



ESCUELA DE PRÁCTICA JURÍDICA  
SALAMANCA

**LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA  
VIVIENDA FAMILIAR EN LAS CRISIS  
MATRIMONIALES**

**MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA**

**Curso 2018/2020**

**María del Rocío Alonso Hernández**

**Tutora: Begoña Montero Rodríguez**

**Diciembre 2019**

**TRABAJO FIN DE TÍTULO  
MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA**

**LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA  
VIVIENDA FAMILIAR EN LAS CRISIS  
MATRIMONIALES**

**THE ATTRIBUTION UPON THE  
USAGE OF THE FAMILY  
RESIDENCE**

**Nombre de la estudiante: María del Rocío Alonso Hernández  
e-mail: 9rocioah@gmail.com  
Tutora: Begoña Montero Rodríguez**

## RESUMEN

La atribución del uso de la vivienda familiar tras una crisis matrimonial es una cuestión de gran importancia en nuestros días. Una vez producida la crisis matrimonial, se plantea quién ha de quedarse con el uso de la vivienda familiar, con independencia de su titularidad. Esta atribución puede adoptarse de mutuo acuerdo o, en ausencia del mismo, mediante resolución judicial. Las crisis matrimoniales se producen en casos en los que concurren diferentes circunstancias, por lo que a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar debe atenderse a la situación de cada familia en concreto, teniendo siempre en cuenta y tratando de proteger a los menores y al interés más necesitado de protección.

**PALABRAS CLAVE:** Atribución de la vivienda familiar, crisis matrimonial, derecho de uso, interés del menor, cónyuge más necesitado de protección.

## ABSTRACT

Nowadays, the attribution upon the usage of the family residence after a marital crisis is an issue of major importance. When a marital crisis arises, the usage of the family home is taken into consideration regardless of ownership. This attribution can be determined by mutual agreement or in absence of understanding, by court decision. Marital crisis occurs under different circumstances. Therefore, each family must be evaluated as a concrete case, considering the importance of minors and the most disadvantaged.

**KEYWORDS:** Attribution of the family residence, marital crisis, right of use, interest of the child, spouse more in need of protection.

## INDICE

<b>1. INTRODUCCION.....</b>	<b>1</b>
<b>2. LA VIVIENDA FAMILIAR .....</b>	<b>2</b>
2.1. Concepto de vivienda familiar .....	2
2.2. Garajes, trasteros y otros espacios .....	4
<b>3. CRITERIOS PARA LA ATRIBUCION DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR TRAS LA CRISIS MATRIMONIAL .....</b>	<b>6</b>
3.1. El derecho de uso de la vivienda familiar .....	6
3.2. El acuerdo entre las partes.....	7
3.3. Atribución judicial: Criterios de atribución .....	8
3.3.1. Existencia de hijos menores de edad.....	9
3.3.2. Existencia de hijos mayores de edad.....	9
3.3.2.1. Existencia de hijos mayores con discapacidad .....	11
3.3.2.2. Guarda y custodia unilateral o exclusiva .....	12
3.3.2.3. Guarda y custodia conjunta o compartida .....	15
3.3.2.4. Guarda y custodia repartida .....	20
3.3.3. Sin hijos o con hijos económicamente independientes .....	22
3.4. Otros supuestos de atribución: Supuestos de violencia de género. ....	24
<b>4. GASTOS DERIVADOS DE LA ATRIBUCION DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR .....</b>	<b>25</b>
<b>5. LIMITACIÓN TEMPORAL DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.....</b>	<b>28</b>
<b>6. MODIFICACION DE LA ATRIBUCION Y EXTINCION DEL DERECHO DE USO. ESPECIAL REFERENCIA A LA CONVIVENCIA DEL PROGENITOR CUSTODIO CON UN TERCERO EN LA VIVIENDA FAMILIAR. ....</b>	<b>32</b>
<b>7. APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ART.96 CC A LOS SUPUESTOS DE RUPTURA DE UNIONES DE HECHO. ....</b>	<b>37</b>
<b>8. CONCLUSIONES.....</b>	<b>39</b>
<b>9. BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>42</b>
<b>10. JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>44</b>
<b>11. LEGISLACION.....</b>	<b>46</b>

## **ABREVIATURAS**

Art. /Arts.

