



ESCUELA DE PRÁCTICA JURÍDICA
SALAMANCA

TRABAJO FIN DE TÍTULO
MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA

Curso 2019/2020

**LA VIVIENDA FAMILIAR Y SU
DERECHO DE USO.**

DICIEMBRE 2019

ALBA OLIVA FERNÁNDEZ

Tutora: ALICIA VAQUERO BORREGO

TRABAJO FIN DE TÍTULO
MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA

Derecho Privado.

Derecho Civil.

Derecho de Familia.

LA VIVIENDA FAMILIAR Y SU
DERECHO DE USO.

THE FAMILY HOME AND ITS
RIGHT OF USE.

Fdo.: Alba Oliva Fernández.

Fdo.: Alicia Vaquero Borrego.

RESUMEN

En las crisis matrimoniales la vivienda familiar es uno de los puntos más discutidos en los tribunales debido a la difícil posición en que se encuentran cada uno de los cónyuges. Por ello tenemos que realizar un gran esfuerzo para analizar las diferentes circunstancias que pueden existir. Como no es posible todavía encontrar una definición de vivienda familiar en nuestro Código Civil de manera literal, debemos de atender a las resoluciones dictadas por los tribunales a lo largo de los años. La existencia de hijos hace que varíen los criterios que hay que tener en cuenta para la atribución a los progenitores. Y además la titularidad sobre la vivienda supone un conflicto tanto en la figura del matrimonio como en las parejas de hecho. El cambio de circunstancias espontáneas pero persistentes nos llevan a extinguir este derecho y adaptarlo así a la realidad social existente en dicho momento siempre protegiendo, el interés del menor.

PALABRAS CLAVE: vivienda familiar, menores, cónyuges, ruptura matrimonial, custodia, derecho de uso.

ABSTRACT

In marital crises, the family house is one of the most discussed points in the courts due to the difficult position of each spouse. Therefore we have to make a great effort to analyze the different circumstances that may exist. As it is not yet possible to find a definition of family housing in our Civil Code in a literal way, we must comply with the resolutions issued by the courts over the years. The existence of children causes that the criteria that must be taken into account for the attribution to the parents vary. And in addition, ownership of housing implies a conflict both in the figure of marriage and in de facto couples. The change of spontaneous but persistent circumstances leads us to extinguish this right and adapt it to the social reality existing at that time always protecting, the child's interest.

KEYWORDS: family house, minor, spouses, marriage break, custody, right of use.

ABREVIATURAS

AP: Audiencia Provincial.

ART./ARTS.: Artículo/ Artículos.

CC: Código Civil.

C DFA: Código del Derecho Foral de Aragón.

CE: Constitución Española.

COORD: Coordinados.

L.A.U.: Ley de Arrendamientos Urbanos.

L.E.C.: Ley de Enjuiciamiento Civil.

L.H.: Ley Hipotecaria.

P./ PP.: Página/ Páginas.

R.H.: Reglamento Hipotecario.

R.P.: Registro de la Propiedad.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

STC: Sentencia Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

ÍNDICE

<u>INTRODUCCIÓN</u>	7.
<u>1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA VIVIENDA FAMILIAR</u>	9.
1.1 Concepto de vivienda familiar.....	9.
1.2 Vivienda familiar y elementos definitorios.....	10.
1.3 Vivienda familiar, vivienda habitual o domicilio conyugal.....	13.
1.4 Problemática de trasteros, garajes y locales.....	14.
1.5 ¿Qué sucede si existen varias viviendas?.....	16.
<u>2. DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR</u>	18.
2.1 Naturaleza de uso del artículo 96.1 del Código Civil.....	18.
2.2 Constitución del derecho de uso de la vivienda.....	21.
2.2.1 ¿Es necesario que se haya estado usando anteriormente esa vivienda?.....	22.
2.3 Titularidad del derecho de uso.....	22.
2.4 Contenido del derecho de uso.....	23.
<u>3. TEMPORALIDAD DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR</u>	24.
3.1 Temporalidad en las diferentes CCAA.....	24.
3.2 Temporalidad si existen hijos.....	25.
3.3 Temporalidad en ausencia de hijos económicamente dependientes.....	27.
<u>4. OPONIBILIDAD AL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR</u>	30.
4.1 Inscripción del derecho de uso en el Registro de la Propiedad.....	30.
4.1.1 ¿Qué cuestiones se deben de tener en cuenta en la inscripción?...31.	
4.1.2 ¿En qué momento se lleva a cabo en el Registro la atribución del derecho de uso?.....	31.
4.2 ¿Es oponible el derecho de uso aunque no esté inscrito en el Registro de la Propiedad?.....	32.
4.3 Diferentes supuestos de inscripción.....	33.
4.4 Acción de división de la cosa común, <i>actio comuni dividundo</i>	36.

<u>5. ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LAS PAREJAS DE HECHO</u>	37.
<u>6. ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL SUPUESTO DE CUSTODIA COMPARTIDA DEL MENOR</u>	41.
<u>7. ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL SUPUESTO DE CUSTODIA MONOPARENTAL DEL MENOR</u>	45.
<u>8. ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR</u>	48.
8.1 En presencia de hijos mayores de edad con alguna discapacidad.....	48.
8.2 En ausencia de hijos económicamente dependientes.....	50.
<u>9. EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR</u>	51.
<u>CONCLUSIONES</u>	56.
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	59.
<u>JURISPRUDENCIA</u>	63.
<u>LEGISLACIÓN</u>	67.

INTRODUCCIÓN

Cuando se produce una situación de crisis entre una pareja y como consecuencia de ello se tiene que llevar a cabo un procedimiento de separación, divorcio o nulidad matrimonial, una de las cuestiones más preguntadas en este momento por cualquiera de los convivientes al margen de la custodia de los hijos es qué ocurre con la vivienda familiar. Por tanto, una de las labores más importantes de los abogados que se encargan de dirigir este procedimiento es la negociación entorno a la vivienda familiar. Al profundizar sobre esta cuestión son múltiples las circunstancias que debemos tener en cuenta ya que cada ruptura es diferente y por ello, respecto a la vida que han venido desarrollando ambos cónyuges no es posible establecer una comparativa con otro supuesto resuelto con anterioridad. Esta es una de las cuestiones que debemos de tener siempre en cuenta en el momento en que un cliente acude al despacho para encargarnos solucionar los problemas derivados de la ruptura y es que no de todos los casos derivan las mismas consecuencias.

Actualmente la mujer se encuentra incorporada al mundo laboral y, por tanto podemos ir acabando poco a poco con que la tradición de que son éstas quienes resultan perjudicadas tras la ruptura, debido a la escasa cualificación que presentan y las dificultades para acceder al mundo laboral. Pero todavía encontramos supuestos en los que se produce una ruptura en un matrimonio de avanzada edad y durante toda la vida la mujer ha estado dedicada exclusivamente a las tareas domésticas y además, como consecuencia de ello presenta carencia de ingresos para poder afrontar una vida económicamente independiente de su pareja.

Como consecuencia de las múltiples respuestas posibles a estos problemas hemos convenido hacer un estudio de la vivienda familiar. El trabajo se ha estructurado de la siguiente forma:

Primero, hemos considerado que debido a la falta de precisión en nuestro Código Civil sobre qué es una vivienda familiar nos hemos detenido a recopilar en atención a las resoluciones dictadas desde la jurisprudencia menor hasta los altos tribunales que podemos entender por esta vivienda. A partir de esto hemos realizado una enumeración de las características de la misma que la diferencian de otro tipo de inmueble.

Segundo, una vez que hemos podido establecer una definición de la misma nos hemos detenido en analizar la naturaleza del derecho de uso por parte de la doctrina y la variedad de jurisprudencia dictada al respecto. Una vez determinada la naturaleza hemos podido conocer las posibles opciones para constituir el mismo y atribuir la titularidad a uno u otro cónyuge. Pero como estamos ante la ausencia de un derecho vitalicio debemos poner de manifiesto el límite temporal del mismo en función de si existen hijos o no y a su vez, hemos analizado la legislación dictada al respecto por parte de las Comunidades Autónomas.

Tercero, hemos analizado cada uno de los supuestos posibles que son objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, con el fin de proteger este derecho de uso

frente a terceros así como los requisitos que deben cumplirse para acceder a esta protección que nos otorga el Registro.

Cuarto, una vez que hemos asentado las bases necesarias comenzamos a analizar la atribución de las viviendas familiares en los casos de ruptura de las parejas de hecho. Lo que nos ha parecido interesante ya que debido a la falta de regulación estatal que presentan también las mismas, ha sido una cuestión atrayente a tratar. Y a partir de ahí hemos desarrollado en el trabajo las diferentes consecuencias sobre la vivienda familiar de atribuir a uno o ambos progenitores, respectivamente la custodia monoparental o compartida. Además de ello hemos dedicado un apartado a tratar el asunto de los hijos mayores de edad que presentan alguna discapacidad y la influencia de esta última sobre la vivienda.

Pero como la vivienda familiar no sólo existe cuando hay hijos sino que, ésta tiene la misma consideración cuando éstos están ausentes así pues, nos dedicamos en una parte del trabajo a hablar sobre ello.

Por último una vez que hemos desarrollado todo el trasfondo que presenta la vivienda familiar, nos detenemos en la extinción de este derecho y las múltiples actuaciones que conllevan terminar con la vigencia de éste.

Durante todo el trabajo hemos aplicado la práctica diaria que se presenta en los despachos y consecuentemente supuestos controvertidos en los tribunales así como la solución que ofrecen los mismos. Creando a partir de estas soluciones otras posibles y defendiendo el cambio de normativa debido a la pasada realidad que contempla y por ello, resulta insuficiente para solventar estas consecuencias debiendo acudir en situaciones a soluciones injustas pero válidas de acuerdo a la aplicación del ordenamiento.

1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

1.1 Concepto de vivienda familiar.

La vivienda familiar es el bien más importante y duradero que existe y en principio va a existir durante toda la vida de los cónyuges, y a éste van a dedicar gran parte de la economía de su vida, por ello no debe ser considerado como cualquier bien fungible debido a la importancia que presenta. Por tanto, uno de los caracteres básicos es la **perpetuidad** del bien además de que la familia va a desarrollar en ella su vida.

Desde el punto de vista social, el lugar en el que se encuentre la vivienda va a definir el status social al que pertenece la familia y desde el punto de vista económico, como he señalado anteriormente es el bien más costoso que el matrimonio adquiere durante el matrimonio por lo que supone un gran esfuerzo para ellos.

Desde el punto de vista de la utilidad, la vivienda sirve para satisfacer la necesidad básica de alojamiento y desde la perspectiva sentimental, la vivienda es el lugar donde más tiempo está una persona como consecuencia de ello se va a crear un vínculo superior y especial con este bien a diferencia de cualquier otro bien¹.

Es importante señalar que la vivienda se encuentra protegida en nuestra Constitución, concretamente el artículo 47 señala *“Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulado la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”*. Este precepto debe relacionarse con el artículo 39.1 contenido en el mismo texto legal ya que se refiere a la protección social, económica y jurídica de la familia y esta protección alcanza a la cuestión que tratamos en este trabajo y es la vivienda familiar.

Nuestro Código Civil no recoge una definición de vivienda familiar, aunque es cierto que se remite a ella en diversos preceptos: arts. 90, 91, 96, 103, 1320, 1321 y 1406. Por lo tanto, para extrapolar una definición debemos atender a lo seguido por la doctrina y manifestado por la jurisprudencia.

La vivienda familiar no puede ser considerada como cualquier vivienda, sino que se exigen unas características particulares para diferenciarla de otros tipos de viviendas o inmuebles.

El Tribunal Supremo reitera que es necesario tener en cuenta para poder hablar de este tipo de vivienda que “constituya 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**. Esto debe integrarse con lo establecido en el artículo 70 del

¹ Vid. ANGUITA RÍOS, R. M. “El acceso a la vivienda: algunas situaciones problemáticas entorno a la pareja”, *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm.14 Julio, 2011, p. 109.

Código Civil en relación con el domicilio de los cónyuges”². En cuanto a la noción de “hogar”, nuestro Tribunal Supremo ha aportado la definición en la Sentencia de 16 de diciembre de 1996 definiendo como “el reducto donde se asiente y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias y protección de intimidad, al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable al amparo y educación de éstos”³.

La jurisprudencia menor emanada de nuestras Audiencias definió la vivienda familiar y concretamente señalamos la sentencia emitida por la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de marzo de 2017, donde delimitó la vivienda familiar como aquella que constituye el ámbito habitual de desarrollo tanto de las relaciones conyugales como de filiación, esto es, donde se desarrolla la convivencia familiar. En definitiva, la vivienda habitual de la familia o donde reside principalmente, pudiendo también ser cualquier dependencia que permita realizar la vida en común. Concluye manifestando que es el lugar donde residen los cónyuges con habitualidad realizando en ella las funciones de convivencia entre sus miembros y necesidades de éstos⁴. Conviene también tener presente la interpretación que mantienen las Audiencias Provinciales de Cádiz y Ciudad Real⁵ al definir el concepto jurídico de vivienda familiar por la utilización de manera conjunta, permanente y habitual por los miembros de una familia y hacen que primen en ella los intereses de la familia frente a los particulares de cada uno de los cónyuges.

1.2 Vivienda familiar y elementos definitorios.

Como he indicado anteriormente la vivienda familiar se diferencia por tener unas características particulares al resto de inmuebles. Seguidamente, puntualizaré sobre cada uno de los elementos definitorios que caracterizan a la misma:

La primera de ellas es que debe ser un **bien inmueble**, ya que como defiende García Cantero⁶ debe ser “un edificio cuyo destino principal es el alojamiento a personas”. Aunque parte de la doctrina también admite la vivienda como un bien mueble con la particularidad que reúna la condición de habitabilidad y que sea el alojamiento principal de la familia como podría ocurrir en el caso de las caravanas, tiendas de campaña, barcos, etc. Lo cual considero que no podría conceptuarse como vivienda familiar debido a que se atribuirían bienes que se deteriorarían con el uso y además de ello entra en confusión con uno de los principales fines de atribución que es el mantenimiento del entorno en el que desarrollaban su vida antes de que se produjera la crisis entre los

² Vid. STS de 19 de noviembre de 2013 (RJ 726/2013).

³ Vid. PÉREZ UREÑA, A.A “El uso de la vivienda familiar en las crisis de las uniones de hecho” Diario Jurisprudencia El Derecho, 2004, p.3.

⁴ Vid. SAP de Madrid de 29 de marzo de 2017 (RJ 291/ 2017).

⁵ Vid. SAP de Cádiz de 18 de julio de 2016 (RJ 246/2016); SAP de Ciudad Real de 30 de diciembre de 1995 (RJ 363/1995).

⁶ Vid. GARCIA CANTERO. G, “Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español”, en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, p. 74.

progenitores, lo cual no sería posible tanto en el caso de una tienda de campaña como en una caravana o un barco debido a que podría desplazarse a cualquier otro lugar y no se cumpliría uno de los principales fines para los cuales es atribuida la vivienda familiar.

Debemos de tener en cuenta que el bien inmueble tiene que estar destinado a vivienda, y por ello no podemos incluir dentro de este concepto cualquier tipo de parcela que se encuentre sin construir o la posibilidad de que exista un edificio el cual esté terminado pero no ha sido habitado⁷.

En segundo lugar, debe ser una vivienda **habitable**, es decir, que reúna unas mínimas condiciones para que la familia pueda asentarse y cubrir las necesidades primarias en ella⁸.

En tercer lugar, el inmueble debe ser **familiar**, esto es tiene que estar destinado a las necesidades de la familia. Pongámonos en el supuesto de que María y Pablo tienen dos hijos, la mujer vive en Madrid y Pablo en Salamanca junto a sus hijos pero en el momento en que acuden a la Universidad se trasladan a Madrid a residir en compañía de la madre. En este instante, ¿puede tener esa vivienda madrileña la consideración de familiar? Sí puede tener dicha consideración, ya que es utilizada por los miembros de la familia y se encuentra a disposición de cualquiera de los integrantes. Pero ¿y si sólo reside en ella María? Ante esta situación no podría conceptuarse como vivienda familiar ya que sólo hace uso de ella la progenitora sin que esté a disposición de cualquiera de los demás miembros.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 2012⁹ junto con el Tribunal Supremo han destacado la especial protección de este bien ya que lo ha caracterizado como un bien familiar y no patrimonial debido a que se subordina su valor a la satisfacción de las necesidades familiares.

En cuarto lugar, debe ser una **residencia habitual** tal y como estima el alto tribunal en la sentencia de 19 de noviembre de 2013¹⁰ donde niega la consideración de vivienda familiar porque ambos cónyuges trabajaban en ciudades diferentes al lugar en el que se situaba el domicilio familiar. En contra de esta decisión se posiciona GARCÍA CANTERO¹¹ porque es cierto, que el precepto no habla de vivienda habitual a diferencia del artículo 1320 del CC que sí hace referencia a ello, lo cual provoca al Juez

⁷ Vid. COSTAL RODAL. L, “Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS”, en *Guía práctica de las crisis matrimoniales*, Aranzadi, Navarra, 2017, p. 907.

⁸ Vid. SAP de Burgos de 30 de junio de 2006 (RJ 280/2006) donde se valora la idoneidad de algunos inmuebles de la familia que presentan situaciones ruinosas o necesitados de alguna reforma.

⁹ Vid. SAP de Cádiz de 17 de enero de 2012 (RJ 22/2012); SAP de Barcelona de 18 de septiembre de 1998 (RJ 5/1998).

¹⁰ Vid. STS de 19 de noviembre de 2013 (RJ 726/2013), niega el carácter de vivienda familiar a la vivienda que poseía el matrimonio en la ciudad de Sevilla donde habían fijado ambos el domicilio familiar aunque él era piloto de aviación con domicilio y centro de trabajo en Madrid y ella trabajaba en Barcelona.

¹¹ Vid. GARCÍA CANTERO. G, “Comentario al art. 96 CC” en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo II, Edersa, Madrid, 1982.

mayor libertad para poder conceder el uso de una vivienda que no sea la habitual sino que se trate por ejemplo de una vivienda que está desocupada, o que simplemente se utiliza durante el periodo de vacaciones de verano.

El término habitual no es tanto lo constante o permanente, sino aquello que se repite periódicamente con el paso del tiempo lo que ha llevado a considerar por parte de la Audiencia Provincial de Murcia¹² la residencia de la playa como “vivienda familiar”, ya que todos los años acuden allí a disfrutar las vacaciones de verano familiares. Si se toma en consideración esa definición podrían tener esta nomenclatura las viviendas de temporada sobre lo que existe gran discrepancia.

Sin embargo, no se tiene en cuenta para identificar una vivienda como familiar el tiempo durante el cual los cónyuges y sus hijos, si los hubiera, vivieron en ella. Por tanto, el tiempo no es considerado requisito imprescindible para permitirnos calificar como familiar la vivienda¹³.

Pero a diferencia del tiempo que es indiferente lo que sí es importante es que sea una **residencia permanente**, esto puede entrar en colisión con lo señalado anteriormente respecto al criterio de residencia familiar ya que aunque no esté ocupada la misma durante un periodo de tiempo porque la familia ha estado por ejemplo destinada a trabajar los meses de verano a otra zona, esto debe ser considerado como meramente transitorio pero el carácter de residir posteriormente en la vivienda se mantiene. Conviene señalar en este supuesto la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 5 de mayo de 2017¹⁴, donde la madre se desplaza con el hijo a casa de los abuelos maternos determinados días a la semana, pero estas visitas no pueden desvirtuar el carácter de vivienda familiar que posee el inmueble en el que residen de manera habitual.

El anterior supuesto nos permite señalar otro de los requisitos necesarios y es que debe corresponder a la **vivienda actual de la familia**, esto quiere decir que tiene que ser el inmueble en el que se está residiendo previamente a que surja la ruptura de la pareja. Planteamos el supuesto en el que Ana y Luis son una pareja que vende la vivienda en la que han estado residiendo desde que contrajeron matrimonio, y con el dinero que obtienen de esa venta adquieren otra con mejores condiciones. Pero en el intervalo de venta y compra se produce la crisis en la pareja sin haber podido ocupar la nueva vivienda entonces, ¿cuál de las dos viviendas debe ser considerada como familiar? Debería tener tal calificativo la segunda vivienda ya que estaba destinada a cumplir todas las características de una vivienda familiar como hasta el momento lo había realizado la primera que han vendido. Otra de las posibilidades que se puede plantear es ¿la vivienda en construcción puede ser considerada como vivienda familiar? Aunque no haya sido ocupada dicha vivienda si es la única de la que dispone la familia de acuerdo

¹² Vid. SAP de Murcia de 2 de junio de 2003 (RJ 177/2003).

