será para la mujer al ser evidentemente el interés más necesitado de protección. En este caso, no será un motivo para otorgar la vivienda posteriormente al maltratador que la mujer y los hijos hayan tenido que abandonarla por la violencia que sufrían.

Quinta.- Cuando se trata de una vivienda arrendada el cónyuge no titular del contrato de arrendamiento puede continuar en la misma vivienda, con la única condición de haberlo comunicado al arrendador. En estos casos no se produce una novación del contrato, sino una simple subrogación del cónyuge no arrendatario, por lo que se sigue manteniendo vigente el contrato firmado entre el arrendador y el otro cónyuge.

Cuando la vivienda ha sido cedida en forma de liberalidad por algún familiar a alguno de los cónyuges estamos ante una posición de precario en la que el titular del inmueble puede ejercer la acción de desahucio en cualquier momento. Excepcionalmente, en el caso de que medie un contrato o se haya acordado un plazo determinado para la cesión se estará ante una situación de comodato y el titular no podrá reivindicar su propiedad hasta que se acabe dicho plazo.

BIBLIOGRAFÍA

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

CABEZUELO ARENAS, Ana L.: “Extinción de la atribución de uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con tercero: comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 19 de marzo de 2007”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 21, 2008.

CALDERÓN CUADRADO, María Pía: 2002. *Medidas provisionales en nulidad, separación y divorcio. La aplicación práctica de los artículos 102 a 106 del CC y 771 a 773 de la LEC*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

CARRASCO PERERA, Ángel: “Comentario del artículo 15 LAU”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo), 5ª edición, Cizur Menor: Aranzadi, Pamplona, 2010.

DE HOYOS SANCHO, Montserrat: *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Valladolid: Lex Nova, Valladolid, 2009.

ESPIAU ESPIAU, Santiago: *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*. Promociones y publicaciones universitarias, Barcelona, 1992.

ESPIAU ESPIAU, Santiago: “Comentario a la STS de 31 de diciembre de 1994”, en *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, nº 38, 1995.

FÉLIX BALLESTA, María Ángeles.: “Asignación de la vivienda familiar en supuestos de nulidad, separación y divorcio”, *Revista jurídica de Catalunya*, nº 1, 1985.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco J.: “Variaciones posteriores de medidas adoptadas en relación a la vivienda y al ajuar familiares por alteración sustancial de las circunstancias”, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales* (coord. por VILADRICH, Pedro J.), Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, pp. 257 a 300.

GARCÍA CANTERO, Gabriel: “Artículo 96”, *Comentarios al Código Civil Y Compilaciones forales* (dir. por ALBALADEJO, Manuel), 2ª edición, Editorial Revista de derecho Privado, 1982.

GIL MEMBRADO, Cristina: *La Vivienda Familiar*. Editorial Reus, Madrid, 2013.

HERRERO GARCÍA, María José: “Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código Civil”, en *Libro homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño* (coord. por BELTRÁN DE HEREDIA ONÍS, Pablo y otros), Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984.

LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de derecho civil IV, Derecho de Familia*, vol. 1, 3ª edición, Dykinson, Madrid, 2008.

LACRUZ BERDEJO, José Luis: “Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prologo” en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales* (coord. por VILADRICH, Pedro J.), Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986.

LETE DEL RIO, José Manuel: “Comentario del artículo 96”, en *Matrimonio y divorcio: comentarios al nuevo Título IV del Libro 1º del Código civil* (coord. LACRUZ BERDEJO, José L.), 2ª edición, Civitas, Madrid, 1994.

MANZANA LAGUARDA, María Pilar: “La atribución del uso de la vivienda familiar (criterios judiciales)”, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: Jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, nº. 22, 2007.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: “El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?”, en *Derecho y familia en el siglo XXI: II Congreso Mundial de Derecho de Familia y Menores: el derecho de familia ante los grandes retos del siglo XXI* (coord. por HERRERA CAMPOS, Ramón), Volumen 1, Editorial Universidad de Almería, 2011.

MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, P. 1, 2 Y 3 CC). Teoría y práctica jurisprudencial*, Thomson Civitas, Madrid, 2006.