Artículo/Artículos

AP

Audiencia Provincial

CC

Código Civil Español

CE

Constitución Española

LECrim

Ley de Enjuiciamiento Criminal

LPH

Ley de Propiedad Horizontal

P

Página

PP

Páginas

SAP

Sentencia de la Audiencia Provincial

STS

Sentencia del Tribunal Supremo

TS

Tribunal Supremo

## 1. INTRODUCCION

Tras una crisis matrimonial, ya sea de nulidad, separación o divorcio, han de adoptarse una serie de medidas, entre ellas, las relativas a la atribución del uso de la vivienda familiar. Esta materia ha sido objeto de una gran evolución en los últimos años debido al aumento de crisis matrimoniales.

Las cuestiones referidas a la atribución del uso de la vivienda familiar, así como las relativas al otorgamiento de la guarda y custodia de los hijos constituyen las decisiones más importantes que deben adoptarse una vez producida la crisis matrimonial.

Generalmente, para la mayor parte de las familias, la vivienda familiar es el único bien de valor que comporta su patrimonio y, en la mayoría de los casos, se encuentra hipotecado en el momento de la separación o divorcio, lo que condiciona las pretensiones de los cónyuges durante el procedimiento de divorcio, convirtiéndose en una causa de enfrentamientos constantes.

A la hora de elaborar este trabajo, en primer lugar, nos ha parecido conveniente delimitar el concepto de vivienda familiar. El Código Civil a pesar de referirse en numerosas ocasiones a este término no ofrece una definición del mismo por lo que es necesario acudir a la jurisprudencia para así conocer qué es una vivienda familiar y cuáles son los elementos que integran este concepto.

A continuación vamos a abordar los distintos criterios que se tienen en cuenta a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar tras una crisis matrimonial, analizando las distintas particularidades que puedan darse en cada caso: si concurren o no hijos, si son menores de edad o no, si en el caso de que sean menores existe un régimen de custodia unilateral, repartida o compartida o, si siendo mayores de edad presentan alguna discapacidad.

Estos criterios serán abordados tanto desde la perspectiva del derecho común regulado en el Código Civil, concretamente en su artículo 96, que proporciona al respecto una serie de criterios que actualmente se encuentran desfasados y resultan poco funcionales (dado que este precepto está pensado para la guarda y custodia de uno de los progenitores, por lo que no contempla los supuestos de guarda y custodia compartida), como desde los diversos pronunciamientos jurisprudenciales que tienen como fin ampliar la materia y llegar a comprender cómo se decide sobre esta cuestión por los tribunales españoles.

Por otro lado se analizará la posible modificación o extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de convivencia por parte del progenitor custodio con un tercero en la que fue la vivienda familiar, con especial referencia a la novedosa sentencia del TS, de 20 de noviembre de 2018.

En último lugar, analizaré la atribución del uso de la vivienda familiar en los casos en que se produzca la ruptura de las parejas de hecho, contemplando la posible aplicación analógica del art.96 CC a dichos supuestos.

En definitiva, como ya se ha expuesto, se habrán de tener en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, por lo que se estudiará la materia fundamentalmente a través de la jurisprudencia. Esto nos permitirá conocer cómo se desarrolla en la práctica la atribución del uso de la vivienda familiar en nuestro país según las diferentes circunstancias que puedan darse en cada familia en concreto, a quién corresponde el pago de los gastos derivados de dicha vivienda y la posibilidad de limitar temporalmente el uso de la misma, tratando siempre de atender a las necesidades de cada familia y de causar el mínimo perjuicio posible.

## **2. LA VIVIENDA FAMILIAR**

### **2.1. Concepto de vivienda familiar**

No existe en el ordenamiento jurídico español ningún texto legislativo que ofrezca una definición clara, bien definida y precisa de lo que ha de entenderse por vivienda familiar, ni siquiera nuestro Código Civil, a pesar de aludir a esta expresión en diversas ocasiones.