¹³ Vid. CUENA CASAS. M, “El régimen jurídico de la vivienda habitual” en *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. III, 2ª Ed. Aranzadi, 2017 p. 298.

¹⁴ Vid. SAP de Zamora de 5 de mayo de 2017 (RJ 127/2017).

al carácter protector que mantiene el artículo 96.1 del Código Civil aunque no haya sido habitada, es posible tal consideración. Sobre esta cuestión se han manifestado nuestras Audiencias Provinciales, concretamente señalamos las sentencias emitidas por la Audiencia Provincial de Jaén el 28 de abril de 2005 y de Málaga el 21 de octubre de 2005 admitiendo como vivienda familiar aquellas que se encuentran en fase de construcción ya que debido al interrogatorio que se realiza a las partes ese inmueble estaba destinado a ser el nuevo domicilio de la familia en el que habían invertido tanto esfuerzo personal como económico ambos cónyuges desde hacía bastantes años¹⁵.

Llegados a este punto, se nos pueden plantear varias preguntas porque ¿y si uno de los cónyuges ha abandonado esa vivienda y se ha trasladado a otro domicilio? Si sucede esto, nosotros tenemos que tomar como domicilio familiar el que era anterior a la ruptura con independencia de que a este nuevo domicilio se haya desplazado el progenitor junto con los hijos, pero otra cosa distinta sería si abandona el domicilio porque existe violencia de género. Entonces en este supuesto podemos señalar una sentencia de la Audiencia Provincia de Alicante¹⁶ en el que se hizo imposible la convivencia con la pareja por lo que la mujer tuvo que abandonar la vivienda familiar para residir durante periodos de tiempo en centros de acogida, aunque sus pertenencias y las de sus hijos permanecían en esa temporada en el interior del inmueble en el que había vivido con su pareja. Por tanto, este hecho de abandonar la vivienda por circunstancias de fuerza mayor no indica la pérdida de vivienda familiar.

Supuesto diferente es el caso de que se abandone voluntariamente la vivienda familiar por parte de uno de los cónyuges antes de la ruptura. Por ejemplo, plateemos el supuesto en el que uno de los cónyuges abandona el inmueble para ir a convivir con su nueva pareja, pero sigue permaneciendo en la que hasta el momento había sido la vivienda familiar el otro cónyuge con los menores ¿podríamos considerar que ha perdido dicho cónyuge la atribución de la vivienda familiar? Sí porque ha decidido voluntariamente abandonar dicha vivienda.

El hecho de abandonar la vivienda de manera voluntaria o no, sirve al tribunal para decidir si esa persona está más necesitada de protección para atribuirle el uso de la misma.

1.3 Vivienda familiar, vivienda habitual o domicilio conyugal.

Nuestro Código Civil es cierto que utiliza indistintamente el término vivienda familiar, vivienda habitual y domicilio conyugal respectivamente en los artículos 90, 96 y 103; 1320,1321 y 1406; 70 y 105.

¹⁵ Vid. SAP de Málaga de 21 de octubre de 2005 (RJ 1080/2005) y SAP de Jaén de 28 de abril de 2005 (RJ 96/2005).

¹⁶ Vid. SAP de Alicante de 21 de mayo de 2004 (RJ 349/2004).

De acuerdo a la manifestado en el apartado anterior sobre la característica de “habitualidad” es cierto que, se puede relativizar dicho término debido a que puede darse la situación de que se tenga que tomar como vivienda familiar una casa que se utilizaba habitualmente para las vacaciones de verano sobre la base, por ejemplo, de necesitar permanecer allí por motivos de salud de alguno de los familiares siendo conveniente vivir en un lugar húmedo y si dicha necesidad es suplida por la vivienda de temporada, se ubica en dicho inmueble el domicilio conyugal.

Por tanto, una solución acertada puede ser la mantenida por el artículo 96. 1 del Código Civil diferenciando la vivienda familiar como aquella en la que los cónyuges fijan el domicilio. Aunque es necesario hacer una precisión en este artículo ya que no se trata de proteger sólo al cónyuge no custodio sino que prevalecen los intereses del menor frente a éstos.

Pero habría que tener en cuenta que aunque el artículo 40.1 del Código Civil señale el domicilio como el lugar de residencia habitual de las personas puede ser que no sea el lugar en el que efectivamente se desarrolle la vida de las personas por ejemplo, en el supuesto de que dos cónyuges residen en viviendas situadas en diferentes ciudades por motivos de trabajo o simplemente por el hecho de que antes de que se llevará a cabo el procedimiento de disolución del matrimonio ambos habían optado por una separación de hecho residiendo cada uno en una vivienda diferente¹⁷.

1.4 Problemática de los trasteros, garajes y locales.

En nuestro día a día una de las cuestiones controvertidas sobre la vivienda familiar es ¿qué ocurre si existe un trastero, garaje o local?

En primer lugar empezaremos hablando del **trastero**, la jurisprudencia entiende que si se lleva a cabo la atribución de uso de la vivienda y la misma lleva anexo un trastero y de manera habitual se ha estado utilizado por la pareja antes de la crisis para guardar en él diferente mobiliario o enseres de la vivienda así como por ejemplo bicicletas, juguetes, etc.; se viene manteniendo que dicha dependencia va aparejada junto con la vivienda ya que es considerada necesaria para la familia debido al tamaño tan reducido de viviendas que se están construyendo en la actualidad y que durante el matrimonio se ha hecho uso por los mismos como parte aneja a la vivienda.

Aunque hay resoluciones que se oponen a esta consideración¹⁸. Según MORENO VELASCO¹⁹, el uso independiente de éste frente a la vivienda es la clave para poder

¹⁷ Vid. CHAPARRO MATAMOROS, P. *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución en los supuestos de crisis familiares*, Monografías Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 74.

¹⁸ Vid. SAP de Cádiz de 8 de febrero de 2005 (RJ 18/2005), donde mantiene que la atribución de uso de la vivienda no conlleva el del trastero pues el aprovechamiento de éste lo considera independiente a la vivienda; SAP de Pontevedra de 3 de mayo de 2016 (RJ 225/2016), afirma que el artículo 96 del Código Civil se refiere a la vivienda como el espacio donde los menores desarrollan su intimidad pero no a los anejos que no sean inseparables de la misma, ya que su uso debe ser atribuido conforme a las normas de protección de los intereses más necesitados de protección.

atribuir o no su uso junto a la vivienda. Pero si ese trastero no se está utilizando por la familia entonces se puede dar la posibilidad de establecer un contrato de arrendamiento y así obtener un beneficio el cuál se puede repartir entre los cónyuges.

Respecto al **garaje**, no existe un criterio unánime por parte de la jurisprudencia aunque lo cierto es que, al igual que los trasteros, la mayoría entiende que va unido al inmueble familiar. Sin perjuicio, de que existen supuestos donde esto no lo consideran independiente ya que se someten estrictamente a lo manifestado en el artículo 96 del Código Civil atribuyendo únicamente la vivienda. Conviene que nos detengamos en esta cuestión en la sentencia dictada por la AP de Gerona de 25 de marzo de 2005, donde se opone a la atribución del garaje en el supuesto en el que el cónyuge que disfruta del uso de la vivienda no tiene carné de conducir y aunque existe un vehículo familiar éste es utilizado por el otro cónyuge²⁰, situación contraria encontramos en la Audiencia Provincial de Burgos²¹.

Sin embargo, se decide por parte de la Audiencia Provincial de Alicante que “la plaza de garaje y trastero anejo a la vivienda familiar son elementos que, por su ubicación y destino, forman parte de la atribución del uso de la vivienda familiar a la que están adscritos”²². Esto es debido a que lo normal es que el uso de los trasteros y plazas de garaje vayan anexos al uso de la vivienda familiar y ajuar doméstico sobre todo si se da la circunstancia de que se encuentran en el mismo edificio y constituyen una sola finca registral.

Se deben de tener en cuenta a la hora de atribuir el uso de estas dependencias las siguientes consideraciones:

- 1º. **Destino** que se le daba a los mismos durante el matrimonio.
- 2º. **Finalidad** que se les va a dar en el futuro.
- 3º. Existencia de **vehículos** que usen los cónyuges.
- 4º. **Posibilidad de alquiler** de esas dependencias para ayudar a abonar con dichos ingresos los alimentos de los hijos o las cargas familiares existentes.
- 5º. Si **existen otros garajes o trasteros** que puedan ser utilizados por el cónyuge a quien no se le otorga la vivienda familiar²³.

¹⁹ Vid. MORENO VELASCO, V. “Atribución del uso de inmuebles distintos de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de parejas de hecho”, *Diario la ley*, 2009, p.2.

²⁰ Vid. SAP de Girona de 25 de marzo de 2005 (RJ 164/2005).

²¹ Vid. SAP de Burgos de 11 de marzo de 2003 (RJ 120/2003), donde se atribuye el uso del garaje a la esposa aunque carece de vehículo.

²² Vid. SAP de Alicante de 3 de abril de 2012 (RJ 131/2012); SAP de Madrid de 22 de julio de 2010 (RJ 546/2010) donde considera la plaza de garaje y trastero como “complementos” de la vivienda familiar los cuales proporcionan utilidad y comodidad.

²³ Vid. CAMPO IZQUIERDO, A.L. “Diversas cuestiones sobre la vivienda familiar en los procesos de Familia”, *Familia y sucesiones*, Madrid, núm. 126, Enero-Marzo, 2019, p. 5.

Otra de las dependencias objeto de controversia es el caso del **local comercial**, aunque es cierto que de acuerdo al régimen de propiedad horizontal se impide que un local comercial esté unido a una vivienda. Pero puede existir el supuesto en el que la vivienda sí forme parte del local y por ejemplo en él desarrolle alguno de los cónyuges o ambos una actividad laboral. Para su aceptación es necesario tener presente la posibilidad de independizar ambas dependencias, si es el cónyuge que disfruta de la vivienda quien tiene el negocio y si dicha vivienda es utilizada por éste. Aunque en el supuesto de que no sea el cónyuge quien tiene atribuido el uso de la vivienda se le puede conceder el uso del local²⁴. Tenemos también el supuesto en que en dicho local ya no se practica ningún tipo de negocio y por tanto tiene la consideración de “vivienda familiar” como se expone en la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 29 de mayo de 2009, aquí se extiende el uso y disfrute la vivienda a la totalidad del inmueble incluyendo la parte que anteriormente se destinaba al negocio de joyería²⁵.

Finalmente se llega a la conclusión que para conseguir la atribución de garajes, trasteros, locales y otros espacios independientes a la vivienda debe ser objeto de solicitud judicial por cualquiera de los cónyuges y a su vez poder demostrar que con dicha atribución se facilita la vida diaria bien del solicitante, de los hijos o de ambos²⁶. Aunque es cierto que de manera frecuente se solicita en la mayor parte de los supuestos únicamente la atribución de la vivienda familiar sin especificar ninguna dependencia más.

1.5 ¿Qué sucede si existen varias viviendas?

Podemos encontrarnos en el caso de que la familia tenga otras viviendas secundarias y éstas sean inutilizadas o que se estén utilizando de forma esporádica o en temporadas. ¿Debe existir un pronunciamiento judicial sobre estas “segundas viviendas”? Nuestro Código Civil no determina nada sobre esto, y la doctrina no es unánime y además existe división por las posturas seguidas por las distintas Audiencias Provinciales.

Por un lado, existe una corriente doctrinal que se inclina a considerar las segundas viviendas como vivienda familiar ya que considera que **la segunda vivienda complementa a la primera** para así continuar satisfaciendo el interés de la familia ya que es un bien adscrito al conjunto familiar²⁷.

²⁴ Vid. SAP de Cuenca de 28 de noviembre de 2006 (RJ 251/2006) donde se atribuye el uso de la vivienda familiar a la esposa y el almacén-cochera al marido, ya que durante el matrimonio se venía destinando la misma a almacén para guardar los materiales y herramientas propios de su profesión de instalador- electricista. Se propone la independencia de la cochera de la vivienda a través de un sistema de cierre el cual impida la comunicación con el resto de la casa.

²⁵ Vid. SAP de Vizcaya de 29 de mayo de 2009 (RJ 401/2009).

²⁶ Vid. PINTO ANDRADE, C. “La atribución del uso de la vivienda familiar”, *Colección Práctica Jurídica*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 43.

²⁷ Sobre esta cuestión se llevó a cabo la Conclusión adoptada en el III Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia celebrado en Madrid de 2008.

Por otro lado, la mayor parte de la doctrina considera que **sólo puede existir una vivienda familiar**. Por tanto si una familia posee varias viviendas tendrá la consideración de “familiar” aquella en la que los cónyuges han indicado como domicilio conyugal. Todo ello es debido a la protección que las normas otorgan a la familia y como consecuencia de ello evitar que se queden sin vivienda y no proteger todas las viviendas²⁸. Según DOMINGUEZ MARTINEZ, mantiene la postura de que la vivienda familiar protegida es única y si existen varias una de ellas sería la principal la cual estaría sometida a la protección legal aunque admite la excepción de que puede surgir el caso de que sean varias viviendas las familiares porque reúnen el requisito de habitualidad²⁹.

Así MUÑOZ DE DIOS³⁰ ha establecido unos criterios para saber cuál es la vivienda familiar entre todas las que poseen los cónyuges:

1. Criterio económico, con base al cual merece la calificación de vivienda familiar aquella que mayor valor económico.
2. Criterio de antigüedad, tiene la consideración de vivienda familiar aquella más antigua.
3. Criterio numérico, tiene la consideración de vivienda familiar aquella en la que convivan más número de miembros de la familia.
4. Criterio laboral, considera vivienda familiar aquella en la que habite el cónyuge o cónyuges cuyo trabajo constituya la fuente principal de ingresos de la familia.

Pero bien, en el año 2016 nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre ello y ha supuesto una unificación de la doctrina ya que señala que en un proceso de separación o divorcio el Juez no puede determinar qué se debe de hacer con el uso de estas segundas viviendas ya que sólo se le permite realizar pronunciamientos sobre la vivienda familiar por lo que el cónyuge que pretenda dicho pronunciamiento debe acudir a otra vía judicial³¹. Y llevando a colación lo dispuesto en el artículo 774.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debe de pronunciarse sobre la vivienda familiar.

²⁸ Vid. CUESTA CASAS, M. “El régimen jurídico de la vivienda...”, op., cit., p. 300.

²⁹ Vid. DOMINGUEZ MARTINEZ, P. “La protección de la vivienda familiar en situación de normal matrimonio en el ordenamiento jurídico”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil*, núm. 4, 2012, p.3.

³⁰ Vid. MUÑOZ DE DIOS, M.: “La vivienda familiar y el mobiliario en el art. 1320 del Código Civil”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 27, 1987, p.229.

³¹ Vid. STS de 3 de marzo de 2016 (RJ 129/2016), previamente a la misma se había pronunciado el tribunal en la STS de 9 de mayo de 2012 (RJ 284/2012); STS de 31 mayo de 2012 (RJ 340/2012), donde se afirma que no puede atribuirse viviendas distintas a la familiar.

2. DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

El derecho de uso de la vivienda familiar ha sido delimitado por la doctrina y jurisprudencia ya que nuestro Código Civil en el artículo 96 párrafo primero no hace ninguna precisión.

Existe discrepancia entre la doctrina en si se debe considerar como un derecho real o personal además de la constitución, duración, titularidad del mismo, extinción como trataremos posteriormente.

2.1 Naturaleza de uso del artículo 96.1 del Código Civil.

La naturaleza jurídica del derecho de uso es una de las cuestiones más discutidas ya que encontramos sentencias a favor de todas las interpretaciones.

Comencemos definiendo el derecho de uso como un **derecho real**, dicha interpretación es la mantenida por la mayoría. Unos determinan el derecho de uso de la vivienda familiar dentro de los derechos reales de uso y habitación contemplados en los preceptos 523 y siguientes del Código Civil y otros prefieren configurarlo como un derecho real atípico³². Mantienen que es un derecho real con todas las características, inscribible en el Registro de la Propiedad y el contenido del mismo será definido en la propia sentencia matrimonial³³.

Es un derecho real que trata de “atribuir” un uso, cuando los cónyuges ya lo tienen atribuido debido a la utilización que han realizado de la vivienda familiar y de lo que se trata efectivamente es de establecer quién puede continuar haciendo uso de la vivienda familiar durante un tiempo.

En el supuesto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2017³⁴, se atribuye la vivienda a quien es propietario de la misma. En este supuesto coinciden tanto la titularidad como la posesión por lo tanto seguirá utilizando la vivienda con la facultad que ostenta por su titularidad, y por ello sería conveniente expresar quién por razón de la ruptura conyugal abandonará la vivienda de la cual no es titular.

LUNA SERRANO³⁵ conceptúa este derecho como un **derecho real de habitación temporal y no vitalicio** el cual está constituido de acuerdo a la ley.

Debido al difícil encaje que se presenta para catalogarlo como un derecho real, entonces se apuesta por calificarlo como un **derecho real “sui generis”**, es decir, el contenido del mismo derecho real vendrá determinado por la propia sentencia. Tomar el derecho de uso como un derecho real presenta el problema en el supuesto en el que

³² Vid. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017, p.39.

³³ Vid. JUANES PECES, Á. Y GALVÁN ARIAS, J. R. “La naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº3, 1992, p.6.

³⁴ Vid. SAP de Barcelona de 6 de febrero de 2017 (RJ 130/2017).

³⁵ Vid. LUNA SERRANO, A. *El nuevo régimen de la familia. Matrimonio y divorcio*. Civitas, Madrid, 1982, p. 382.

ninguno de los cónyuges ostenta la titularidad sobre la vivienda por lo tanto, esto supone un obstáculo para calificarlo como un derecho real. Así se pone de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1994³⁶, donde niega el carácter de derecho real del derecho de uso de la vivienda familiar ya que también se puede conceder el mismo cuando se trate de una vivienda arrendada.

De acuerdo a como señala el alto tribunal el debate entorno a la naturaleza jurídica del derecho de uso resulta irrelevante siempre y cuando se garantice el derecho del mismo como así mantiene también la Audiencia Provincial de Burgos³⁷.

El principal problema al que se enfrenta el derecho de uso como un derecho real no es otro que no es posible que el titular del derecho de uso ostente un derecho que le proporcione una posición más fuerte que la otra parte, es decir, no puede generarse un derecho antes inexistente sino simplemente se tiene que proteger el derecho que la familia ya poseía con anterioridad.

Como hemos venido argumentando a lo largo de este punto no existe una solución única para determinar la naturaleza del derecho de uso ya que podemos observar que tiene una naturaleza cambiante, la cual esta condicionada en función del derecho que tiene el cónyuge que es titular de ese derecho de uso sobre la vivienda³⁸. Aunque considero necesario exponer la posición que mantiene ROCA TRÍAS³⁹ y es que ya sea bien por acuerdo de los cónyuges redactado en el convenio regulador o bien a través de resolución judicial se atribuye a uno de los cónyuges el uso de la vivienda familiar excluyendo al otro pero esto no implica que se cree un nuevo derecho real sobre el cónyuge titular del uso o sobre los hijos, sino que simplemente se elimina la posición de posesión compartida y así establecer una posición exclusiva.

Es la decisión judicial la que atribuye tanto la posesión del bien como el derecho de uso así como las condiciones en las que se debe hacer este uso, tal y como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 2017⁴⁰.

El TS en enero de 2010 emite dos sentencias fundamentales⁴¹, queremos destacar la primera de ellas emitida el día 14 la cual diferencia varias hipótesis: primero, aquella en

³⁶ Vid. STS de 29 de abril de 1994 (RJ 366/1994), se concede el derecho de uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges por razón del interés más necesitado de protección, no perteneciendo la vivienda a ninguno de ellos por encontrarse en arrendamiento. Así como la STS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1199/1994), donde afirma que la decisión judicial es oponible *erga omnes* aunque es no se trata de un derecho real.

³⁷ Vid. SAP de Burgos de 3 de diciembre de 2009 (RJ 504/2009), donde señala que el derecho de uso no es un derecho de usufructo sino un derecho de ocupación el cual es provisional y temporal, y la naturaleza del mismo es discutible pero en cualquier supuesto oponible frente a terceros. Lo que supone una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario por lo que debe tener acceso al Registro para así evitar una manifestación falsa del propietario.

³⁸ Vid. YZQUIERDO TOLSADA, M.; CUENA CASAS, M. “El régimen jurídico de la vivienda habitual”, en *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. III, Aranzadi, 2017, p. 335.