MONTERO AROCA, Juan: *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (la aplicación práctica del art. 96 del Código Civil)*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

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

RAMS ALBESA, Joaquín J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*. Tecnos, Madrid, 1987.

SALAZAR BORT, Santiago: *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: amplio estudio jurisprudencial*, Elcano, Navarra, 2001.

Vivienda familiar y cargas del matrimonio, Lefevre-El Derecho, Madrid, 2016.

LEGISLACIÓN

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Gaceta núm. 260, de 17 de septiembre de 1882).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE núm. 206, de 25/07/1889)

Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981, páginas 10725 a 10735).

Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981, páginas 16457 a 16462).

Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 1994, páginas 36129 a 36146).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 08/01/2000, páginas 575 a 728).

Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica (BOE núm. 183 de 1 de agosto de 2003, páginas 29881 a 29883).

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005, páginas 24458 a 24461).

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (DOGC núm. 5686 de 05 de agosto de 2010 y BOE núm. 203 de 21 de agosto de 2010 páginas 73429 a 73525).

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 (BOA núm. 63 de 29 de marzo de 2011, páginas 6490 a 6616).

Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (DOGV núm. 6495 de 5 de abril de 2011. BOE núm. 98, de 25 de abril de 2011, páginas 41873 a 41879) [derogada por la STC 192/2016, de 16 de noviembre].

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional:

STC 135/1986, de 31 de octubre (Rec. 935/1985)

Tribunal Supremo:

STS de 30 de noviembre de 1964 (RJ 1964/5552)

STS de 2 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10250)

STS de 25 de abril de 1994 (RJ 1994/2945)

STS de 14 de julio de 1994 (RJ 1994/6439)

STS de 18 de octubre de 1994 (RJ 1994/7722)

STS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994/10330)

STS de 14 de enero de 2001 (RJ 2010/2323)

STS de 22 de abril de 2004 (RJ 2004/2713)

STS de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005/922)

STS de 18 de enero de 2010 (RJ 2010/1274)

STS de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010/7445)

STS de 28 de marzo de 2011 (RJ 2011/939)

STS de 29 de marzo de 2011 (RJ 2011/3021)

STS de 1 de abril de 2011 (RJ 2011/14453)

STS de 21 de junio de 2011 (JUR 2011/236085)

STS de 5 de septiembre de 2011 (Rec. 1755/2008)

STS de 10 de octubre de 2011 (JUR 2011/440852)

STS de 27 de febrero de 2012 (Rec. 2258/2008)

STS de 9 de mayo de 2012 (RJ 2012/5137)

STS de 31 de mayo de 2012 (RJ 1057/2011)

STS de 9 de mayo de 2012 (RJ 1781/2010)

STS de 11 de junio de 2012 (RJ 2012/8848)

STS de 14 de noviembre de 2012 (Rec. 785/2010)

STS de 11 de noviembre de 2013 (Rec. 2590/2011)

STS de 25 de marzo de 2015 (Rec. 2446/2013)

STS de 18 de mayo de 2015 (RJ 2302/2013)

STS de 29 de mayo de 2015 (Rec. 66/2014)

STS de 27 de junio de 2016 (Rec. 3698/2015)

STS de 6 de octubre de 2016 (Rec. 1986/2014)
STS de 21 de diciembre de 2016 (Rec. 151/2016)
STS de 19 de enero de 2017 (Rec. 1222/2015)
STS de 23 de enero de 2017 (Rec. 755/2016)
STS de 22 de septiembre de 2017 (Rec. 1886/2016)
STS de 27 de septiembre de 2017 (Rec. 3114/2015)
STS de 10 de enero de 2018 (Rec. 942/2017)
STS de 14 de febrero de 2018 (Rec. 1630/2017)
STS de 14 de abril de 2018 (1855/2017)

Tribunales Superiores de Justicia:

STSJ de Cataluña de 22 de septiembre de 2003 (RJ 2003/7128)
STSJ de Cataluña de 5 de septiembre de 2008 (RJ 2009/1449)