Debido a la carencia de definición expresa debemos acudir a la jurisprudencia y a la doctrina para aclarar qué debe entenderse por vivienda familiar.

El Tribunal Supremo ha definido la vivienda familiar en su sentencia de 31 de diciembre de 1994<sup>1</sup> como un *“bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario”*. Con esta definición señala su especial protección al conceptuarla como un bien familiar, no patrimonial pues el inmueble es objeto de una especial protección independientemente de quién sea su titular. Esto enlaza directamente con la protección constitucional de la familia, explícitamente recogida en el artículo 39.1 de la Constitución española que establece que *“los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”*<sup>2</sup> y la protección de la vivienda, implícitamente derivada del art.47 del mismo cuerpo legal.

En esta misma línea, la sentencia del TS de 16 de diciembre de 1996, define la vivienda familiar como *“el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad),*

---

<sup>1</sup> STS de 31 de diciembre de 1994 [LA LEY 14270/1994]

<sup>2</sup> «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978

*al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos”<sup>3</sup>.*

La jurisprudencia menor también ha definido este concepto en varias sentencias; podemos destacar la sentencia de 18 de septiembre de 1998 de la AP de Barcelona que entiende que la vivienda familiar es *"aquella que constituye el ámbito habitual de desarrollo de las relaciones conyugales y de filiación; el lugar donde se desarrolla la convivencia familiar o el lugar donde residen los cónyuges y sus hijos con habitualidad, en suma que se trate de una vivienda afecta a cubrir las necesidades de todos los miembros de la familia y no sólo de uno de ellos”<sup>4</sup>*; la sentencia de 17 de noviembre de 2005 de la AP de Las Palmas que señala que *“la vivienda familiar se corresponde con el espacio físico, generalmente cerrado, que es ocupado por los componentes de una pareja y, en su caso, por sus descendientes más próximos, (hijos), y que a su vez constituye el núcleo básico de su convivencia, es decir, el lugar donde se desarrollan habitualmente los quehaceres cotidianos más íntimos. Tal espacio puede tener diferente forma, (vivienda unifamiliar, piso que forma parte de un edificio, dependencias dentro de una casa, etc...), puede situarse en un ámbito rural o urbano y puede incluso ser compartido con otras personas, (parientes o no), o familias, pero lo que le caracteriza y diferencia de otros es que simboliza y encarna uno de los aspectos de la vida más preciados por el ser humano, cual es el de su intimidad personal y familiar”<sup>5</sup>*; o la sentencia de la AP de Sevilla de 14 de junio de 2011 que establece que la vivienda familiar *“constituye la residencia normal, estable y permanente de la familia y el ámbito habitual del desarrollo de las relaciones conyugales y paterno filiales”<sup>6</sup>.*

Los anteriores asertos jurisprudenciales, ciertamente genéricos y difusos, han ido perfilando un concepto asumible de vivienda familiar. Así mismo, en la Doctrina también abundan las definiciones y conceptualizaciones; Para MARTÍN MELÉNDEZ la vivienda familiar es el *“lugar donde habitualmente y con continuidad, se desarrolla de hecho la convivencia de la familia, entendida en el sentido de familia nuclear (...) quedan excluidos (...) los locales de negocio. También los garajes y trasteros, salvo (...) los que sean anejos de la vivienda propiamente dicha”<sup>7</sup>* mientras que el catedrático BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO destaca que *“por vivienda familiar hay que entender la vivienda en la que los cónyuges cumplen su obligación de vivir juntos”<sup>8</sup>*, pues el artículo 68 CC dispone que *“los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y la atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”.*

---

<sup>3</sup> STS de 16 de diciembre de 1996 [Roj: STS 7256/1996]

<sup>4</sup> SAP de 18 de septiembre de Barcelona de 1998 [Roj: SAP B 7843/1998]

<sup>5</sup> SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 17 de noviembre de 2005 [Roj: SAP GC 3316/2005]

<sup>6</sup> SAP de Sevilla de 14 de junio de 2011 [Roj: SAP SE 2260/2011]

<sup>7</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales: artículo 1357, párrafo 2º, del Código Civil*, Civitas Ediciones, Madrid, 2002, pp.48 y 49.