³⁹ Vid. ROCA TRÍAS, E. “Comentario del art. 96” en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 401. Posición que es compartida por MARTÍNEZ DE AGUIRREY ALDAZ, C. “Notas sobre la adjudicación del uso de la vivienda familiar y responsabilidad hipotecaria. (A propósito de una jurisprudencia del Tribunal Supremo)”, *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor José González García*, Aranzadi, Navarra, 2012, p.1282.

⁴⁰ Vid. SAP de Zaragoza de 28 de julio de 2017 (RJ 557/2017).

⁴¹ Vid. STS de 14 de enero de 2010 (RJ 859/2010); STS de 18 de enero de 2010 (RJ 861/2010).

la que la vivienda cuyo uso se atribuye es propietario de la misma el otro cónyuge; segundo, el supuesto en que el uso es atribuido al otro cónyuge en virtud de un contrato y; tercero, la situación en la que la vivienda era ocupada en precario por los cónyuges. Bien, esta sentencia defiende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante decisión judicial es un **derecho de carácter familiar** cuya titularidad la ostenta quien es beneficiario de este derecho. Y desde el punto de vista patrimonial, defiende que el derecho de uso que ha sido concedido supone para el cónyuge no titular del mismo sólo la restricción de disponer ya que ha sido atribuido su uso al otro y por tanto esta limitación es oponible a terceros así como inscribible en el Registro de la Propiedad.

Pero esta doctrina es necesario adaptarla para el supuesto en el que se atribuye el uso al cónyuge no titular y al otro no pertenece en propiedad sino en contrato de comodato⁴² por ejemplo. Otro de los supuestos que contrastan con lo anterior es que si los cónyuges utilizan en precario⁴³ una vivienda debido a una posesión tolerada por el propietario, cuando se adjudica el uso a uno de ellos no se puede obtener ningún tipo de protección superior a la que prestaba durante el matrimonio el propietario. Por tanto, el propietario puede recuperar la vivienda sin necesidad de acto de disposición previo aunque el derecho de uso se haya atribuido judicialmente. Así mismo, mantiene la sentencia del TS de 26 de diciembre de 2005⁴⁴ donde señala que quien ocupa una vivienda la cual ha sido cedida pero no se realiza ningún tipo de contraprestación por esta puesta a disposición y además de ello sin determinar plazo de tiempo durante el cual se realiza esta cesión y utilizada por el cesionario y su familia como vivienda familiar, es equiparable esta situación a la de un precarista. Pero una vez que sucede la crisis entre los cónyuges es independiente que este uso haya sido atribuido por resolución judicial. La doctrina en la sentencia mencionada anteriormente del año 2010 insiste en que “el derecho de uso entre los cónyuges no es un derecho real sino que únicamente es una limitación de la facultad de disponer del propietario, que el titular puede oponer a terceros”.

La Dirección General de los Registros y del Notariado afirma que el derecho de uso queda extinguido si en la liquidación de gananciales adquiere la titularidad del inmueble quien ostenta el derecho de uso y defiende que carece de efectos el registro del derecho de uso a quien posee la titularidad dominical⁴⁵. Afirma además de ello respecto a la naturaleza jurídica de este derecho sobre la vivienda la procedencia de conceptuarlo como un derecho de carácter familiar y ajeno a la clasificación de derechos de carácter patrimonial pero para la eficacia del mismo se establecen determinadas limitaciones. Por ello el derecho de uso es por un lado, un derecho ocupacional y por otro, una limitación de disponer. Como consecuencia, el titular de la vivienda debe tener presente

⁴² Contrato de comodato, regulado en el artículo 1740 del Código Civil y se trata de un contrato esencialmente gratuito por el que, una parte (comodatario) recibe de otra parte (comodante) una cosa no fungible para utilizarla durante cierto tiempo con la obligación de restituir la cosa.

⁴³ En el “precario” a diferencia del “comodato” no se establece cierto tiempo para restituir la cosa.

⁴⁴ Vid. STS de 26 de diciembre de 2005 (RJ 2987/1991).

⁴⁵ RDGRN núm. 1351/2016 de 19 de enero de 2016 y RDGRN núm. 692/2018 de 27 de diciembre de 2018.

el consentimiento del titular del derecho de uso o autorización judicial para disponer de ella.

Finalizando con la naturaleza jurídica desde mi punto de vista, admito la clasificación como un derecho familiar pero mantengo la consideración de que presenta un carácter patrimonial ya que el titular del derecho de uso tiene un enriquecimiento patrimonial y como consecuencia del mismo el cónyuge que ha sido limitado de este uso sufre un empobrecimiento ya que si la vivienda es de su propiedad debe de buscar otro inmueble donde residir añadiendo a esto el gasto que conlleva. Pero si es cierto que es posible atribuir el derecho de uso en el supuesto en el que existe un contrato de arrendamiento, una situación de precario o comodato y estos son derechos personales por lo que también puedo ampliar mi opinión ya que si nos situamos en el caso de contrato de arrendamiento es posible su inscripción en el Registro de la Propiedad también.

2.2 Constitución del derecho de uso de la vivienda.

El derecho de uso de la vivienda para su constitución es necesario que exista una crisis matrimonial. Por tanto, el uso que se está realizando durante la convivencia matrimonial por los cónyuges no configura este derecho al que nos referimos en este supuesto, ya que esto está amparado por los artículos 68 y 69 del CC donde se regula la convivencia marital.

El derecho de uso se puede constituir de a través de dos vías:

Bien por **resolución judicial**, en el supuesto en el que no existe consenso entre las partes para llevar a cabo la atribución de la vivienda de acuerdo al artículo 96 será el Juez quien se pronuncie sobre ello. Pero esta constitución se puede llevar a cabo en diferentes partes del procedimiento: por sentencia judicial una vez que se ha desarrollado el procedimiento de nulidad, separación o divorcio; en las medidas previas tal y como contempla nuestro Código en el precepto 104 o; en las medidas provisionales que se refieran a este asunto de acuerdo al artículo 103.2 del Código Civil.

Bien en **convenio regulador**, a través de esta vía es posible siempre y cuando exista consenso entre las partes pero aún así es necesario requerir la intervención del Juez ya que se encargará de analizar el contenido propuesto por las partes y, en el supuesto en el que considere que existen vicios los cuales perjudican el interés de las partes quedaría inútil dicho convenio.

Desde que entró en vigor la Ley 15/2015 de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria, es posible que tanto el Letrado de la Administración de Justicia como el Notario a través de escritura pública tienen la facultad de llevar a cabo procedimientos de separación o divorcio pero esto sólo es posible en el supuesto en que se cumplan tres requisitos: 1º. Que sea un divorcio consensual. 2º. Que hayan transcurrido al menos 3 meses desde la celebración del matrimonio. 3º. Que no existan hijos menores de edad no

emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de los progenitores⁴⁶.

Pensemos en el supuesto en el que acuden a un Notario un matrimonio que ha decidido divorciarse y no tienen descendencia. Ellos mismos en principio llegan a un acuerdo para poder redactar un convenio regulador, el cual de mutuo acuerdo es redactado por ambos cónyuges. Posteriormente, el Notario analiza dicho convenio redactado y observa que el mismo es perjudicial al interés de uno de los progenitores, que se encuentra más necesitado de protección. En esta situación ¿qué ocurre con dicho convenio que es inválido? Pues ante este supuesto ya no es posible que se lleve a cabo el procedimiento de divorcio ante Notario ni tampoco Letrado de la Administración de Justicia ya que se dará por terminado, y será el Juez quien tendrá que supervisar dicho convenio de acuerdo al artículo 90.2 del Código Civil.

Sigamos con el ejemplo propuesto anteriormente pero ahora pensemos que ambas partes no consiguen llegar a un consenso entorno al convenio regulador y se ven sometidos en la vía contenciosa, ¿deben permanecer en la misma hasta que se pronuncie el Juez? No, ya que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil en el artículo 19.4 propone la suspensión del proceso y en relación con el artículo 770 regla séptima es posible la suspensión del proceso a petición de las partes para someterse a mediación. Y si en este proceso de mediación consiguen un acuerdo, se propone al Juez para que lo analice.

2.2.1 *¿Es necesario que se haya estado usando anteriormente esa vivienda?*

Es necesario tener presente que para que el Juez pueda conceder el derecho de uso sobre la vivienda familiar, previamente a dicha concesión debe de haber existido una ocupación por parte los cónyuges. Pero si no existe título sobre la vivienda como es el supuesto de precario, el Juez no establecerá un derecho de uso sobre la vivienda a los cónyuges ante la inexistencia de título, sino simplemente establecerá una continuidad de uso pero no un derecho.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, señala que la constitución judicial del derecho de uso sólo es posible su creación de este modo ya que a través de un acuerdo dará lugar a otra figura como un precario, usufructo etc, pero no a un derecho de ocupación⁴⁷.

2.3 Titularidad del derecho de uso.

Nuestro Código Civil en el artículo 96 párrafo primero señala: “*En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden*”. A partir de esta interpretación del precepto podemos extraer la idea de que la titularidad del derecho de uso corresponde tanto a los hijos como al cónyuge que se atribuye el uso, con independencia de que sea propietario o no de la vivienda familiar.

⁴⁶ Vid. Ley 15/2015, de 2 de julio, Jurisdicción Voluntaria, artículos 82.1 y 87.

⁴⁷ Vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. “El derecho de ocupación de las viviendas familiares en las crisis matrimoniales”, *Actualidad Civil*, núm. 19, 1986, p.1337.

Pero predomina la opinión de que la titularidad del derecho de uso corresponde al **cónyuge custodio** y no a los hijos debido a la interpretación que nos sirve de complemento del artículo 96 párrafo cuarto donde se señala: “*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*”. Por tanto, podemos observar que en este precepto no hace ninguna mención a los hijos lo que nos indica que los únicos titulares del derecho de uso de la vivienda son los cónyuges y no así los hijos.

La Dirección General de los Registros y Notariado diferencia manifestando en que una cosa es el interés familiar el cual es el interés protegido por el derecho atribuido y otra la titularidad del derecho que es para el cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder. Por ello, no es necesario que se establezca ninguna titularidad a favor de los hijos los cuales son beneficiarios pero no titulares del derecho⁴⁸.

Por otra parte, considerar a los hijos como cotitulares de este derecho junto al cónyuge que tiene concedida su custodia y además propietario sería contraproducente, porque el cónyuge titular de la vivienda necesitaría el consentimiento de los hijos para poder disponer de ella. Así como en el supuesto de que se atribuya el uso al cónyuge no propietario de la misma y en el supuesto de que el propietario quisiera disponer de ella también necesitaría el consentimiento del cónyuge custodio pero además de ello la de los hijos. Este último supuesto entra en contradicción con lo dispuesto en el artículo señalado anteriormente 96.4 del Código Civil.

Es necesario tener en cuenta que tanto en el supuesto en que se atribuya el uso al cónyuge propietario de la vivienda como no copropietario, éste será titular del derecho con carácter exclusivo ya que el uso de la misma es independiente a la propiedad que se tenga sobre la vivienda.

2.4 Contenido del derecho de uso.

El derecho de uso de la vivienda familiar posee un contenido doble: en primer lugar señalaremos la **vertiente positiva**, es decir la facultad para usar la vivienda durante un determinado periodo de tiempo y en segundo lugar la **vertiente negativa**, el titular que tiene concedido el derecho de uso se puede oponer a la enajenación de la vivienda aunque tenga voluntad de realizar dicha transmisión el cónyuge propietario⁴⁹.

Este derecho atribuye además la posesión del bien y a través de ello se permite la atribución al cónyuge custodio y a los hijos o, en el supuesto en el que no existan descendientes al cónyuge más necesitado de protección con la finalidad de proteger el interés de ellos⁵⁰. La perspectiva negativa de limitación de disponer sobre la vivienda

⁴⁸ Vid. RDGRN núm. 8775/2013 de 9 de julio de 2013.

⁴⁹ Vid. RDGRN núm. 634/2008 de 10 de octubre de 2008.

⁵⁰ Vid. RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G. "La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 2013, p.1897.

cumple la función de garantía para poder proteger el interés más necesitado de protección del cónyuge titular del mismo.

3. TEMPORALIDAD DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Como hemos venido señalando a lo largo del trabajo el derecho de uso de la vivienda familiar tiene un carácter limitado. Pero partiendo del supuesto en el que el cónyuge titular del derecho ya sea copropietario o sea ajeno a la titularidad de dicha propiedad para proteger el derecho a la propiedad recogido en nuestra Constitución, concretamente en el artículo 33.1⁵¹, es necesario establecer una limitación en el tiempo.

Nuestro artículo 96 en el párrafo primero del Código Civil no hace referencia a periodo de tiempo para realizar esta atribución del uso en el supuesto en el que existan hijos ya sean menores o no, pero en el párrafo tercero de este mismo precepto señala que se atribuye el uso al cónyuge no titular por el tiempo que se fije.

3.1 Temporalidad en las diferentes CCAA.

Existen Comunidades Autónomas las cuales tienen competencia para legislar en esta materia de relaciones familiares, clasificamos dos grupos de leyes:

En primer lugar, el artículo 81.3 del Código del Derecho Foral de Aragón y en la Ley del País Vasco núm.7/2015 de 30 de junio de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, no contempla el supuesto de atribución de la vivienda familiar cuando no existen hijos económicamente dependientes y sólo tiene en cuenta el supuesto en el que existan hijos que sí sean dependientes.

En el artículo 81 CDFFA se establece la necesidad de fijar un límite temporal para determinar la extinción del derecho. Existen diferentes circunstancias para fijar el plazo de atribución de la vivienda familiar.

Por una parte señalamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza donde se establece el límite de la atribución de la vivienda familiar hasta que el hijo alcance la **mayoría de edad**⁵². Pero hay otros supuestos en los que contemplan la situación en la que se atribuye la vivienda familiar hasta que el hijo alcance la **independencia económica**⁵³. Quiero señalar aunque la doctrina no ha seguido esta postura la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón del año 2013⁵⁴, donde se prohibía el establecimiento de plazos inciertos como son la independencia económica o liquidación del régimen de gananciales ya que el fin es otorgar seguridad jurídica y así el cónyuge

⁵¹ Artículo 33.1 de la Constitución Española: “*Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia*”.

⁵² Vid. SAP de Zaragoza de 30 de junio de 2015 (RJ 330/2015).

⁵³ Vid. STSJ de Aragón de 11 de junio de 2014 (RJ 22/2014).

⁵⁴ Vid. STSJ de Aragón de 4 de enero de 2013 (RJ 1/2013).

propietario pueda saber concretamente cuándo va a poder volver a utilizar la vivienda y el usuario de la misma cuándo la tiene que abandonar.

En segundo lugar, el Código Civil Catalán en el artículo 233-20.5 tiene presente el supuesto en el que no existen hijos o sí existen y éstos son mayores de edad debe atribuirse un periodo de tiempo para dicho uso de la vivienda familiar aunque puede otorgarse un periodo de prórroga. Pero de acuerdo a la sentencia emitida por la Audiencia Provincial de Barcelona el 17 de septiembre de 2014⁵⁵, debe solicitarse como máximo este periodo de prórroga seis meses antes de que llegué el vencimiento y a su vez es necesario tramitarlo a través del procedimiento de modificación de medidas definitivas pero es imprescindible tener presente que deben de mantenerse las circunstancias de necesidad que motivaron dicha atribución de uso de la vivienda familiar. Esta legislación limita temporalmente en el supuesto de ruptura de los progenitores el uso de la vivienda familiar cuando se haya atribuido en interés del cónyuge más necesitado de protección y no en el de los hijos menores.

3.2 Temporalidad si existen hijos.

Nuestro Código Civil contempla esta situación de atribución de la vivienda familiar cuando existen hijos en el párrafo primero del artículo 96 del CC. Como podemos observar este precepto no diferencia entre hijos menores de edad e hijos mayores de edad al igual que el párrafo tercero del mismo el cual se refiere a la situación en la que “no hay hijos”, remitiéndose con esto tanto a mayores como a menores. Por tanto, el único requisito que se exige es la **convivencia** y no la edad de los mismos⁵⁶.

Además de ello pensemos en que dentro del **derecho de alimentos** que tienen los hijos, que se encuentra regulado en nuestro Código Civil en el artículo 142 concretamente en el primer párrafo, señala dentro de estos alimentos la “habitación”. Por tanto, el derecho de uso de una vivienda se deduce que forma parte del contenido que integra el derecho de alimentos y además de ello, en el artículo 149 también del Código se otorga la opción al alimentista de satisfacer estos alimentos manteniendo en su propia vivienda al hijo. Pero volviendo al artículo antes señalado concede el derecho alimentos aunque el hijo haya alcanzado la mayoría de edad pero no tenga independencia económica.

Actualmente, es necesario atribuir el uso de la vivienda familiar cuando los hijos son mayores de edad pero no tienen independencia económica debido al largo periodo de tiempo que se dedican a estudiar o que trabajan pero no alcanzan aún así una independencia económica para dejar de residir con los progenitores, por ello las normas deben de ser aplicadas conforme a la realidad social existente en el momento en que tienen que ser aplicadas.

⁵⁵ Vid. SAP de Barcelona de 17 de septiembre de 2014 (RJ 621/2014).

⁵⁶ Vid. MONTERO AROCA, J. *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.96.

Por tanto, esto justifica que aunque no se exprese detalladamente en este artículo 96 si se refiere sólo a hijos menores y no a mayores, debiendo de aceptarse también estos últimos debido a la situación que se plantea actualmente en la sociedad. Así pues, debemos de tener como referencia para establecer el tiempo en que debe de permanecer en la vivienda familiar es la dependencia económica, eso sí, siempre que esa dependencia económica no sea debida a la desidia que tiene el hijo ya que en este caso se estaría privando al progenitor propietario de la vivienda de su disfrute, si ha permanecido durante este tiempo que se ha concedido al otro progenitor que no es propietario de la misma⁵⁷.

Pensemos en el supuesto en que hay un hijo que es económicamente dependiente pero decide residir con la madre que es propietaria de la vivienda y el padre no tiene ninguna otra vivienda entonces ¿a quién debe atribuirse la vivienda familiar? Aunque el progenitor no propietario ostente un interés más necesitado de protección prima el derecho de habitación que se recoge en el artículo 142 del Código Civil dentro de los alimentos y esta obligación será exigible hasta el momento en que este hijo alcance la independencia económica siendo indiferente la edad del mismo.

En el supuesto de los hijos menores de edad, conviene señalar la sentencia del TS de 1 de abril de 2011⁵⁸, donde la vivienda era propiedad de ambos progenitores y en el momento de la ruptura el hijo es menor de edad y se encuentra bajo la custodia de la madre. El tribunal se pronuncia concediendo el uso de la vivienda familiar a la madre y al hijo de manera indefinida pero no ilimitada y sólo hasta el momento en el que se lleve a cabo la liquidación del régimen de gananciales que tenían vigente los progenitores. Pero la doctrina mantiene que la atribución realizada a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor la cual no puede ser limitada por el Juez excepto en lo que determina el artículo 96.

Por tanto, en principio cuando se produce la situación de crisis ambos cónyuges pueden pactar la atribución del derecho de uso de la vivienda a cualquiera de ellos. Del mismo modo que en los supuestos contenciosos si la resolución judicial no fija límite temporal del derecho ya sea estableciendo un término final o condición resolutoria, como es el caso de fijar la duración del derecho de uso hasta que se produzca la liquidación de la sociedad de gananciales. Y si una vez que se produce la atribución de los bienes se le otorga al cónyuge no titular de dicho derecho debe protegerse en este supuesto el interés del menor en todo momento, lo cual puede impedir temporalmente ese uso de la vivienda familiar. Con relación a esta condición temporal hasta el momento de liquidación de la sociedad de gananciales conviene señalar la sentencia emitida por la Audiencia Provincial de Valladolid en el año 2013 la misma ha sido recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, donde se aprueba el criterio de la temporalidad debido a que si se mantiene indefinidamente el uso para la esposa y su hijo menor sin poder el esposo acceder a la vivienda familiar se le aboca al mismo a una

⁵⁷ Vid. ZARRAMALUQUI SÁNCHEZ- EXNARRIAGA, L. *Marco Jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja. Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados*, Bosch, Barcelona, 2013, p.1019.

⁵⁸ Vid. STS de 1 de abril de 2011 (RJ 221/2011).

situación de precariedad económica⁵⁹. Una vez que se cumple este plazo fijado se extingue automáticamente este derecho y no es necesario plantear una nueva modificación de medidas.

Otro de los límites que se impone es la atribución de la vivienda familiar hasta que el hijo alcance la mayoría de edad, lo cual presenta el inconveniente en que el derecho de alimentos no se extingue una vez alcanzados los 18 años si el hijo no tiene una independencia económica para poder tener sustento.