Audiencias Provinciales:

SAP de Madrid de 2 de noviembre de 1993 (AC 1993/2359)
SAP de Pamplona de 27 de noviembre de 1993 (AC 1993/2235)
SAP de Valencia de 25 de enero de 1994 (AC 1994/156)
SAP de Las Palmas de 8 de octubre de 1998 (AC 1998/1905)
SAP de Toledo de 14 de noviembre de 1998 (AC 8322/1998)
SAP de Cuenca de 27 de mayo de 1999 (AC 1999/5909)
SAP de Barcelona de 11 de enero de 2000 (AC 2000/3283)
SAP de Huesca de 27 de enero de 2000 (AC 2000/404)
SAP de Barcelona de 18 de febrero de 2000 (JUR 2000/124134)
SAP de Barcelona de 9 de mayo de 2000 (JUR 2000/211017)
SAP de Barcelona de 2 de mayo de 2000 (JUR 2000/209857)
SAP de Castellón de 20 de septiembre de 2000 (AC 2000/1796)
SAP de Sevilla de 10 de enero de 2001 (AC 2001/423)
SAP de Murcia de 5 de marzo de 2002 (JUR 2002/127259)
SAP de Valencia de 4 de diciembre de 2002 (JUR 2003/53933)
SAP de Cáceres de 7 de noviembre de 2002 (Rec. 292/2002)
SAP de Murcia de 10 de diciembre de 2002 (JUR 2003/73904)
SAP de Islas Baleares de 11 de febrero de 2003 (AC 2003/319)
SAP de Granada de 4 de marzo de 2003 (JUR 2003/181163)

SAP de Valencia de 27 de marzo de 2003 (JUR 2003/142238)
SAP de Murcia de 2 de junio de 2003 (JUR 2004/34772)
SAP de Las Palmas de 9 de junio de 2003 (JUR 2003/240817)
SAP de Las Palmas de 25 de septiembre 2003 (JUR 2004\25749)
SAP de Asturias de 24 de noviembre 2003 (JUR 2003/431)
SAP de Barcelona de 11 de noviembre de 2004 (JUR 2005/16069)
SAP de Baleares de 29 de junio de 2005 (JUR 2005/190190)
SAP de Santa Cruz de Tenerife de 19 de septiembre de 2005 (JUR 2005/262909)
SAP de Baleares de 7 de marzo de 2006 (Rec. 70/2006)
SAP de Cáceres de 4 de mayo de 2006 (Rec. 204/2006)
SAP de Navarra de 3 de noviembre de 2006 (Rec. 193/2006)
SAP de Cáceres de 11 de enero de 2007 (Rec. 556/2006)
SAP de Almería de 19 de marzo de 2007 (AC 2007/505)
SAP de Barcelona de 12 de julio de 2007 (Rec. 531/2006)
SAP de Barcelona de 21 de febrero de 2008 (Rec. 518/2007)
SAP de Asturias de 20 de febrero de 2009 (JUR 2009/224470)
SAP de Granada de 6 de noviembre de 2009 (Rec. 353/2009)
SAP de Valencia de 26 de noviembre de 2009 (Rec. 571/2009)
SAP de Málaga de 1 de diciembre de 2010 (Rec. 91/2010)
SAP de Murcia de 27 de enero de 2011 (JUR 2011/117636)
SAP de Sevilla de 14 de junio de 2011 (JUR 2011/381323)
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 Murcia de 22 de diciembre de 2011 (JUR 2012/8887)
SAP de Barcelona de 21 de junio de 2016 (Rec. 1057/2014)

Resoluciones de la DGRN:

DGRN de 31 de marzo de 1995 (RJ 1995/2669)
DGRN de 11 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6274)
DGRN de 21 de junio de 2004 (RJ 2004/5487)
DGRN de 28 de mayo de 2008 (RJ 2005/5493)
DGRN de 5 de junio de 2008 (RJ 2008/3155)
DGRN de 27 de agosto de 2008 (RJ 2008/8285)
DGRN de 18 de noviembre de 2009 (RJ 2010/1667)