Por tanto, de acuerdo a la sentencia antes citada emitida por el TS el 1 de abril de 2011 no es posible establecer un límite temporal mientras existan menores de edad ya que lo que se protege es el interés del menor en la crisis conyugal y no el interés del propietario del bien salvo pacto en contrario de los progenitores el cual siempre deberá ser revisado por el Juez tal y como se defiende en el artículo 96.1 del CC. Autores consideran que una interpretación correctora de este precepto permitiendo la limitación temporal de la vivienda familiar implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores⁶⁰.

En mi opinión siempre estaría garantizada la vivienda del menor estableciendo un periodo de tiempo de uso de la vivienda familiar pudiéndose satisfacer con otra vivienda sin ser esta misma, debido a que si el mantenimiento de ésta supone un gran coste para los cónyuges y sobre todo para el cónyuge no custodio que se encuentra obligado al abono de la hipoteca sin poder hacer uso de ella y trayendo a colación la interpretación literal del artículo 96 no impide que pueda estar sujeto a término sino simplemente quién es el titular del uso⁶¹.

3.3 Temporalidad en ausencia de hijos económicamente dependientes.

En este supuesto tenemos que acudir al párrafo tercero del artículo 96 del CC: *“No habiendo hijos, podrá acordarse de 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”*.

⁵⁹ Vid. SAP de Valladolid de 23 de septiembre de 2013 (RJ 242/2013) interpuesto recurso de casación ante el TS emitiendo STS el 18 de mayo de 2015 (RJ 282/2015), donde la madre ostenta la custodia del hijo menor y la misma en el momento de la crisis conyugal se encuentra sin trabajo pero reconoce que no está dada de alta en el INEM. Además de ello manifiesta que no ha intentado buscar trabajo presentado ningún tipo de curriculum y cuenta con una formación junto con la edad que tiene que le facilita su búsqueda. El padre sí trabaja, pero debe afrontar los gastos de la vivienda además de la pensión de alimentos para el hijo así como la pensión compensatoria concedida temporalmente a la madre. Por tanto, se determina que debe establecerse una limitación temporal en el uso de esta vivienda ya que el padre está siendo perjudicado económicamente.

⁶⁰ Vid. ORDÁS ALONSO, M. *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Bosch, Madrid, 2018, p.181.

⁶¹ Vid. SERRANO CASTRO, F.d.A. “La atribución del uso de la vivienda familiar: una gran asignatura pendiente, necesitada de reforma urgente”, *Boletín de Derecho de Familia El Derecho*, núm. 95, 2009, p.9.

Por tanto, para su atribución deben de cumplirse conjuntamente tres requisitos: en primer lugar, el interés del cónyuge no titular de la vivienda sea el **más necesitado de protección**; en segundo lugar, que las **circunstancias presentes** aconsejen la atribución a ese cónyuge no titular y en tercer lugar, que dándose los anteriores requisitos el **juez decida** atribuir la vivienda a dicho cónyuge.

Se atribuye la vivienda familiar al cónyuge no titular por sus propias necesidades, las cuales se consideran más imprescindibles de protección en ese determinado momento. Por todo ello sostiene FERNÁNDEZ RAMALLO, que debe de establecerse la atribución durante un periodo de tiempo para ayudar al cónyuge no titular a que pueda situarse en mejor posición⁶², y será durante un periodo de tiempo más corto al que si hubiesen hijos menores. Pero vamos a señalar dos situaciones posibles que se pueden plantear:

Primero, matrimonio que se divorcia de avanzada edad, en este caso ha sucedido que durante años muchas mujeres no han desarrollado su vida profesional y han estado dedicadas únicamente a las tareas domésticas, como consecuencia de ello no han recibido ningún tipo de ingreso. En el momento en el que se plantea el divorcio estas mujeres de avanzada edad y escasa cualificación tienen problemas para poder encontrar trabajo y a su vez poder adquirir una vivienda aunque sea mínimamente mediante arrendamiento. Por tanto, nos encontramos con una dificultad para establecer un periodo corto de tiempo para la atribución de la vivienda familiar.

Aunque es cierto, que este problema también podría minimizarse a través de la concesión de una pensión compensatoria a favor de estas mujeres por parte de los maridos. Pero aquí tenemos que plantearnos otra cuestión y es en el caso de que no se abone dicha pensión por parte de ellos o sufran retrasos ya que se verían desprotegidas por no tener una vivienda donde residir, entonces lo más importante es poder atribuir durante un tiempo la vivienda hasta que se consiga mitigar este desequilibrio. Señalamos en este caso la sentencia del Tribunal Supremo de 2015⁶³, donde es el marido quien se encuentra en situación de inferioridad respecto a la mujer y por ello cambia la situación general que se veníamos planteando.

En estas situaciones en las que se complica terminar con esta desigualdad para así extinguir el derecho de uso de la vivienda familiar, resulta difícil poder determinar un periodo de tiempo durante el que atribuir. Pero para esto debemos tener presente lo señalado en el artículo 96.3 del CC que es necesariamente “temporal”, pero es posible que se establezca una prórroga para que pueda seguir haciendo uso de esa vivienda tal y como se señala en el Anteproyecto en el nuevo artículo 96.3 II del Código⁶⁴.

⁶² Vid. FERNÁNDEZ RAMALLO,P. “Las consecuencias jurídicas de la atribución judicial del domicilio en los procedimientos matrimoniales”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, núm.34, 2003, p.75.

⁶³ Vid. STS de 17 de junio de 2015 (RJ 372/2015), el marido recibe una pensión debido a una invalidez que presenta y la mujer trabaja como funcionaria. En este caso se atribuye la vivienda familiar al marido al ser el cónyuge que se encuentra más necesitado de protección.

⁶⁴ El artículo 96.3 II contemplado en el Anteproyecto del Código Civil dispone: “Cuando el uso de la vivienda no se otorgase en consideración a la guarda y custodia de los hijos, lo será por un tiempo máximo de dos años. El cónyuge adjudicatario del uso podrá instar tres meses antes del vencimiento del plazo, con carácter excepcional y si continuara teniendo dificultades para el acceso a otra vivienda, la modificación de la medida y una prórroga del uso por otro año”.

Una vez que vence el plazo fijado para la extinción de ese derecho de uso el cónyuge propietario de la vivienda, no es necesario que entable un nuevo procedimiento sino que directamente se debe solicitar ejecución de sentencia donde se establecía la duración del derecho de uso. De esta forma el cónyuge beneficiario del derecho conoce de forma anticipada la duración de ese derecho de uso que esta determinado en la resolución judicial.

Segundo, matrimonio que se divorcia de cónyuges jóvenes, aquí nos encontramos con el supuesto en el que actualmente tanto hombres como mujeres acceden al mercado laboral. Por tanto, aunque en algún momento del matrimonio hayan estado en situación de desempleo en otros momentos han accedido al mundo laboral y como consecuencia de ello han contribuido al sostenimiento de las cargas familiares. Pero se encuentran cualificados independientemente de esto para la búsqueda de un empleo. Es necesario tener en cuenta ciertas circunstancias: en primer lugar, el salario que se percibe actualmente en los empleos es escaso en relación a años anteriores; en segundo lugar, debido a que el matrimonio dura menor número de años no se produce tanta variación económica entre ambos cónyuges a diferencia de lo que sucedía con los matrimonios tradicionales y; en tercer lugar, debido a la crisis se ha ido cambiando el modelo tradicional de trabajo dentro de la familia ya que gran parte de los hombres se situaban en el sector de la construcción y con la crisis muchos de ellos han perdido su empleo y han sido las mujeres quienes han seguido trabajando.

Teniendo en cuenta lo anterior, ante esta situación debe llevarse a cabo una atribución de la vivienda familiar durante un periodo de tiempo más breve debido a que las circunstancias han cambiado respecto a los matrimonios tradicionales celebrados hace años y no existe tanto perjuicio económico entre las partes actualmente.

En el supuesto en el que no existen hijos se puede dar la posibilidad en la que se determina una duración del uso como por ejemplo tres años y si pasado ese periodo de tiempo no se ha liquidado la sociedad de gananciales porque no se ha conseguido la venta de la misma, se procederá a llevar a efecto el uso alternativo de la vivienda por periodos de un año. Así no se causará un perjuicio a alguno de los progenitores que no ha estado usando la vivienda durante ese periodo pactado⁶⁵. Por tanto, debemos de tener en cuenta que debe ser un plazo concreto y determinado que no implique una situación la cual este condicionada a la voluntad del beneficiario del derecho⁶⁶.

⁶⁵ Vid. SAP de Madrid de 22 de febrero de 2002 (RJ 366/2002) y SAP de Madrid de 13 de enero de 2010 (RJ 32/2010), en ambas sentencias se acuerda la atribución del derecho de uso de la vivienda ganancial de ambos cónyuges hasta el momento en que se produzca la liquidación de la sociedad de gananciales pero se fija un periodo de tiempo para llevar a cabo dicha liquidación. Pasado ese tiempo y no se ha liquidado se atribuye el uso de la vivienda conjunto disfrutando alternativamente por años de la vivienda ambos cónyuges, pero abonando durante este periodo de tiempo los gastos derivados del uso el cónyuge que disfrute de ella.

⁶⁶ Vid. ANÓNIMO, *Vivienda familiar y Cargas del Matrimonio*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, p.68.

4.OPONIBILIDAD AL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

4.1 Inscripción del derecho de uso en el Registro de la Propiedad.

La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado admite que el derecho de uso es inscribible en el Registro de la Propiedad con independencia de la naturaleza jurídica que se le atribuya, cuestión que hemos discutido en el primer punto de este trabajo. Esta inscripción tiene el efecto fundamental de oponibilidad frente a terceros. Esta postura se justifica en que el derecho de uso supone una limitación de las facultades dispositivas del cónyuge propietario al que no se le atribuye el uso y produce efecto “erga omnes” por tanto debe de existir el acceso al Registro. Esta posibilidad de inscripción del derecho de uso en el Registro se fundamenta en diferentes preceptos de la Ley Hipotecaria⁶⁷ y Reglamento Hipotecario⁶⁸ que señalare seguidamente.

En primer lugar el artículo 1 de la Ley, hace mención a que el objeto del Registro es la inscripción de actos y contratos relativos al dominio así como derechos reales sobre inmuebles.

En segundo lugar, en relación con el precepto anterior se encuentra el artículo 2 en el párrafo segundo de esta misma ley que hace mención a la inscripción de títulos que constituyan derechos de uso, como ocurre en el presente caso.

En tercer lugar, el artículo 7 del Reglamento señala que deberán inscribirse en Registro además de títulos en los cuales se declare, constituya, trasmite, modifique o extinga el dominio o los derechos reales sino también cualquier acto o contrato que tenga trascendencia real que modifique alguna de las facultades de dominio de bienes inmuebles o inherentes a derechos reales⁶⁹.

En cuarto lugar, es posible también entender esta inscripción fundamentándose en una prohibición de disponer tal y como defiende el artículo 26 en el párrafo segundo de la L.H. La jurisprudencia del TS en el año 2010 emitió una sentencia alegada anteriormente donde señala “Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la *limitación de disponer impuesta al otro cónyuge*, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello inscribible en RP”⁷⁰.

⁶⁷ Vid. Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

⁶⁸ Vid. Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.

⁶⁹ Vid. MORALEJO IMBERNÓN, N. “La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial”, *Revista xurídica galega*, núm. 33, 2001, p.109.

⁷⁰ Vid. STS de 14 de enero de 2010 (RJ 859/2009).

4.1.1 ¿Qué cuestiones se deben de tener en cuenta en la inscripción?

No es inscribible el derecho de uso si existe un **derecho de usufructo** del inmueble inscrito previamente a nombre de un tercero. Aunque si es compatible la inscripción de este derecho junto con el usufructo que se encuentra vigente como sucesivo, es decir, que una vez que se extinga el usufructo que se encuentra en vigor el uso comenzará a operar.

En relación a la forma de llevar a cabo esta inscripción no es necesario precisar el **plazo de duración** de este derecho ya que éste será como limite máximo hasta la muerte del cónyuge usuario y además de ello este derecho de uso es revocable, objeto de modificación en cualquier momento en que cambien las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su concesión.

Conviene tener en cuenta otra cuestión y es que el derecho de uso de la vivienda familiar no puede inscribirse si ya se encuentra inscrito dicho **bien a favor de un tercero** el cual no es parte del procedimiento, ya que su inscripción supondría un quebrantamiento al principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de derechos e intereses legítimos así como indefensión, esto es debido a que la sentencia de separación, divorcio o nulidad solo puede tener efectos para los cónyuges y no terceros⁷¹.

Además de lo anterior no es necesario expresar las **circunstancias personales** de los hijos.

Una vez que se presenta la resolución judicial para su posterior inscripción el Encargado del Registro tiene la función de respetar la decisión de la autoridad de cosa juzgada, velar por el cumplimiento de dicha decisión, de las formalidades del documento presentado y de los obstáculos que surjan del Registro.

Por tanto la inscripción de la resolución judicial procederá cuando se respeten los siguientes principios registrales: legitimación, tracto sucesivo, prioridad y salvaguarda judicial de los asientos registrales⁷².

4.1.2 ¿En qué momento se lleva a cabo en el Registro la atribución del derecho de uso?

La atribución judicial del derecho de uso se puede llevar a cabo en dos momentos distintos del procedimiento:

Por un lado como medida provisional, durante el procedimiento principal de acuerdo a lo señalado en el artículo 103.2 del Código Civil a través de Auto y en este supuesto se podrá acceder al Registro a través de una anotación preventiva de la demanda presentada.

Por otro lado como medida definitiva, adoptada en este caso a través de sentencia definitiva de acuerdo a los artículos 90 y 91 del Código Civil. En este supuesto se

⁷¹ Vid. RDGRN de 19 de septiembre de 2007.

⁷² Vid. PEREZ UREÑA, A.A. "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar y su acceso al Registro de la Propiedad", *Boletín de Contratación Inmobiliaria*, ELDERECHO.COM, LEFEBVRE, 2011.

llevará a cabo una nota marginal a la inscripción del dominio del inmueble afectado y en dicha nota se hará referencia a la atribución del uso respecto del bien inmueble.

4.2 ¿Es oponible el derecho de uso aunque no esté inscrito en el Registro de la Propiedad?

Hay que tener presente el principio de buena fe pública registral, es decir, que el adquirente no tenga conocimiento de la falta de inscripción en el Registro y desconoce la situación real del inmueble de forma extra registral. En relación con ello conviene señalar la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de enero de 2006 donde se considera oponible el derecho de uso a los adjudicatarios de la vivienda en subasta pública, ya que la usuaria había realizado todo lo posible para otorgar publicidad sobre la situación en la que se encontraba la vivienda y finalmente la adjudicataria que ejecuta este procedimiento ya tenía conocimiento de esta situación por los primeros edictos emitidos. Por lo que no se puede hablar de buena fe de la apelante ya que tuvo toda posibilidad de poder conocer la situación real de ocupación de la finca y no lo hizo.

En el artículo 34 de la L.H. señala que el derecho de uso no inscrito no es oponible frente a terceros que conocían la inexactitud del Registro y por tanto no han actuado de buena fe aunque se presume siempre excepto en este supuesto. En cambio, el derecho de uso no inscrito resultará oponible frente a un tercer adquirente de buena fe que no haya inscrito la adquisición a su favor.

Pero hay quienes afirman la inoponibilidad del derecho frente a cualquier adquirente de buena fe y fundamentan esta afirmación en el artículo 1320 párrafo segundo del Código Civil donde señala la venta de la vivienda familiar la cual pertenece a uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro ya que se señala que esto no perjudica al tercero de buena fe. Por tanto con esta interpretación de este precepto prevalece el principio de seguridad en el tráfico sobre el principio de protección de la vivienda familiar⁷³. Lo cual considero que no es lo adecuado, ya que no se refiere a la oponibilidad de un derecho real sino su finalidad es aclarar la facultad de anulación que corresponde al cónyuge no propietario que no ha manifestado su voluntad de enajenación no puede perjudicar a quien adquiere la vivienda de buena fe.

Remitiéndonos al artículo 96 párrafo cuarto del Código Civil, considerando que la facultad de anulación corresponde al titular del derecho de uso que no ha consentido la venta, no puede afectar al tercer adquirente de buena fe. La RDGRN de 31 de marzo de 2000 interpretó este artículo como el uso atribuido al cónyuge no titular de la vivienda debe estar inscrito en el registro y si no se produce esta inscripción el cónyuge titular de la vivienda puede llevar a cabo cualquier acto de disposición sobre la misma sin su consentimiento ni autorización judicial.

⁷³ Vid. MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T. *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales: Artículo 1357, párrafo 2, del Código Civil*, Civitas, Colección “Cuadernos Civitas”, Madrid, 2002, p. 31.

Existe la posibilidad de que un cónyuge puede que no tenga interés en anular el contrato de transmisión de la vivienda ya que el adquirente debe soportar el derecho de uso si no se encuentra protegido por el artículo 34 L.H.

Por tanto, el derecho de uso no inscrito no perjudica al tercero de buena fe que ha adquirido la vivienda familiar.

4.3 Diferentes supuestos de inscripción.

Entre los diferentes supuestos posibles de inscripción comenzamos poniendo de relieve el supuesto de **vivienda propiedad exclusiva del cónyuge no titular** del derecho de uso, es el caso más frecuente que se plantea en la práctica y a éste se refiere el artículo 96 en el párrafo cuarto de nuestro Código. Ante esta situación si es posible llevar a cabo la inscripción del derecho de uso en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.2 de la L.H y 7 del R.H. Por tanto, es importante realizar la inscripción porque de lo contrario podría suponer la extinción del derecho de uso por la adquisición de un tercero de buena fe la vivienda. Debemos de tener además en cuenta que si anteriormente a este derecho de uso existía una hipoteca constituida por el cónyuge sobre la vivienda la cual estaba inscrita en el Registro de la Propiedad, si posteriormente se produce la crisis del matrimonio y se atribuye el derecho de uso de la vivienda al cónyuge no propietario de la misma este derecho es aconsejable inscribirlo en el Registro pero si se ejecuta la hipoteca y se procede a un lanzamiento del cónyuge beneficiario del uso de la misma no existe oponibilidad que se pueda alegar. Lo conveniente es que el convenio regulador se haga referencia a la existencia de una hipoteca sobre la vivienda y se tenga en cuenta la posible situación en el futuro de lanzamiento así incrementando la pensión de alimentos de los menores y/o la pensión compensatoria.

Otra de las situaciones posibles es la **vivienda sobre la que el cónyuge usuario del derecho de uso tiene algún derecho sobre la ella**. En este supuesto se pueden plantear dos situaciones: la primera de ellas es que se trate de una vivienda ganancial, ante esto es importante su inscripción en el Registro porque si en la liquidación de la sociedad de gananciales se atribuye la propiedad al cónyuge no usuario, este no podrá disponer de la vivienda hasta que no finalice este derecho de uso y además supondrá un obstáculo en el supuesto en el que quiera vender esa vivienda mientras este vigente este derecho⁷⁴. La segunda situación es que los cónyuges sean copropietarios de la vivienda entonces es conveniente su inscripción también, para el supuesto en el que se ejercite la acción de división de la cosa común de la que hablaremos posteriormente⁷⁵.

⁷⁴ Vid. SANTOS MORÓN, M^a. J. “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de reforma”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. I, núm.3, 2014, p.5.

⁷⁵ Vid. RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G. “La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm.737, 2013, p.1904.

En la situación en que **la vivienda sea propiedad exclusiva del cónyuge titular del derecho de uso**, se deniega de efectos la inscripción en el Registro ya que se considera que la posición de propietario asume a su vez el derecho de uso sobre la misma por el pleno dominio que tiene sobre ella. Pero si es cierto que la inscripción podría ser interesante en el supuesto en que la vivienda debido a las deudas que tiene el titular de la misma se ve abocada una subasta y puede ser adquirida por un tercero de buena fe, el cual se encuentra protegido de acuerdo al artículo 34 de la L.H. Entonces si existe esta inscripción realizada con anterioridad este tercero que adquiere la vivienda se encuentra limitado su derecho por el derecho de uso inscrito con anterioridad a la adquisición por el tercero y de esta forma se garantiza el derecho de uso de la residencia de la familia.

Pensemos ahora en la situación en la que ninguno de los cónyuges es propietario de la vivienda y residen en ella mediante la suscripción de un **contrato de arrendamiento**. Hay que tener en cuenta que el arrendamiento sí puede tener acceso al Registro de la Propiedad en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 párrafo quinto de la L.H, así que el uso de la vivienda se encontraría en cierta medida protegido por dicha inscripción. Pero tenemos que tener presente que en este caso el derecho de uso se encuentra sometido a dos limitaciones: por un lado, el contrato de arrendamiento se suscribe durante un tiempo determinado al igual que el derecho de uso sobre la vivienda familiar y por otro lado, se necesita que el cónyuge arrendador manifieste la vocación de destinar el inmueble a vivienda permanente ya sea bien para él y sus hijos o para su cónyuge en sentencia de separación, divorcio o nulidad matrimonial de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 9 párrafo tercero de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Pero esta inscripción en el Registro podría incumplir el principio registral de tracto sucesivo regulado en el artículo 20 de la L. H. si previamente no se encontraba inscrito el contrato, además de suponer para el arrendador una carga soportar durante este periodo y disminuyendo en el mercado inmobiliario la oferta de viviendas en alquiler y no recibiendo ninguna otra contraprestación más que la renta pactada.

Se puede plantear la situación en que el cónyuge arrendatario que ha suscrito el contrato sea no usuario y por tanto deje de abonar la renta mensual pactada o no solicite el derecho de prórroga por ejemplo, lo cual perjudica al cónyuge usuario. Ante esta situación nuestro artículo 15 en el párrafo primero de la L.A.U dispone que el cónyuge usuario que no ha suscrito el contrato de arrendamiento con el arrendador pasará a ser el titular del contrato si se le ha atribuido el uso del inmueble de forma permanente o durante un periodo de tiempo mayor al que resta para cumplir el contrato. En cambio si el derecho de uso de la vivienda familiar es durante un periodo de tiempo inferior al que falta para cumplir el contrato no habrá un cambio de titularidad, es decir, una subrogación contractual sino que simplemente será una cesión del derecho de uso.

De acuerdo a la modificación llevada a cabo por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, se permite la completa subrogación, y además de ello en virtud del artículo 15 en el párrafo segundo de la L.A.U. se debe comunicar al arrendador por el cónyuge usuario la

continuación del uso de la vivienda con un plazo de dos meses desde que se notificó la resolución judicial y acreditar dicha continuación con la copia de la resolución de acuerdo al pronunciamiento del Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de octubre de 2015⁷⁶.

En el supuesto en el que se haya exigido alguna garantía por el arrendador al arrendatario y éste después de la crisis matrimonial que surge durante la vigencia del contrato de arrendamiento no sea quien tenga el derecho de uso de la vivienda sino que le corresponda al cónyuge no arrendatario, ¿qué sucede con esa fianza o garantía que se ha prestado al principio de suscribirse el contrato de arrendamiento? Entiendo que deben subsistir las fianzas ya sean personales o reales prestadas por el cónyuge arrendatario pero si por resolución judicial corresponde al cónyuge usuario el abono de las rentas debe existir un consentimiento por parte del fiador para que perviva la fianza primera que se prestó⁷⁷.

Pero en mi opinión admito la posibilidad de inscripción del derecho de uso de una vivienda suscrita mediante un contrato de arrendamiento ya que así se protege dicho derecho de uso frente a terceros adquirentes de la vivienda pudiendo en este caso reclamar el arrendatario al arrendador todos los derechos y obligaciones suscritos con el anterior propietario al quedar éste subrogado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.571 del Código Civil. Así mismo asemejando la inscripción del derecho de uso con la inscripción del contrato de arrendamiento.

Si estamos ante una vivienda militar no es posible llevar a cabo una subrogación contractual a diferencia de lo que ocurre con la vivienda arrendada ya que en este supuesto si es por ejemplo el esposo militar y se atribuye el uso de la vivienda militar a la esposa y a los hijos, la relación jurídica sólo puede ser entre la entidad propietaria de la vivienda y el militar, no siendo posible ningún cambio de titularidad del contrato⁷⁸.

Cuando se trata de una **vivienda usada en precario** parece lógico que no se pueda inscribir el derecho de uso sobre la misma ya que se trata de una mera tolerancia por parte del propietario que es un tercero ajeno a los cónyuges. Y al ser la situación en precario un derecho personal y un título relativo a la mera situación de poseer no es inscribible en virtud del artículo 5 de la L.H. Además hay que tener en cuenta que podrá recuperar la vivienda el propietario en cualquier momento finalizando aquí el derecho de uso sobre la misma, ejercitando una acción de desahucio por precario conforme al artículo 250.1. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se decidirá en juicio verbal⁷⁹.

⁷⁶ Vid. STS de 26 de octubre de 2015 (RJ 587/2015).

⁷⁷ Vid. QUESADA GÓNZALEZ, M^a. C. *La vivienda familiar arrendada*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998, p.198.

⁷⁸ Vid. HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, R. "Criterios generales en la atribución del uso de la vivienda familiar", *Familia y sucesiones*, Madrid, núm. 107, 2014, p. 6.

⁷⁹ Vid. FAUS, M. "Precario", *Práctico Contratos Civiles: Situaciones especiales en contratos*, Vlex, 2016.

4.4. Acción de división de la cosa común, *actio comuni dividundo*.

De acuerdo a como hemos venido desarrollando en los anteriores apartados en relación a la oponibilidad del derecho de uso, nos queda sólo por estudiar la acción de división de la cosa común en supuestos de copropiedad por ambos cónyuges de la vivienda familiar o bien que sea el cónyuge no beneficiario del derecho de uso de la vivienda junto con otro ajeno a la relación matrimonial o bien ambos cónyuges y otros ajenos a la relación matrimonial⁸⁰.

Esta acción de división se traducirá en la mayoría de los supuestos en la adjudicación a uno de los copropietarios debiendo éste pagar al otro la parte correspondiente o la venta en pública subasta y será un tercero el nuevo propietario de la vivienda. Esta *actio comuni dividundo* se encuentra regulada en el artículo 400 párrafo primero del Código Civil, donde se indica que ningún copropietario está obligado a permanecer en la comunidad y en cualquier momento pueden pedir la división de la cosa común. El Tribunal Supremo no contempla la posibilidad de que se divida una parte y se mantenga la otra en indivisión, es decir, no es válida la división parcial⁸¹. Por tanto en principio esta posibilidad es perfectamente válida.

Tenemos que hacer mención al artículo 96 en el párrafo cuarto del mismo texto legal y es que para poder disponer del bien si el uso del mismo ha sido atribuido al cónyuge no titular se requiere el consentimiento de ambos o autorización judicial. Teniendo presente este precepto debemos de diferenciar entre si esta acción es un acto de disposición o un acto de mera administración. En el supuesto de ser considerada como un acto de disposición supondría un problema ya que el cónyuge favorecido por el uso no prestará el consentimiento para llevar a cabo la división⁸².

Tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia vienen admitiendo que la acción de división de la cosa común es un **acto de disposición** y el Tribunal Supremo⁸³ indica que se debe distinguir el supuesto contemplado en el artículo 96.4 donde se refiere a la vivienda ocupada por el cónyuge no titular del supuesto en el que la vivienda resulta propiedad común de los excónyuges al que ha de aplicarse el artículo 400 mencionado anteriormente pero debe respetarse la ocupación decretada judicialmente.

Por ello, ¿la división de la cosa común implica la extinción del derecho de uso? En principio el Tribunal Supremo decretó la extinción del derecho de uso cuando se interponía la acción de división lo cual suponía a su vez la expulsión de la vivienda del cónyuge que tenía el derecho de uso⁸⁴. Posteriormente, recondujo de nuevo esta

⁸⁰ Vid. GARCÍA-MAURIÑO, S. y DEL CARPIO FIESTAS, V.: “Atribución de uso de vivienda familiar y actio communi dividundo”, *Actualidad Civil*, núm.5, 1994, p.86.

⁸¹ Vid. STS de 15 de diciembre de 2009 (RJ 835/2009); STS de 30 de noviembre de 2010 (RJ 793/2010).

⁸² Vid. PÉREZ CONESA, C. “División de la copropiedad y el derecho de uso sobre la vivienda familiar. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.3, 2012, p.77.

⁸³ Vid. STS de 28 de marzo de 2003 (RJ 314/2003).

⁸⁴ Vid. STS 22 de septiembre de 1998 (RJ 6852/1988).

decisión tomada y admitió que el ejercicio de la acción de división **no implica la automática extinción del derecho de uso**, ya que no varían las circunstancias conforme a las que se concedió dicho derecho de uso⁸⁵. Incluso en el supuesto en que la interposición de esta acción supone la venta de la vivienda familiar en pública subasta, no se puede alterar el derecho de uso que ha sido atribuido en sentencia de separación o divorcio⁸⁶. Teniendo en cuenta la sentencia del TS de 5 de febrero de 2013⁸⁷, donde mantiene la doctrina seguida por el alto tribunal que la existencia de un derecho de uso sobre la vivienda familiar no impide llevar a cabo la acción de división de la cosa común regulada en el artículo 400.I del CC pero su venta debe respetar la extinción del derecho de uso.

Hay que tener presente otra posibilidad y es la *división in natura* de la vivienda familiar, siempre que las condiciones de la vivienda lo permitan y los espacios resultantes fueran igualmente idóneos para la habitabilidad⁸⁸. Respecto a esta división de acuerdo a la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 9 de junio de 2009 el cónyuge que solicita la división material de la vivienda debe correr con **la carga probatoria** tanto de la posibilidad de división de esa vivienda familiar como así el resultado final para valorar la viabilidad de poder llevar a cabo la división⁸⁹.

En el supuesto de las parejas de hecho, que trataremos en el siguiente punto para poner fin a la copropiedad existente entre ambos cónyuges se podría también interponer al acción de división de la cosa común a través de juicio ordinario o en vía notarial⁹⁰.

5. ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LAS PAREJAS DE HECHO.

La ruptura de las parejas de hecho a diferencia de lo que sucede en las crisis matrimoniales no existe una regulación jurídica. Ante esta falta de regulación se plantean diversos problemas para afrontar las consecuencias de esta extinción y la normativa que debe aplicarse. Según ROCA TRÍAS la ausencia de régimen propio produce a su vez ausencia de derechos y deberes⁹¹.

En el momento de la ruptura los problemas en esta situación son similares a la crisis matrimonial en relación a la guarda, custodia y régimen de visitas, pensión de

⁸⁵ Vid. BARCONES AGUSTÍN, N. “Problemas que plantea la división de la vivienda familiar. Especial referencia a la subasta judicial”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2085, 2009, p.1498.

⁸⁶ Vid. STS de 3 de diciembre de 2008 (RJ 1123/2008).

⁸⁷ Vid. STS de 5 de febrero de 2013 (RJ 5/2013).

⁸⁸ Vid. SAP de Málaga de 30 de noviembre de 2006 (RJ 641/2006) señala que la división material de la vivienda debe tener como resultado una división igualitaria en cuanto al número de dependencias como superficialmente.

⁸⁹ Vid. SAP de Huelva de 9 de junio de 2009 (RJ 86/2009).

⁹⁰ Vid. CAMPO IZQUIERDO, A. L. “Diversas cuestiones sobre la vivienda familiar...”, op., cit., p. 22.

⁹¹ Vid. ROCA TRÍAS, E. “Repensar la pareja de hecho”, *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 411.

alimentos, liquidación de las relaciones personales y patrimoniales existentes entre ambos miembros. Sin embargo, en relación a los hijos no existe variación ya que en virtud del artículo 39 de la Constitución Española asimila los hijos habidos en el seno de una pareja de hecho a los hijos habidos dentro de un vínculo matrimonial, así mismo el artículo 14 de la Carga Magna también establece expresamente que los poderes públicos protegerán a los hijos iguales ante la ley con independencia de la filiación que presenten.

¿Qué diferencias existen en el procedimiento seguido en el matrimonio con el de las parejas de hecho?

Las parejas de hecho no necesitan a diferencia del matrimonio una sentencia donde se declare nulidad, separación o divorcio y además de ello no pueden acudir al procedimiento regulado en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil concretamente en el artículo 770, es decir, que se determinen unas medidas definitivas como así ocurre en el matrimonio sino que ante esta situación es necesario iniciar dos procedimientos.

Por un lado, en virtud del artículo 748 párrafo cuarto de la LEC en relación al establecimiento de las medidas para los hijos menores y por otro lado, el procedimiento declarativo para liquidar las cuestiones económicas de los convivientes. Plantear la demanda de contenido económico posteriormente al establecimiento del régimen de custodia y alimentos en relación a los hijos garantiza que las pretensiones económicas no estén influenciadas y se vean desfavorecidas para conseguir las primeras⁹².

La pareja de hecho es considerada en algunos casos como una alternativa al matrimonio y en otros se trata de una preparación para llevar a cabo el matrimonio después de un lapso de tiempo de convivencia. La posibilidad de elegir cualquier opción está vinculada al libre desarrollo de la personalidad, regulado en el párrafo primero del artículo 10 de la CE ya que el Estado no puede imponer una opción o limitar las posibilidades existentes. Nuestro Tribunal Constitucional en Pleno ha definido en la sentencia de 23 de abril de 2013 “la unión de hecho puede caracterizarse, en principio, como una relación estable de convivencia *more uxorio*, cuyo elemento definitorio común queda cifrado en la voluntad libremente configurada de permanecer al margen del Derecho en cuanto a las consecuencias jurídicas inherentes a la institución matrimonial a que se refiere el artículo 32 de la CE. (...) Elemento esencial de la constitución de la pareja de hecho es, por tanto, su conformación extramuro de la institución matrimonial por decisión propia de sus integrantes, adoptada en ejercicio de su libertad personal, “y que se vincula con sus convicciones y creencias más íntimas”⁹³.

En cuanto a la regulación, existe ausencia de legislación estatal en relación a las parejas de hecho aunque ha habido diferentes intentos y en el ámbito autonómico han comenzado a legislar sobre ello con independencia de que tengan o no competencia para

⁹² Vid. MORENO-TORRES HERRERA, M. L. “La regulación de la ruptura del matrimonio y de las parejas de hecho”, *InDret*, octubre 2015,p.17.

⁹³ Vid. STC de 23 de abril de 2013 (RJ 93/2013).

ello. Esto produce un problema, ya que no coincide en las diferentes Comunidades Autónomas la caracterización de las parejas de hecho además de que se ofrecen diferentes derechos y cambian las condiciones para poder ejercer los mismos.

Conviene tener presente que la existencia de una pareja de hecho no supone automáticamente la existencia de un régimen de comunidad de bienes y sólo si de forma expresa o tácita se determina que se adquieren determinados bienes en común se forma una comunidad. Por tanto, una vez finalizada la convivencia, esos bienes para repartirlos se debe llevar a cabo a través de la acción de división⁹⁴.

Ahora bien, planteémonos en la situación en que los convivientes han establecido un pacto en el que indican el régimen jurídico al que se quieren someter en esta unión así como cuándo se extinga la misma. De acuerdo a lo establecido en el artículo 1255 del Código Civil, es necesario respetar lo pactado por ambos haciendo uso de la autonomía de la voluntad, siendo este pacto perfectamente válido siempre que no sea contrario en principio a la ley ni a la moral ni al orden público⁹⁵. Tanto el Tribunal Constitucional ha otorgado preferente validez al acuerdo alcanzado bajo la autonomía de la voluntad como el Tribunal Supremo que admite los pactos tácitos siempre que sean debidamente probados durante el procedimiento y se pueda extraer la voluntad inequívoca de los convivientes de hacer común los bienes adquiridos durante la relación bien sean todos o sólo algunos.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han tenido que considerar improcedentes algunos pactos alcanzados por los convivientes especialmente en relación a la atribución de la vivienda familiar cuando resulta perjudicial para los hijos menores de edad ya sea por no respetar el *favor filii* como por el interés del menor.

Estos pactos alcanzados por una pareja de hecho se encuentran sometidos al principio de libertad de forma regulado en el artículo 1278 del CC, pero en la relación matrimonial nos encontramos ante las capitulaciones matrimoniales donde es necesario inscribirlas en escritura pública en virtud del artículo 1327 del CC.

A falta de pacto alcanzado por los convivientes, el cese de la convivencia no debe dar lugar a ningún tipo de indemnización entre los convivientes ya que la pareja comenzó a convivir de manera ajena al matrimonio por tanto la ruptura debe ser libre igualmente, en este sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Alicante⁹⁶.

Como ya he señalado anteriormente ante la ruptura de la pareja no es posible llevar a cabo una automática aplicación del régimen económico del matrimonio sino que el Tribunal Supremo exige la existencia de un pacto expreso o tácito de donde se derive cuál es la voluntad de los convivientes de someter a un determinado régimen. Pero en

⁹⁴ Vid. SAP de Zamora de 28 de octubre de 2013 (RJ 171/2013); SAP de Madrid de 6 de octubre de 2015 (RJ 307/2015).

⁹⁵ Opinión compartida por la Recomendación del Comité del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 7 de marzo de 1988.

⁹⁶ Vid. SAP de Alicante de 3 de julio de 2012 (RJ 347/2012).

ausencia de ello el alto tribunal⁹⁷ acude a los principios generales del derecho como última fuente del sistema formal de fuentes en el ordenamiento jurídico en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.1 del CC, siendo el **principio de protección al conviviente perjudicado** por la situación de hecho. Conviene tener presente que este principio deriva de normas constitucionales concretamente señalaré las siguientes: artículo 10 el principio de dignidad de la persona, artículo 14 el principio de igualdad y artículo 39 el principio de protección de la familia.

Si existen hijos menores debe prevalecer el **principio de protección del menor y de la familia** regulado en el artículo 39.1 de la CE y en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, además de este principio conviene tener presente también el **principio de igualdad de los hijos**⁹⁸ en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la CE. Por tanto de acuerdo a estos principios señalados procede atribuir el uso de la vivienda familiar a los hijos menores y como consecuencia de ello al progenitor que quede en compañía de los mismos. Pero conviene tener presente que no se realiza por aplicación analógica de una sola norma como es el artículo 96 del CC sino que habrá que acudir a diferentes normas para deducir de todas ellas el principio general del Derecho, que es preponderante el interés de los hijos y posteriormente la protección del conviviente más necesitado de protección tras la ruptura⁹⁹.

Es cierto que finalmente la STS de 10 de marzo de 1998 mencionada anteriormente acude a estos principios generales del derecho y acaba aplicando la misma solución que si hubiese atendido directamente el artículo 96 del CC. Por tanto, es posible la aplicación de este precepto para la ruptura de las parejas de hecho aunque es necesario tener en cuenta siempre que no es una aplicación automática sino que es necesario estudiar las normas para convenir su aplicación. Esto tiene además de ello su fundamento en que se debe exigir que cumplan los mismos requisitos la vivienda adquirida por un matrimonio como la extramatrimonial para poder llevar a cabo su adjudicación y es que debe ser la residencia habitual de una unidad familiar por lo que es necesario que sea el lugar en el que ha vivido la familia con voluntad de permanencia

¿Qué ocurre si se trata de una vivienda arrendada? ¿Es aplicable el artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos a las rupturas de las parejas de hecho? En principio este artículo se refiere expresamente a los casos de nulidad, separación o divorcio no contemplando las parejas de hecho. Pero al igual que lo manifestado anteriormente en mi opinión se deduce que es aplicable también a estos supuestos en virtud de lo dispuesto en el artículo 16 párrafo primero apartado b) de la LAU, haciendo extensiva

⁹⁷ Vid. STS de 10 de marzo de 1998 (RJ 212/1998).

⁹⁸ Vid. SAP de Las Palmas de 20 de julio de 2015 (RJ 534/2015), donde se indica que los menores constituyen el interés preferible con independencia de que su filiación sea matrimonial o extramatrimonial ya que si se establece una diferencia entre ellos se incurre en discriminación infractora del artículo 14 de la CE.

⁹⁹ Vid. GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. "Enriquecimiento injusto ente convivientes y respeto a la libre ruptura de las uniones no matrimoniales (I)", *Diario la ley*, 2006, p.6.

esta aplicación a las parejas de hecho para todos los preceptos de la ley al no indicar detalladamente que su aplicación se encuentra restringida¹⁰⁰.

¿Si la vivienda ha sido cedida en precario por un tercero? Ante esta situación corresponde al tercero interponer las acciones necesarias para recuperar la posesión del inmueble.

6. ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL SUPUESTO DE CUSTODIA COMPARTIDA DEL MENOR.

Ha aumentado a lo largo de los años la concesión de custodias compartidas por parte de los tribunales, concretamente en el año 2018 ha ascendido un 11% en comparación con el año anterior, fundamentando esto en la primacía del interés superior del menor para así mantener una relación igualitaria con ambos progenitores. Por lo que esta modificación en los procesos de familia en relación a la atribución de la guarda y custodia nos obliga a plantearnos si tiene sentido la atribución de la vivienda familiar en virtud de lo dispuesto en el artículo 96.1 del CC. Ya que en esta situación se está pensando exclusivamente en el supuesto de custodias monoparentales de los hijos por uno de los progenitores no siendo aplicable en el supuesto de custodias compartidas.

Ante una custodia compartida ¿qué ocurre con la vivienda familiar? A continuación presentaré varias posibilidades atendiendo a determinadas circunstancias:

En primer lugar, la **posibilidad de atribuir la vivienda familiar durante los periodos de tiempo en que los progenitores tengan a los hijos en su guarda y custodia**, es decir, establecer la vivienda familiar conocida como “casa nido”. Siendo los progenitores quienes se alternan para vivir en ella atendiendo al periodo de tiempo que le corresponde custodiar a los menores y permaneciendo siempre en la misma los hijos. Por tanto, ello implica un gran gasto para ellos ya que mientras no disfrutan de la compañía de los hijos en el supuesto en que tengan exclusivamente una vivienda tendrán que buscar otro inmueble donde residir cada uno de ellos durante ese tiempo. Por lo que supone la existencia de tres viviendas: la común y una privativa para cada uno de los progenitores. Además esto puede suponer la premisa a través de la cual se agraven los problemas que existen entre ambos cónyuges¹⁰¹ por tener que seguir compartiendo la vivienda aunque no coincidan en ella temporalmente.

Para disminuir este problema económico expongo en mi opinión diferentes posibilidades: Si el matrimonio tiene dos viviendas gananciales, atribuyen la

¹⁰⁰ Vid. BERJANO ARENADO, F. “La obligación de notificación al arrendador de la voluntad de continuar en el uso de la vivienda por cónyuge no arrendatario a quien ha sido adjudicada en los casos de nulidad, separación o divorcio. ¿Debe ser fehaciente? ¿Puede extenderse esta opción a las parejas de hecho?”, *Boletín de Contratación Inmobiliaria El Derecho*, 2005, p.11.; SANTOS MARTÍNEZ, A. M. “Efectos de la atribución de la vivienda familiar arrendada en las crisis matrimoniales”, *Actualidad Civil*, núm 15-16, 2012, p.5.

¹⁰¹ Vid. SAP de Asturias de 20 de mayo de 2014 (RJ 181/2014).

característica de casa nido a una de ellas y la otra la utiliza el cónyuge que en dicho momento no esté ejerciendo la guarda y custodia. O bien otra posibilidad que planteó es que si existe una vivienda ganancial y otra privativa de uno de los cónyuges, sea la última la que utilicen ambos cuando no se encuentren residiendo en la vivienda ganancial junto a los menores. O bien otra de las soluciones es que se alquile por ambos una vivienda para poder residir en ella durante el periodo en el que no se encuentra un progenitor con los menores.

De esta forma pienso que es una situación viable y además de ello económica para los progenitores, con el fin de poder llevar a cabo esta custodia compartida sin que suponga un sobre coste para ellos y los menores a su vez tengan una estabilidad en la misma vivienda. Pero esto sólo es posible siempre y cuando tengan una relación ambos convivientes “buena”, ya que de lo contrario supondría un grave problema por tener que compartir el uso de ambas viviendas de manera rotatoria al no poseer tolerancia recíproca entre ellos.

A favor del establecimiento de estas medidas cuando las circunstancias concurrentes entre ambos progenitores y debido al interés del menor así lo aconsejen, se han posicionado la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en la sentencia de 25 de julio de 2016¹⁰² y la Audiencia Provincial de Pontevedra en la sentencia de 29 de junio de 2018¹⁰³. Hay una sentencia emitida por el Tribunal Supremo de 7 de junio de 2018 que conviene traer a colación sobre la recomendación de la casa nido, pero limita este uso en el tiempo y es que condiciona esta atribución hasta el momento en que se proceda a la liquidación de gananciales¹⁰⁴.

Sin embargo, hay tribunales como la Audiencia Provincial de Valladolid donde se aprecia en la sentencia de 7 de marzo de 2018 el rechazo a esta posibilidad de casa nido si no existe entre las partes una conformidad¹⁰⁵. Así el Tribunal Supremo ha dictado la sentencia de 10 de enero de 2018 en la que determina la necesidad de cada uno de los progenitores tenga una vivienda para cuando los menores se encuentren en su compañía¹⁰⁶. Además de ello, en el “Encuentro de Jueces y Abogados de Familia” celebrado en Madrid en octubre de 2015 estimo esta modalidad como “no recomendable”, al ser un incentivo para agravar los problemas entre los progenitores.

En segundo lugar, **atribuir la vivienda familiar al cónyuge que tenga más necesidad de ella**. En esta situación a diferencia del anterior exclusivamente disfrutará del uso de la vivienda familiar uno de los cónyuges, concretamente aquel que tenga mayor necesidad. Por tanto, este supuesto difiere del anterior en que serán los menores quienes se tendrán que trasladar de una vivienda a otra durante el tiempo en el que

¹⁰² Vid. SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de mayo de 2016 (RJ 336/2016), se atribuye la vivienda familiar a cada uno de los progenitores con una duración de 15 días mientras llevan a cabo la guarda y custodia de las hijas menores.

¹⁰³ Vid. SAP de Pontevedra de 29 de junio de 2018 (RJ 293/2018).

¹⁰⁴ Vid. STS de 7 de junio de 2018 (RJ 343/2018).

¹⁰⁵ Vid. SAP de Valladolid de 7 de marzo de 2018 (RJ 99/2018); SAP de Cantabria de 27 de marzo de 2018 (RJ 185/2018).

¹⁰⁶ Vid. STS de 10 de enero de 2018 (RJ 7/2018).

tengan que estar en su compañía y a partir de este momento existen dos domicilios familiares para los menores.

Y planteamos la situación ¿y si el padre tiene hijos fruto de otra relación sobre los que ejerce una custodia exclusiva? ¿tiene preferencia para permanecer en esta vivienda y considerarse que es el más necesitado de protección? Ante esta posibilidad conviene tener presente que no son determinantes para la atribución de la vivienda familiar esos hijos ya que la sentencia únicamente se pronuncia sobre los hijos de la presente ruptura, no de la anterior y además de ello, si la vivienda familiar objeto de discusión nunca fue vivienda de la primera relación no influye dicha circunstancia en la atribución.

Para llevar a cabo esa atribución debemos de precisar a que se refiere con “el interés más necesitado de protección”, pues bien, entendemos que dicho interés se relaciona con la dificultad que existe para poder acceder a otra vivienda, no restringiendo ese acceso únicamente a la compraventa sino a cualquier tipo de contrato que impida acceder al inmueble¹⁰⁷.

Además debemos de tener presente que esta atribución se puede limitar en el tiempo y si persiste la necesidad en dicho progenitor se continúa con la concesión. Conforme a la nueva redacción del artículo 96.2. III del CC redactado en el Anteproyecto es posible “atribuir la vivienda familiar al cónyuge que tenga mayores dificultades de acceso a la vivienda por un tiempo máximo de dos años pudiendo el adjudicatario solicitar tres meses antes del vencimiento del plazo, con carácter excepcional y siempre que continúen las dificultades que motivaron dicha concesión la prórroga de uso de un año más”¹⁰⁸.

El Tribunal Supremo avala esta limitación temporal debido a que el interés que se protege en este precepto es el interés del cónyuge más necesitado de protección, y no el interés del menor a continuar en la residencia familiar como se manifiesta en el artículo 96. 1 del Código Civil. Por tanto resulta de aplicación analógica el artículo 96.2 del CC debido a que en la custodia compartida se encuentran los hijos en compañía de ambos progenitores y se permite la limitación temporal¹⁰⁹. Esta limitación temporal protege los intereses de todos ya que puede suceder que una vez que finaliza este periodo de tiempo la necesidad de vivienda de los hijos se encuentra cubierta a través de otros medios, pero para ello siempre debe respetar el principio de proporcionalidad en el plazo de atribución de la vivienda¹¹⁰.

¹⁰⁷ Vid. LANGA MUELA, A. *Custodia Compartida en Aragón: análisis de los artículos 75 a 84 del Código de Derecho Foral de Aragón, de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia de los progenitores con hijos comunes a cargo*, Beca del Justicia de Aragón, 2012, p.76.

¹⁰⁸ Vid. CHAPARRO MATAMOROS, P. “Derecho de uso y vivienda familiar...”, op., cit., p. 353.

¹⁰⁹ Vid. STS de 24 de octubre de 2014 (RJ 593/2014): STS de 20 de febrero de 2018 (RJ 95/2018).

¹¹⁰ Vid. GONZÁLEZ VICENTE, P. “Ante la nueva realidad social y familiar existente, y teniendo en cuenta las reformas legislativas autonómicas, ¿se atiende al interés del menor si se mantiene atribuido el uso de la vivienda familiar hasta la mayoría de edad?”, *Familia y sucesiones*, Madrid, núm. 118, 2017, p.6.

Pero es importante tener en cuenta si esa vivienda familiar es ganancial de ambos cónyuges o privativa de uno sólo de ellos. Respecto a esta cuestión señalamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 20 de noviembre de 2015, donde se atribuye la vivienda familiar al exmarido siendo ganancial y no existiendo un interés más necesitado de protección sino que ambos reciben aproximadamente los mismos ingresos aunque siendo un poco superiores los de la exmujer. Atendiendo a esta diferencia se atribuye al hombre, pero debiendo abonar el mismo a la copropietaria una cantidad mensual en concepto de uso por no existir un interés más necesitado de protección y suponer un enriquecimiento para el exmarido el uso de esta vivienda¹¹¹.

En el supuesto en que la vivienda sea privativa del hombre y la mujer tiene en su custodia hijos de otra relación y residen con ellos en esa vivienda ¿se consideraría a ésta quien tiene el interés más necesitado de protección? No podría privarse de ese uso al marido ya que es el titular de la vivienda y se adjudicaría en beneficio de un interés ajeno debido a que los hijos no son fruto de esa relación¹¹².

En tercer lugar, **no atribución de la vivienda familiar a ninguno de los progenitores.** Es el supuesto más radical ya que en esta situación a los hijos se les elimina el contacto inmediato con la vivienda familiar, todo lo contrario a lo que se había estado evitando en las situaciones expuestas anteriormente. Por ello, ahora será el menor quien se tenga que desplazar a cada una de las viviendas de los progenitores sin ser ninguna de ellas el que fue hogar familiar. Esta solución ya ha sido admitida por los tribunales aunque legalmente no se encuentra regulada.

Según RODRIGUEZ DE ALMEIDA, manifiesta que con esta solución se evitan las situaciones conflictivas que surgen cuando uno de los cónyuges permanece en la vivienda familiar. Así al encontrarse en desuso con mayor rapidez procederán a la liquidación de gananciales, y a su vez podrán comenzar a retomar de nuevo una vida independiente cada uno de ellos¹¹³. En esta dirección encontramos la sentencia del TS de 27 de junio de 2016 donde el exmarido solicita a través de una demanda de modificación de medidas el uso alterno de la vivienda familiar en la que se encontraba residiendo la exmujer junto a la hija menor, pero el tribunal al constatar que ambos poseían medios económicos suficientes desafectó la vivienda familiar ya que podían suplir la necesidad de alojamiento de la menor en ausencia de ésta. De esta forma se procedería a la rápida disolución de la sociedad de gananciales¹¹⁴.

Aunque no se encuentra regulada esta posibilidad planteamos la situación ¿y si ambos cónyuges abandonan la vivienda ganancial y comienzan a residir cada uno de ellos en otra privativa junto a los menores? Pues ante esta situación pienso que como ninguno de los dos ha mostrado intención de seguir residiendo en la vivienda familiar

¹¹¹ Vid. SAP de Sevilla de 20 noviembre de 2015 (RJ 485/2015).

¹¹² Vid. GIL MEMBRADO, C., *La Vivienda Familiar*, Reus, Madrid, 2013, p. 110.

¹¹³ Vid. RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G., “La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el derecho de las cosas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, 2013, p. 1145.

¹¹⁴ Vid. STS de 27 de junio de 2016 (RJ 434/2016).

considero que no se incumple el artículo 96.1 del CC ya que realizando una reinterpretación del mismo¹¹⁵, lo que interesa que se proteja es el alojamiento de la menor sin inconveniente de que sea a través de otras viviendas distintas a la familiar.

En cuarto lugar, **la enajenación de la vivienda familiar**. Aunque no se trata de una cuestión de atribución conviene detenernos ante esta posibilidad ya que se trata de otra solución alternativa a la atribución. La venta de la vivienda en la mayoría de los supuestos es la opción idónea ya que con ella ambos cónyuges obtienen unos ingresos con los que pueden acceder otra vivienda para residir junto a los hijos¹¹⁶. Esta venta puede llevarse de diversas formas: por un lado, que sea uno de los cónyuges quien la adquiera por lo que se convertirá en propietario único de la vivienda o por otro lado, que se venda a un tercero.

Además esta opción incluye la ventaja de no seguir compartiendo la vivienda y mantener discusiones entre los cónyuges debido a esta convivencia, esta alternativa fue elegida por la Audiencia Provincial de Islas Baleares el 29 de junio de 2005¹¹⁷.

7. ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL SUPUESTO DE CUSTODIA MONOPARENTAL DEL MENOR.

La custodia exclusiva de uno de los progenitores actualmente sigue siendo en algunos tribunales la opción preferente aunque progresivamente se va implantando la custodia compartida. Con la introducción en el Anteproyecto del nuevo precepto el artículo 92 bis del CC se establecería la custodia compartida no como un régimen excepcional como se plantea en la actualidad, sino que se valorarían cada una de las circunstancias para convenir qué custodia se ajusta más al interés superior del menor.

A continuación planteamos las distintas posibilidades de atribución de la vivienda familiar en relación a este tipo de custodia monoparental:

En primer lugar, **la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio**. Esta es la primera solución regulada en el artículo 96.1 del Código Civil y que abunda en la mayoría de las sentencias resueltas sobre este tema tradicionalmente pero, ello implica en algunas situaciones injusticias para el cónyuge que se priva de ese uso. Este precepto no diferencia el carácter ganancial o privativo de la vivienda familiar incluso si

¹¹⁵ Vid. SANTOS MORÓN, M^a. J. “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva...” op., cit., p. 23.

¹¹⁶ Vid. DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I. “Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, 2012, p.2312.

¹¹⁷ Vid. SAP de Islas Baleares de 29 de junio de 2005 (RJ 291/2005), manifiesta que no es conveniente la atribución alternativa a ninguno de los cónyuges custodios ya que supondría una fuente de continuos problemas. Por tanto acuerda efectivo el pacto entre los cónyuges de llevar a cabo la venta del inmueble.

está en régimen de alquiler¹¹⁸. Se trata de una norma que tiene como fin evitar variar en la medida de lo posible el entorno del menor para que así pueda continuar viviendo en la residencia familiar y limitar el perjuicio que pueda sufrir por la crisis de sus progenitores¹¹⁹.

Como consecuencia de ello se han establecido algunos mecanismos con el fin de garantizar tanto los intereses patrimoniales como personales de los sujetos afectados.

Por un lado, la limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar, ya que tradicionalmente era concedida la vivienda familiar junto con la custodia de los menores a la mujer, y debido a la dependencia económica que poseía ella respecto del hombre perduraba de forma indefinida en el tiempo, produciendo una situación injusta para él por tener que seguir haciendo frente a la carga hipotecaria por ejemplo, sin poder utilizar la misma además de abonar la pensión de alimentos a los hijos debido a que se ha establecido una custodia exclusiva. Todo ello ponía al cónyuge en una situación de precariedad difícil para poder rehacer su vida. Pero debemos de tener siempre presente que la limitación temporal no puede perjudicar el interés de los hijos menores o mayores de edad económicamente dependientes. Con este límite se protegen los intereses de todas las partes siempre que cumplido el plazo señalado las necesidades de los menores de la vivienda queden satisfechas a través de otros medios¹²⁰.

Por otro lado, la compensación, con ello nos referimos a que la atribución de la vivienda familiar es considerada como una prestación *in natura* de carácter alimenticio a favor del hijo. Por tanto, la pérdida del derecho de uso por parte del propietario o copropietario de la misma debe ser tenido en consideración a efectos de calcular la cuantía de la pensión de alimentos que corresponda abonar al cónyuge no custodio a favor del menor¹²¹.

Otro de los mecanismos es la posibilidad de división material de la vivienda familiar, esto resulta interesante en el supuesto de que la vivienda es de grandes dimensiones o que esa vivienda familiar es fruto de juntar varios inmuebles. Ante estas situaciones hay que estudiar la viabilidad de dividir las mismas y que ambas queden en condiciones óptimas de habitabilidad. Esta solución plantea grandes ventajas ya que si alguno de los cónyuges desempeñaba su labor profesional en la vivienda puede continuar realizándolo y además de ello es beneficioso para el menor también ya que no cambiará de entorno y

¹¹⁸ Vid. SAP de Sevilla de 23 de abril de 2018 (RJ 201/2018), atribuye la vivienda familiar al hijo menor y al cónyuge en cuya compañía quede pues recuerda que la protección de los hijos menores es incondicional y por tanto es indiferente si la vivienda es privativa o ganancial cuando existen hijos menores.

¹¹⁹ Vid. SALAZAR BORT, S. *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, Tirant lo Blanch, "Colección privado", núm. 31, Valencia, 2000, p. 46.

¹²⁰ Vid. VERDERA IZQUIERDO, B. "Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La necesidad de vivienda", *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2016, p. 38.

¹²¹ Vid. SAP de A Coruña de 21 de enero de 2010 (RJ 12/2010).

estará cerca de ambos progenitores. Para llevar a cabo esta medida el alto tribunal ha establecido una serie de requisitos que se deben de cumplir¹²²:

- a) Que exista la posibilidad de división material del inmueble.
- b) La habitabilidad de las dependencias resultantes y la independencia entre ambas viviendas.
- c) La inexistencia de relaciones conflictivas entre ambos cónyuges.
- d) Que sea la mejor manera de proteger los intereses de todos.

Ahora pensemos en la situación en que los cónyuges durante el matrimonio han estado residiendo en una vivienda atribuida en precario por los padres del marido debido a la cercanía que se situaba respecto del trabajo de éste. Pero cuando se produce la ruptura se atribuye la custodia exclusiva de las menores a la madre, ante esta situación ¿pueden los abuelos como titulares de la vivienda familiar ejercitar la acción de desahucio? Si podrían ejercitar esta acción para recuperar la posesión del inmueble y como esto atentaría el interés de las menores, el Juez puede atribuir el uso de una vivienda en el momento de la disolución del matrimonio la cual no ha sido la vivienda familiar para así proteger el interés de las menores¹²³ y satisfacer las necesidades de éstos como por ejemplo una vivienda que poseían ambos cónyuges de carácter ganancial en la que nunca han residido. Estas situaciones las podemos contemplar en diferentes Audiencias¹²⁴.

En segundo lugar, **atribuir la vivienda familiar al cónyuge no custodio**. Esta situación es posible cuando el cónyuge custodio al que se atribuye automáticamente la vivienda familiar dispone de medios económicos para poder residir junto a los menores en otro domicilio y así garantizar la vivienda familiar al cónyuge no custodio que presenta severos problemas para acceder a una¹²⁵. Conviene señalar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 5 de noviembre de 2015, donde se modifica la atribución de la vivienda familiar ya que el cónyuge custodio, la madre, había adquirido otra vivienda junto a su nueva pareja y el cónyuge no custodio se encontraba de alquiler en otra vivienda siendo la vivienda familiar privativa de éste. Por tanto, a través de esta cambio de vivienda se aumentó la pensión de alimentos de la hija menor, ya que el padre se encontraba en mejor posición económica con el traslado a dicha vivienda¹²⁶. Defiende esta solución el Tribunal Supremo¹²⁷ debido a que el progenitor custodio y los hijos menores ya tienen satisfecha la necesidad de habitación. Pero frente a esto el alto tribunal se pronunció en contra de ello en el año 2014 justificando la inestabilidad que se produce al dejar a los menores bajo las decisiones que pueda tomar esta nueva pareja

¹²² Vid. STS de 30 de abril de 2012 (RJ 262/2012).

¹²³ Vid. STS de 15 de julio de 2015 (RJ 448/2015).

¹²⁴ Vid. SAP de Burgos de 30 de octubre de 2012 (RJ 396/2012); SAP de Asturias de 27 de noviembre de 2013 (RJ 308/2013); SAP de Cádiz de 22 de febrero de 2016 (RJ 80/2016).

¹²⁵ Vid. LEGERÉN MOLINA, A. "Atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio y titular exclusivo de la misma cuando el menor y cónyuge custodio tengan satisfechas de manera adecuada sus necesidades de alojamiento en otra vivienda. Sentencia de 5 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10135)", *CCJC*, núm. 92, 2013, p. 540.

¹²⁶ Vid. SAP de Palencia de 5 de noviembre de 2015 (RJ 172/2015).

¹²⁷ Vid. STS de 29 de marzo de 2011 (RJ 191/2011).

y perjudique el interés de los mismos siendo los progenitores quienes tienen que protegerlos¹²⁸.

8. ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

8.1 En presencia de hijos mayores de edad con alguna discapacidad.

Nuestro ordenamiento jurídico garantiza en diferentes textos legales la protección de los menores de edad haciendo prevalecer el interés superior de los mismos y en el caso de ruptura de los cónyuges encontramos la protección en el artículo 96.1 del CC. Las personas con discapacidad se encuentran protegidas en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, sobre Derechos de las Personas con Discapacidad mediante la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social de 3 de diciembre de 2013.

Pero cuando estamos ante la ruptura matrimonial de los progenitores ¿puede extenderse la protección de los menores de edad a los hijos con discapacidad? En un primer momento el Tribunal Supremo dictó la sentencia de 30 de mayo de 2012,¹²⁹ donde se equiparaba la protección de los hijos menores de edad con los discapacitados ya que el interés de estos últimos también debe ser considerado como el más necesitado de protección. Pero posteriormente el alto tribunal dictó la sentencia de 19 de enero de 2017¹³⁰, que sirve de aclaración para esta cuestión, determinando que el artículo 96.1 del CC sólo es aplicable ante la existencia de menores de edad no siendo extensivo a los hijos mayores con discapacidad. Debido a que ante la existencia de hijos mayores de edad opera el límite temporal a diferencia de cuando son menores lo que provoca inseguridad jurídica ante estas situaciones.

A continuación vamos a detenernos sobre cada una de las situaciones posibles que se pueden plantear en la práctica diaria:

En primer lugar, **el hijo mayor de edad que se encuentra incapacitado**. Con ello nos referimos a una discapacidad impeditiva la cual además es irreversible y la misma puede haber sido declarada o no judicialmente. Cuando hay una sentencia que determina la incapacidad siendo el hijo menor de edad se amplía como consecuencia de ello la patria potestad aunque el hijo alcance la mayoría de edad pero si esta incapacidad es determinada cuando el hijo posee la mayoría de edad se produce mediante esta resolución judicial la rehabilitación de la patria potestad. Por tanto, la semejanza que presentan con los menores de edad es que ambos se encuentran sometidos a la misma institución de protección contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, la patria potestad de los progenitores.

¹²⁸ Vid. STS de 16 de junio de 2014 (RJ 320/2014).

¹²⁹ Vid. STS de 30 de mayo de 2012 (RJ 325/2012).

¹³⁰ Vid. STS de 19 de enero de 2017 (RJ 31/2017).

A diferencia de la protección respecto de la vivienda familiar que contempla nuestra legislación cuando existen hijos menores donde no se impone límite de uso, siendo sólo aplicable el mismo una vez alcanzada la mayoría de edad. Ante la presencia de hijos incapacitados esto no es viable, porque la patria potestad en este punto tendrá que extenderse en el tiempo y por tanto no es admisible que la atribución afecte a los intereses del cónyuge copropietario de la vivienda, no custodio, si estamos ante una vivienda ganancial o si es privativa del mismo no puede privarse del uso durante toda la vida. Como consecuencia de ello, debemos de tener en cuenta la ponderación de intereses y circunstancias, ya que cuando un hijo posee una incapacidad el Estado concede a favor del mismo ayudas y pensiones, con las cuales podrá hacer frente al cambio de residencia y conciliar así los intereses de todas las partes.

En segundo lugar, **el hijo mayor de edad tiene una discapacidad reconocida, pero no declarada judicialmente.** Estamos ante una incapacidad de hecho pero que el hijo presentará las mismas dificultades para llevar a cabo una vida independiente por lo que necesitará protección, pero aquí no puede rehabilitarse la patria potestad ya que no existe resolución judicial que acredite ésta. Por tanto ante esta situación debemos de aplicar el artículo 96.1 del CC, aunque no se equipara a la protección de un menor de edad sino de un hijo mayor de edad económicamente dependiente. Pero esta dependencia se prolongará indefinidamente en el tiempo a diferencia del hijo mayor dependiente que será temporal. Además de ello deberán prestarse alimentos a favor del hijo discapacitado pero esta pensión podría ser minorada si recibiese una pensión o cualquier tipo de ayuda por parte de la Administración pero sólo es posible cuando existe una sentencia que declare la discapacidad.¹³¹

Por tanto cuando existe una discapacidad, para que exista menos desequilibrio entre ambos progenitores en relación a la atribución de la vivienda familiar es conveniente que se tenga acreditada la discapacidad del hijo a través de una sentencia. Ante la ausencia de la misma debe de establecerse una limitación del uso de la vivienda ya que perjudicaría al copropietario que se ve privado de la misma.

En tercer lugar, **el hijo mayor de edad presenta una discapacidad no impeditiva.** Se trata de la existencia de una lesión leve la cual no impide llevar a cabo una vida diaria dentro de la normalidad, pudiendo desempeñar un empleo. Por ejemplo en esta situación pensemos en un hijo mayor de edad que tiene enanismo pero ello no dificulta para poder llevar a cabo la profesión de dependiente. Una vez que ha encontrado un empleo y le permite ser autónomo e independiente de sus progenitores no puede suponer un obstáculo su discapacidad para privar a uno de los padres hacer uso de la vivienda familiar. Puede admitirse la posibilidad de prolongar la atribución de uso de la vivienda mientras busca un empleo pero asemejando esta situación a un hijo mayor de

¹³¹ Vid. GARCÍA GARNICA, M^a. DEL C. *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Dykinson, Madrid, 2014, p.178.

edad económicamente dependiente y no exclusivamente fundamentando tal condición en la discapacidad¹³².

Por todo ello podemos puntualizar que es importante tener presente ante qué tipo de discapacidad nos encontramos y también conocer si existe una resolución judicial que se ha pronunciado sobre ella y así poder determinar el periodo de tiempo durante el que se puede privar a un cónyuge del uso de la misma. Además de si es necesario rehabilitar la patria potestad a efectos de la protección que se le debe guardar así como la responsabilidad alimenticia que deben hacer frente los progenitores.

8.2 En ausencia de hijos económicamente dependientes.

Nos encontramos ante la posición regulada en el párrafo tercero del artículo 96 del CC. En principio debemos de tener en cuenta si la vivienda es ganancial o privativa de uno de los cónyuges, porque si nos situamos en esta última posibilidad generalmente se atribuye la vivienda familiar al titular. En virtud además de lo dispuesto en el artículo 348 del CC donde se manifiesta que “la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa”, por tanto cuando la vivienda es privativa de uno de los cónyuges se atribuye al mismo debido a la titularidad que ostenta. Pero en ocasiones debido a las excepciones estimadas por el Juez se atribuye al cónyuge no titular, por ser quien tiene el interés más necesitado de protección con la condición del límite temporal. Pero pensemos en la posibilidad en que durante este lapso temporal el cónyuge titular quiere realizar cualquier acto de disposición sobre la misma ¿puede hacerlo? Debe contar con el consentimiento bien del cónyuge usuario o con autorización del juez.

Cuando es una vivienda ganancial no se puede tomar como criterio de atribución de la misma la titularidad como se realiza cuando es privativa. Ante esta situación se debe atender al **interés más necesitado de protección** y fijar un plazo para no privar al otro cónyuge de poder ejercitar la acción de división recogida en el artículo 400 del CC.

Pero presentamos a continuación las variables que nos hacen determinar cuál es ese interés más digno de protección:

En primer lugar, *las circunstancias económicas de ambos cónyuges*. Estamos ante el criterio más importante para llevar a cabo la conveniencia de atribución. Por ejemplo pensemos en la siguiente situación, María y Antonio llevan 15 años de matrimonio, ella recibe una pensión por minusvalía desde hace 10 años y él sigue trabajando como conductor de autobuses y ha ido sufragando la mayor parte de las cargas de la vivienda durante la vigencia del matrimonio. Ambos poseen la vivienda en régimen de gananciales ¿a quién se atribuirá la misma? Esta vivienda será atribuida a María debido a la comparación de ingresos que recibe respecto a Antonio. Por tanto ante este supuesto

¹³² Vid. GANZENMÜLLER ROIG, C. y ESCUDERO MORATALLA, J. F. *Discapacidad y Derecho. Tratamiento jurídico y sociológico*, Bosch, Barcelona, 2005, p.62.

no ha sido determinante para la atribución el estado de salud de María sino que, han primado los recursos económicos de ambos.

En otras situaciones, aunque poco habituales, la carencia o diferencia de ingresos no implica la atribución a favor del cónyuge “necesitado” ya que el Tribunal puede tener en cuenta los derechos dominicales que se poseen por cada uno de ellos sobre el bien y en función de la repercusión que pueda generar dicho inmueble en la liquidación de gananciales. Se atribuye atendiendo a estas circunstancias el uso de la vivienda por periodos alternativos concediendo mayor plazo al cónyuge desfavorecido.

En segundo lugar, *el estado de salud de los cónyuges*. Si el anterior criterio no es considerado suficiente debido a la poca discrepancia existente entre ambos, la salud puede resolver este interrogante. Aquí matizaremos esta situación a través de un ejemplo, Ana tiene una incapacidad como consecuencia del avanzado estado que presenta debido a la enfermedad que sufre de esclerosis múltiple, la cual le imposibilita desempeñar cualquier profesión y Juan su marido trabaja como albañil. Ante esta situación ¿a quién corresponde el uso de la vivienda familiar tras la ruptura? Es necesario tener presente el mal estado de salud que tiene la mujer junto con los inconvenientes que conllevaría el traslado a otra residencia, por tanto como Juan tiene buen estado de salud debe ser éste quien abandone la vivienda ganancial. Aunque es posible que se acuerde el abono de una compensación por parte de Ana hacia Juan debido a la privación de la vivienda de manera indefinida.

Si el cónyuge que no tiene atribuido el derecho de uso no reclama el mismo ni en la demanda ni posteriormente en el recurso de apelación frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia se atribuirá al otro que únicamente es quien ha acreditado la necesidad de ocupación¹³³.

9. EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Llegando ya al final del trabajo debemos detenernos en el momento en el que termina este derecho de uso de la vivienda familiar. El mismo puede cesar de manera automática como explicaremos a continuación o también puede existir la posibilidad de que se ponga fin a la atribución del inmueble a través del procedimiento de modificación de medidas, instado por alguna de las partes objeto de controversia.

Este procedimiento de modificación de medidas definitivas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 y 91 del CC y 755 de la LEC es posible llevarlo a cabo siempre que exista una variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento en que se dictaron. Pero como digo, sólo es posible cuando exista un “cambio relevante y estable” tal y como manifiesta la Audiencia Provincial de Valencia en la sentencia de 9 de abril de 1996¹³⁴, es decir, esas circunstancias deben de permanecer en

¹³³ Vid. ANÓNIMO, “Vivienda Familiar...”, op., cit., p. 63.

¹³⁴ Vid. SAP de Valencia de 9 de abril de 1996 (RJ 205/1996).

el tiempo y deben ser importantes a efectos de atentar contra el interés de alguna de las partes y la permanencia de igualdad. Debemos además tener presente que esta modificación es posible aunque el acuerdo se haya alcanzado libremente por ambas partes en virtud del artículo 1255 del CC, porque si las nuevas circunstancias son contrarias a los intereses de cualquiera de los intervinientes y este acuerdo no tiene carácter vitalicio no supone un obstáculo frente a la modificación de las medidas definitivas adoptadas por el Juez.

Estos hechos que motivan el cambio de decisión adoptada o aprobada por el Juez deben ser posteriores a la adopción, esto es, que en el momento en que se determinaron las medidas no se pudieron prever por ninguna de las partes.

Por tanto, ¿qué presupuestos debemos tener presentes para llevar a cabo la modificación?

En primer lugar, deben existir unas medidas dentro de un proceso de familia adoptadas bien de mutuo acuerdo o judicialmente.

En segundo lugar, los hechos que incentivan al cambio de medidas deben ser posteriores a la adopción de éstas o que no se hayan podido prever en el momento en que se establecieron.

En tercer lugar, debe ser una alteración sustancial que afecte a las consecuencias que derivan de aplicar las medidas que fueron adoptadas anteriormente.

En cuarto lugar, el cambio de circunstancias debe ser ajeno a la voluntad del solicitante de la modificación.

En quinto lugar, deben ser un cambio de circunstancias con permanencia en el tiempo.

A partir de estos presupuestos exponemos algunas de las circunstancias que pueden ser determinantes para llevar a cabo la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar:

Primero, que **se destruya la vivienda que se ha atribuido**. Si desaparece físicamente la vivienda o queda en estado de ruina impide poder llevar a cabo el uso de la misma en condiciones óptimas y de habitabilidad por lo que supondrá la extinción del derecho de uso. Sin embargo, si la destrucción es parcial y la otra parte del inmueble puede ser utilizada todavía para alojar a la familiar, no se produce la extinción del derecho a quien lo tiene concedido. Esta destrucción si es intencional por parte del cónyuge que tiene la posesión de la misma se verá en la obligación de abonar una indemnización al otro cónyuge si es copropietario de la misma o el único titular.

Segundo, que se produzca **la muerte del titular del derecho**. Como es un derecho personalísimo e impide la transmisión a terceros la defunción del titular supone la

automática extinción del derecho¹³⁵. Pero ante esta situación conviene que hagamos una precisión ya que si el cónyuge es titular del derecho de uso fruto de la adjudicación de la custodia, debemos diferenciar algunos supuestos: si fallece uno de los hijos, el cónyuge seguirá haciendo uso del derecho en compañía de los menores supervivientes pero si sólo había un hijo y éste se muere se extinguirá el derecho de uso que se tenía sobre la vivienda familiar sin perjuicio de que pueda de nuevo ser atribuido el inmueble al mismo en virtud de lo dispuesto en el artículo 96.3 del CC.

Tercero, que **se renuncie al derecho**. Tanto si es una renuncia expresa o tácita del derecho, supone la extinción del mismo. Pero si es una renuncia tácita son requisitos imprescindibles: que se abandone de forma libre, por un tiempo prolongado y de manera definitiva. Con estos requisitos se evita que se alegue la extinción del derecho por el mero desuso durante un periodo de días. Pero esta renuncia debe ser declarada a través de resolución judicial que conlleva la extinción del derecho. Aunque este supuesto es poco habitual en la práctica ya que a quien se le concede el uso de la vivienda no tiene intenciones de renunciar.

Cuarto, **vencimiento del plazo o evento establecido en la sentencia**. Una vez que se alcanza el término fijado en la sentencia se extingue el derecho de uso sin detenernos en esta ocasión en la posibilidad explicada anteriormente de prórroga. Por tanto se debe tener presente que en virtud de lo dispuesto en el artículo 96.3 del CC el derecho de uso es temporal, y aunque no se especifique detalladamente en la sentencia se presume la naturaleza temporal siendo el cónyuge que tiene atribuido el uso de la misma quien tiene la carga probatoria si considera que su atribución se ha realizado con carácter indefinido. Como consecuencia de ello si una vez que vence el plazo señalado el cónyuge usuario de la vivienda familiar no la abandona, no será obstáculo al titular del inmueble de desalojar el mismo e interponer la acción de desahucio correspondiente. Otra de las posibilidades es que se haya acordado la duración del derecho de uso hasta la mayoría de edad de los hijos o la independencia económica de los mismos.¹³⁶ Una vez alcanzadas una u otra se extingue el derecho de uso sin perjuicio que posteriormente se considere que dicho cónyuge es quien posee el interés más necesitado de protección y se atribuya de nuevo. Son múltiples las condiciones que se pueden acordar para extinguir el derecho de uso, pero las más cotidianas además de las expuestas son: liquidación del régimen económico de gananciales, la venta de la vivienda, alcanzados los 65 años del cónyuge usuario, etc.

Quinto, **existencia de otra vivienda**. En esta circunstancia podemos clasificar la situación en la que existe otra vivienda privativa del progenitor pero en el momento de la ruptura se encuentra alquilada a un tercero, y como este cónyuge tiene concedida la custodia exclusiva del menor se atribuye temporalmente el derecho de uso de la vivienda familiar pero llegado el plazo en que se cumple el contrato de arrendamiento que tiene firmado en la vivienda privativa, se extingue este derecho de uso sobre la que hasta el momento había sido la vivienda familiar. Otra de las situaciones que podemos

¹³⁵ Vid. RAMS ALBESA, J. J. *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 118.

¹³⁶ Vid. SAP de Salamanca de 24 de septiembre de 2007 (RJ 304/2007).

añadir a aquí es que transcurrido un periodo de tiempo durante el que ha hecho uso de la vivienda familiar este cónyuge adquiere una nueva vivienda, por tanto debido al cambio de circunstancias por la adquisición de este inmueble se procede a la extinción del derecho de uso vigente hasta el momento, pudiendo si existen hijos satisfacer la necesidad habitacional con el otro inmueble.

Sexto, **cambio de custodia de los hijos menores de edad.** En virtud de lo dispuesto en el artículo 96.1 del Código Civil si estamos ante una custodia exclusiva atribuida a un cónyuge y como consecuencia de ello tenía concedido el derecho de uso sobre la vivienda familiar y posteriormente a través de la interposición de una demanda de modificación de medidas se traslada la custodia exclusiva a favor del otro cónyuge ¿debería extinguirse el derecho de uso sobre el primer cónyuge? Sí debería de extinguirse conforme al precepto antes aludido ya que este otro cónyuge será quien lleve a cabo la custodia exclusiva del menor. Siempre que no presente un interés más necesitado de protección el primero y por ejemplo este segundo posea otra vivienda con la que poder cubrir el derecho de habitación del menor. Pero ahora pensemos en la situación en que se cambia de una custodia exclusiva a una custodia compartida ¿debe extinguirse también el derecho de uso? Sí debe extinguirse siempre que cambie el interés más necesitado de protección entre los progenitores.

Séptimo, **introducción de la nueva pareja del cónyuge que tiene atribuido el derecho de uso en la vivienda familiar.** Esto ha supuesto siempre un problema que se venía planteando en la práctica diaria en los tribunales, pero sólo se encontraba regulada hasta el momento esta circunstancia para la extinción de la pensión compensatoria concretamente en el artículo 101 del CC. Se generaban muchas situaciones injustas, pero en un primer momento se pronunció sobre ello la Audiencia Provincial de Valladolid en la sentencia de 15 de enero de 2018¹³⁷, donde se presentaba el supuesto en el que se introducía a la nueva pareja del cónyuge custodio en la vivienda familiar quien disfrutaba de la misma debido a la guarda y custodia que tenía reconocida sobre los menores, aprovechando esta situación para mantener una nueva relación en pareja en esa vivienda ganancial. Esto producía una situación de desigualdad para el cónyuge no custodio que se veía desfavorecido por tener que hacer frente multitud de gastos para poder cubrir la necesidad habitacional. Sobre esta cuestión se ha pronunciado finalmente el Tribunal Supremo en la sentencia de 20 de noviembre de 2018,¹³⁸ donde ha unificado la doctrina admitiendo la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio fundamentando esta extinción en tres cuestiones principalmente: por un lado, la repercusión económica que supone la introducción de un tercero en la vivienda familiar teniendo que hacer frente a los gastos de la misma como el IBI, la hipoteca, los seguros del inmueble, etc el cónyuge no custodio que no reside allí. Por otro lado, que esa relación sea equiparable a la “convivencia marital” y por último, que esa vivienda posea la cualidad de “familiar” porque anteriormente al alojamiento de la nueva pareja allí vivía la familia permanentemente y esto ya no existe.

¹³⁷ Vid. SAP de Valladolid de 15 de enero de 2018 (RJ 20/2018).

¹³⁸ Vid. STS de 20 de noviembre de 2018 (RJ 641/2018).

La nueva pareja supone la creación de otro núcleo familiar distinto lo que provoca que la vivienda pierda ese carácter familiar que tenía hasta el momento.

Finalmente, podemos observar con la enumeración llevada a cabo que podríamos exponer múltiples circunstancias con las que se extinguiría el derecho de uso sobre la vivienda familiar y por tanto no es una enumeración taxativa y se irá adecuando a la realidad social de cada momento. Porque lo fundamental es que las circunstancias varíen de manera sustancial y sean además persistentes en relación al momento en el que se tomó la decisión de atribución.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La vivienda familiar es el bien inmueble más importante que adquiere una familia a lo largo de su vida. Nuestro Código Civil no contempla una definición de la misma aunque se refiere a ella a través de diferentes nomenclaturas pero siempre en ausencia de una definición detallada. Es por parte de la práctica diaria de los tribunales a través de la emisión de sentencias desde la jurisprudencia menor hasta los altos tribunales quienes nos facilitan poder construir una descripción.

Pues bien, la misma se caracteriza por la perpetuidad y la voluntad de permanencia que tienen los integrantes de residir allí. Pero dentro de la vivienda familiar, en ocasiones incluimos debido a la ubicación y uso habitual de las mismas otras dependencias anexas, refiriéndonos concretamente al garaje, trastero y local utilizados diariamente por algunos miembros de la familia.

SEGUNDA. Como consecuencia de la importancia que presenta este bien, cuando se produce una crisis entre los convivientes debemos estudiar y analizar cada situación para valorar a quién le corresponde disfrutar del derecho de uso sobre la vivienda familiar. Para ello debemos aclarar cuál es la naturaleza de este derecho, sobre lo que existe gran discrepancia entre la doctrina llegando la mayoría a considerarlo como un derecho de carácter familiar, el cuál será determinado en la resolución judicial. Una vez que podemos saber ante que categoría de derecho nos encontramos, podemos constituir este derecho bien de mutuo acuerdo por ambos cónyuges o por decisión del Juez. Cuando existe acuerdo entre ambos cónyuges y se ha redactado un convenio regulador, el mismo debe respetar el principio de igualdad entre las partes, por tanto será revisado por el juzgador.

TERCERA. Una vez que este derecho se ha constituido hay que detallar durante cuánto tiempo estará vigente el mismo. Sobre esta cuestión existe disparidad entre las legislaciones autonómicas y la legislación estatal ya que esta última inadmite la limitación ante la existencia de hijos menores de edad y a su vez admite esta limitación tanto en presencia de hijos mayores de edad como cuando no existe descendencia. Este término no consiste únicamente en el pacto del trascurso de un determinado número de años sino que también se equipara al cumplimiento de una condición, la cual frecuentemente es la liquidación de gananciales.

CUARTA. Pero no siempre todos los intervinientes están de acuerdo con la atribución de este derecho y para protegerlo frente a terceros conviene llevar a cabo su inscripción en el Registro de la Propiedad, ya que es un acto de disposición sobre un bien inmueble. Siendo indiferente para acceder a la inscripción que la vivienda sea propiedad ganancial de ambos cónyuges como que sea privativa únicamente del cónyuge no usuario o puede que ninguno de los dos convivientes sea propietario de la misma y únicamente tengan suscrito un contrato de arrendamiento con un tercero. Pero siendo en todo caso inadmisibles el acceso al Registro cuando se encuentran residiendo en el inmueble en precario. Aunque es válido oponer este derecho aunque no esté inscrito frente al tercer adquirente de buena fe que no ha realizado aún la inscripción a

su favor. Pudiendo ejercitar cuando ambos cónyuges son copropietarios o uno de ellos con un tercero la acción de división de la cosa común, lo cual no implica la extinción de este derecho de forma automática.

QUINTA. La ruptura matrimonial no es la única que presenta el problema de atribución de la vivienda familiar sino que también en las parejas de hecho se plantea esta cuestión. Bien es cierto que, aunque no existe una regulación jurídica respecto a las mismas debemos neutralizar las consecuencias que se producen en el momento de la crisis de éstas protegiendo ante todo el interés superior del menor. Aunque no exista una normativa estatal unánime de lo que no existe duda es que se equipara la protección de los hijos a los habidos del matrimonio, blindando esta protección nuestra Constitución Española en el artículo 39.

SEXTA. Posteriormente conviene tener presente la influencia que tiene conceder un tipo de custodia u otra de los menores a los progenitores para así atribuir la vivienda familiar. En relación a la custodia compartida es posible la admisión de una figura conocida como “casa nido”, aunque son restringidos los supuestos en los que se concede ya que gran parte de la doctrina considera que es una fuente de creación de problemas entre los excónyuges. Respecto a la custodia compartida no existe una aplicación rígida de la norma ya que a día de hoy nuestros tribunales recurren a la concesión de la misma como una excepción sin catalogarla como el sistema de custodia que mejor se adapta a los menores para poder seguir manteniendo contacto con ambos progenitores de manera igualitaria y así seguir velando por el interés del mismo que es quien es el perjudicado de la ruptura de los progenitores. Sin embargo, cuando estamos ante una custodia exclusiva nuestro Código Civil sin ningún tipo de duda adjudica de forma automática la vivienda a quién se concede la misma. Entrando esto en colisión en algunas situaciones con el interés más digno de protección de alguno de los progenitores cuando el derecho de habitación puede ser suplido por el progenitor custodio en otra vivienda que no es la familiar.

La privación de uso al progenitor no custodio debe ser minimizada lo máximo posible y para ello se establecen diferentes soluciones como la compensación económica por el tiempo en que no puede hacer uso de la vivienda familiar o bien siempre que sea posible y el resultado sea óptimo para cumplir los requisitos de habitabilidad que se proceda a dividir la vivienda físicamente.

SÉPTIMA. Cuestión diferente es cuando no existen hijos menores, sino que han alcanzado la mayoría de edad y son independientes económicamente de los progenitores. Ante esta situación se atiende al interés del cónyuge que está más necesitado de protección para atribuir la vivienda familiar, bien debido a la diferencia de recursos económicos o bien atendiendo al estado de salud de ellos. Pero debemos de tener en cuenta que cuando no existe dicho interés manifiesto por ninguna de las partes, es determinante la titularidad sobre la vivienda objeto de discusión para proceder a conceder el derecho de uso sobre la misma. Aunque ante la existencia de un hijo mayor de edad el cual sufre una discapacidad, es otro de los supuestos no regulados en nuestra

legislación, pero esto no puede suponer un obstáculo para resolver el litigio sino que atendiendo a la práctica diaria nuestros tribunales han establecido una diferencia en atención tipo de discapacidad que sufre el hijo, así como a la existencia o no de resolución judicial la cual determina el grado y tipo de discapacidad que sufre.

OCTAVA. Finalmente el derecho de uso sobre la vivienda familiar no es vitalicio sino que como hemos señalando se encuentra sometido a una limitación aunque nuestro Código Civil no lo contemple cuando existen hijos menores, debemos pensar que una vez que el hijo alcance la mayoría de edad el mismo puede acceder al mercado laboral y así conseguir la independencia económica respecto de sus padres y a su vez la innecesaria prolongación del derecho de habitación que había sido suplido por los progenitores hasta el momento. Por tanto se extinguirá este derecho de uso bien porque se alcance la mayoría de edad por el menor bien debido a que se produzca la muerte del titular del mismo o generalmente que cambien las circunstancias que motivaron en el momento de la solicitud su concesión pero, las mismas deben ser determinantes y persistentes en el tiempo, para así llevar a cabo por el cónyuge no titular del derecho de uso el procedimiento ante el Juez a través de la demanda de modificación de medidas la cuál ponga fin a tal derecho.

BIBLIOGRAFÍA

ANGUITA RÍOS, R. M. “El acceso a la vivienda: algunas situaciones problemáticas entorno a la pareja”, *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm.14 Julio, 2011.

ANÓNIMO, *Vivienda familiar y Cargas del Matrimonio*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.

BARCONES AGUSTÍN, N. “Problemas que plantea la división de la vivienda familiar. Especial referencia a la subasta judicial”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2085, 2009.

BERJANO ARENADO, F. “La obligación de notificación al arrendador de la voluntad de continuar en el uso de la vivienda por cónyuge no arrendatario a quien ha sido adjudicada en los casos de nulidad, separación o divorcio. ¿Debe ser fehaciente? ¿Puede extenderse esta opción a las parejas de hecho?”, *Boletín de Contratación Inmobiliaria El Derecho*, 2005.

CAMPO IZQUIERDO, A. L. “Diversas cuestiones sobre la vivienda familiar en los procesos de Familia”, *Familia y sucesiones*, Madrid, núm. 126, 2019.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2017.

COSTAL RODAL, L. “Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS”, en *Guía práctica de las crisis matrimoniales*, Aranzadi, Navarra, 2017.

CUENA CASAS, M. “El régimen jurídico de la vivienda habitual” en *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. III, 2ª Ed. Aranzadi, 2017.

CHAPARRO MATAMOROS, P. *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución en los supuestos de crisis familiares*, Monografías Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I. “Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, 2012.

DOMINGUEZ MARTINEZ, P. “La protección de la vivienda familiar en situación de normal matrimonio en el ordenamiento jurídico”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4, 2012.

FAUS, M. “Precario”, *Práctico Contratos Civiles: Situaciones especiales en contratos*, Vlex, 2016.

FERNÁNDEZ RAMALLO, P. “Las consecuencias jurídicas de la atribución judicial del domicilio en los procedimientos matrimoniales”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, núm.34, 2003.

GANZENMÜLLER ROIG, C. y ESCUDERO MORATALLA, J.F. *Discapacidad y Derecho. Tratamiento jurídico y sociológico*, Bosch, Barcelona, 2005.

GARCÍA CANTERO, G. “Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español”, en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986.

GARCÍA CANTERO, G. “Comentario al art. 96 CC” en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales Tomo II*, Edersa, Madrid, 1982.

GARCÍA GARNICA, M^a. DEL C. *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Dykinson, Madrid, 2014.

GARCÍA-MAURIÑO, S. y DEL CARPIO FIESTAS, V. “Atribución de uso de vivienda familiar y actio communi dividundo”, *Actualidad Civil*, núm.5, 1994.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. “Enriquecimiento injusto ente convivientes y respeto a la libre ruptura de las uniones no matrimoniales (I)”, *Diario la ley*, 2006.

GIL MEMBRADO, C. *La Vivienda Familiar*, Reus, Madrid, 2013.

GONZÁLEZ VICENTE, P. “Ante la nueva realidad social y familiar existente, y teniendo en cuenta las reformas legislativas autonómicas, ¿se atiende al interés del menor si se mantiene atribuido el uso de la vivienda familiar hasta la mayoría de edad?”, *Familia y sucesiones*, Madrid, núm. 118, 2017.

HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, R. “Criterios generales en la atribución del uso de la vivienda familiar”, *Familia y sucesiones*, Madrid, núm. 107, 2014.

JUANES PECES, Á. Y GALVÁN ARIAS, J. R. “La naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1992.

LANGA MUELA, A. *Custodia Compartida en Aragón: análisis de los artículos 75 a 84 del Código de Derecho Foral de Aragón, de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia de los progenitores con hijos comunes a cargo*, Beca del Justicia de Aragón, 2012.

LEGERÉN MOLINA, A. “Atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio y titular exclusivo de la misma cuando el menor y cónyuge custodio tengan satisfechas de manera adecuada sus necesidades de alojamiento en otra vivienda. Sentencia de 5 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10135)”, *CCJC*, núm. 92, 2013.

LUNA SERRANO, A. *El nuevo régimen de la familia. Matrimonio y divorcio*. Civitas, Madrid, 1982.

MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T. *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales: Artículo 1357, párrafo 2, del Código Civil*, Civitas, Colección “Cuadernos Civitas”, Madrid, 2002.

MARTÍNEZ DE AGUIRREY ALDAZ, C. “Notas sobre la adjudicación del uso de la vivienda familiar y responsabilidad hipotecaria. (A propósito de una jurisprudencia del Tribunal Supremo)”, *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor José González García*, Aranzadi, Navarra, 2012.

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

MORALEJO IMBERNÓN, N. “La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial”, *Revista xurídica galega*, núm. 33, 2001.

MORENO-TORRES HERRERA, M. L. “La regulación de la ruptura del matrimonio y de las parejas de hecho”, *InDret*,, octubre, 2015.

MORENO VELASCO, V. “Atribución del uso de inmuebles distintos de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de parejas de hecho”, *Diario la ley*, 2009.

MUÑOZ DE DIOS, M. “La vivienda familiar y el mobiliario en el art. 1320 del Código Civil”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 27, 1987.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. “El derecho de ocupación de las viviendas familiares en las crisis matrimoniales”, *Actualidad Civil*, núm. 19, 1986.

ORDÁS ALONSO, M. *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Bosch, Madrid, 2018.

PÉREZ CONESA, C. “División de la copropiedad y el derecho de uso sobre la vivienda familiar. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.3, 2012.

PÉREZ UREÑA, A.A “El uso de la vivienda familiar en las crisis de las uniones de hecho” *Diario Jurisprudencia El Derecho*, 2004.

PEREZ UREÑA, A.A. “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar y su acceso al Registro de la Propiedad”, *Boletín de Contratación Inmobiliaria*, ELDERECHO.COM, LEFEBVRE, septiembre, 2011.

PINTO ANDRADE, C. “La atribución del uso de la vivienda familiar”, *Colección Práctica Jurídica*, Bosch, Barcelona, 2011.

QUESADA GÓNZALEZ, M^a. C. *La vivienda familiar arrendada*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998.

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

ROCA TRÍAS, E. “Comentario del art. 96” en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

ROCA TRÍAS, E. “Repensar la pareja de hecho”, *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G. “La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el derecho de las cosas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, 2013.

RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G. “La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 2013.

SALAZAR BORT, S. *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, Tirant lo Blanch, “Colección privado”, núm. 31, Valencia, 2000.

SANTOS MARTÍNEZ, A.M. “Efectos de la atribución de la vivienda familiar arrendada en las crisis matrimoniales”, *Actualidad Civil*, núm. 15-16, 2012.

SANTOS MORÓN, M^a. J. “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de reforma”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3, 2014.

SERRANO CASTRO, F.d.A. “La atribución del uso de la vivienda familiar: una gran asignatura pendiente, necesitada de reforma urgente”, *Boletín de Derecho de Familia El Derecho*, núm. 95, 2009.

VERDERA IZQUIERDO, B. “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La necesidad de vivienda”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2016.

YZQUIERDO TOLSADA, M.; CUENA CASAS, M. “El régimen jurídico de la vivienda habitual”, en *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. III, Aranzadi, 2017.

ZARRAMALUQUI SÁNCHEZ- EXNARRIAGA, L. *Marco Jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja. Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados*, Bosch, Barcelona, 2013.

JURISPRUDENCIA

▪ **AUDIENCIAS PROVINCIALES:**

- SAP de Ciudad Real de 30 de diciembre de 1995 (RJ 363/1995).
- SAP de Valencia de 9 de abril de 1996 (RJ 205/1996).
- SAP de Barcelona de 18 de septiembre de 1998 (RJ 5/1998)
- SAP de Madrid de 22 de febrero de 2002 (RJ 366/2002).
- SAP de Burgos de 11 de marzo de 2003 (RJ 120/2003).
- SAP de Murcia de 2 de junio de 2003 (RJ 177/2003).
- SAP de Alicante de 21 de mayo de 2004 (RJ 349/2004).
- SAP de Cádiz de 8 de febrero de 2005 (RJ 18/2005).
- SAP de Girona de 25 de marzo de 2005 (RJ 164/2005).
- SAP de Jaén de 28 de abril de 2005 (RJ 96/2005).
- SAP de Málaga de 21 de octubre de 2005 (RJ 1080/2005).
- SAP de Burgos de 30 de junio de 2006 (RJ 280/2006).
- SAP de Cuenca de 28 de noviembre de 2006 (RJ 251/2006).
- SAP de Málaga de 30 de noviembre de 2006 (RJ 641/2006).
- SAP de Salamanca de 24 de septiembre de 2007 (RJ 304/2007).
- SAP de Huelva de 9 de junio de 2009 (RJ 86/2009).
- SAP de Burgos de 3 de diciembre de 2009 (RJ 504/2009).
- SAP de Vizcaya de 29 de mayo de 2009 (RJ 401/2009).
- SAP de Madrid de 13 de enero de 2010 (RJ 32/2010).
- SAP de A Coruña de 21 de enero de 2010 (RJ 12/2010).
- SAP de Madrid de 22 de julio de 2010 (RJ 546/2010).
- SAP de Cádiz de 17 de enero de 2012 (RJ 22/2012).
- SAP de Alicante de 3 de abril de 2012 (RJ 131/2012).
- SAP de Alicante de 3 de julio de 2012 (RJ 347/2012).
- SAP de Burgos de 30 de octubre de 2012 (RJ 396/2012).

- SAP de Valladolid de 23 de septiembre de 2013 (RJ 242/2013).
- SAP de Zamora de 28 de octubre de 2013 (RJ 171/2013).
- SAP de Asturias de 27 de noviembre de 2013 (RJ 308/2013).
- SAP de Asturias de 20 de mayo de 2014 (RJ 181/2014).
- SAP de Barcelona de 17 de septiembre de 2014 (RJ 621/2014).
- SAP de Zaragoza de 30 de junio de 2015 (RJ 330/2015).
- SAP de Las Palmas de 20 de julio de 2015 (RJ 534/2015).
- SAP de Madrid de 6 de octubre de 2015 (RJ 307/2015).
- SAP de Palencia de 5 de noviembre de 2015 (RJ 172/2015).
- SAP de Sevilla de 20 noviembre de 2015 (RJ 485/2015).
- SAP de Cádiz de 22 de febrero de 2016 (RJ 80/2016).
- SAP de Pontevedra de 3 de mayo de 2016 (RJ 225/2016).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de mayo de 2016 (RJ 336/2016).
- SAP de Cádiz de 18 de julio de 2016 (RJ 246/2016).
- SAP de Barcelona de 6 de febrero de 2017 (RJ 130/2017).
- SAP de Madrid de 29 de marzo de 2017 (RJ 291/ 2017).
- SAP de Zamora de 5 de mayo de 2017 (RJ 127/2017).
- SAP de Zaragoza de 28 de julio de 2017 (RJ 557/2017).
- SAP de Valladolid de 15 de enero de 2018 (RJ 20/2018).
- SAP de Valladolid de 7 de marzo de 2018 (RJ 99/2018).
- SAP de Cantabria de 27 de marzo de 2018 (RJ 185/2018).
- SAP de Sevilla de 23 de abril de 2018 (RJ 201/2018).
- SAP de Pontevedra de 29 de junio de 2018 (RJ 293/2018).

▪ **TRIBUNAL SUPREMO:**

- STS de 29 de abril de 1994 (RJ 366/1994).
- STS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1199/1994).
- STS 22 de septiembre de 1998 (RJ 6852/1988).
- STS de 28 de marzo de 2003 (RJ 314/2003).
- STS de 26 de diciembre de 2005 (RJ 2987/1991).
- STS de 3 de diciembre de 2008 (RJ 1123/2008).
- STS de 15 de diciembre de 2009 (RJ 835/2009).
- STS de 14 de enero de 2010 (RJ 859/2010).
- STS de 18 de enero de 2010 (RJ 861/2010).
- STS de 30 de noviembre de 2010 (RJ 793/2010).
- STS de 29 de marzo de 2011 (RJ 191/2011).
- STS de 1 de abril de 2011 (RJ 221/2011).
- STS de 30 de abril de 2012 (RJ 262/2012).
- STS de 9 de mayo de 2012 (RJ 284/2012).
- STS de 30 de mayo de 2012 (RJ 325/2012).
- STS de 31 mayo de 2012 (RJ 340/2012).
- STS de 5 de febrero de 2013 (RJ 5/2013).
- STS de 19 de noviembre de 2013 (RJ 726/2013).
- STS de 16 de junio de 2014 (RJ 320/2014).
- STS 24 de octubre de 2014 (RJ 593/2014).
- STS el 18 de mayo de 2015 (RJ 282/2015).
- STS de 17 de junio de 2015 (RJ 372/2015).

- STS de 26 de octubre de 2015 (RJ 587/2015).
- STS de 3 de marzo de 2016 (RJ 129/2016).
- STS de 27 de junio de 2016 (RJ 434/2016).
- STS de 10 de enero de 2018 (RJ 7/2018).
- STS de 20 de febrero de 2018 (RJ 95/2018).
- STS de 7 de junio de 2018 (RJ 343/2018).
- STS de 20 de noviembre de 2018 (RJ 641/2018).

▪ **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA:**

- STSJ de Aragón de 4 de enero de 2013 (RJ 1/2013).
- STSJ de Aragón de 11 de junio de 2014 (RJ 22/2014).

▪ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:**

- STC de 23 de abril de 2013 (RJ 93/2013).

LEGISLACIÓN

- Constitución Española.
- Código Civil.
- Código Civil Catalán.
- Código del Derecho Foral de Aragón.
- Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la redacción oficial de la Ley Hipotecaria.
- Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.
- Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.
- Ley núm. 15/2015, de 2 de julio, Jurisdicción Voluntaria.
- Ley del País Vasco núm.7/2015 de 30 de junio, de Relaciones Familiares en Supuestos de Separación o Ruptura de los progenitores.
- RDGRN núm. 634/2008 de 10 de octubre de 2008.
- RDGRN núm. 8775/2013 de 9 de julio de 2013.
- RDGRN núm. 1351/2016 de 19 de enero de 2016
- RDGRN núm. 692/2018 de 27 de diciembre de 2018.