<sup>8</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Bercal, Madrid, 2011, p.110.



Por tanto, debe tratarse de un espacio habitable, es decir, debe ser apto y susceptible de ser habitado en condiciones adecuadas, pudiéndose conectar el término “habitabilidad” a las circunstancias concurrentes en cada caso. De esta manera, pueden ser considerados vivienda familiar lugares que, aun siendo menos convencionales son habitables por ser dignos y adecuados como es el caso de barcos o caravanas. No serían considerados vivienda familiar establos, almacenes o locales comerciales por no reunir esta característica de la habitabilidad<sup>9</sup>. Así mismo, es necesario que el inmueble habitable esté destinado habitualmente a vivienda familiar en el momento de acaecer la ruptura conyugal.

Concluyendo, tiene la consideración de vivienda familiar el lugar donde habitualmente convivía la familia y desarrollaba su vida diaria en el momento de suscitarse la ruptura familiar.

## **2.2. Garajes, trasteros y otros espacios**

La literalidad del art.96 del CC parece referirse sólo a la vivienda familiar pero no contempla la posibilidad de configurar como domicilio familiar a efectos de atribución del uso a otras viviendas o inmuebles en general, y siguiendo esta literalidad, no se considera vivienda familiar el garaje no integrado en la vivienda, ni el cuarto trastero no ligado a la vivienda, ni las segundas residencias o apartamentos de verano pues el sentido que inspira la redacción de dicho artículo es el de satisfacer las necesidades de alojamiento<sup>10</sup>.

La Audiencia Provincial de Cádiz ha utilizado el criterio de la posibilidad de uso independiente para decidir sobre la atribución de los anexos. En su sentencia de 8 de febrero de 2005 atribuye el uso del trastero de forma independiente a la vivienda familiar, considerando que *“en la generalidad de las casas se almacenan en el trastero una serie de cosas cuya existencia, salvo mínimas excepciones y en razón de su valor afectivo, llega a olvidarse.”*<sup>11</sup> De ello podemos deducir que ha de entenderse que los trasteros son susceptibles de una atribución separada de la de la vivienda familiar, especialmente por la posibilidad de acceso independiente respecto de esta.

La sentencia de 28 de noviembre de 2006 de la Audiencia Provincial de Cuenca muestra otro ejemplo de atribución separada de un anexo respecto de la vivienda familiar. En esta ocasión el problema radica en que el esposo, a quien no se atribuyó el uso de la vivienda familiar, había venido destinando el garaje como almacén de los materiales y herramientas propios de su profesión de electricista. La Audiencia considera que una vez independizando el garaje mediante la colocación de un cierre que impida su comunicación con la vivienda este puede seguir siendo utilizado por el esposo, especialmente porque no se aprecian indicios de que de tal uso puedan derivarse

---

<sup>9</sup> PINTO ANDRADE, C, *La atribución del uso de la vivienda familiar*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 41-42.

<sup>10</sup> SERRANO FERNANDEZ, C.; ROCA TRÍAS, E. (coordinadora) “Atribución del uso de la vivienda familiar”, *Crisis Matrimoniales*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p.270

<sup>11</sup> SAP de Cádiz de 8 de febrero de 2005 [Roj: SAP CA 109/2005]

situaciones de enfrentamiento personal entre los cónyuges. Es evidente que la utilización de la cochera hasta tanto se proceda a la liquidación de la sociedad conyugal es perfectamente atendible y está justificada por cuánto se evita , de esta modo, que el esposo tenga que sufragar el alquiler o compra de un local y , de esta manera, cumplir adecuadamente las obligaciones económicas establecidas en la sentencia<sup>12</sup> .

No existe un criterio unificado acerca de la pertenencia de estos espacios complementarios o anejos a la vivienda familiar y ,aunque no pueden ser definidos como vivienda familiar, la jurisprudencia mayoritaria entiende que su uso sí forma parte de la misma y se decanta por atribuirlos junto con la vivienda y los muebles de uso ordinario, pues forman parte de la misma, constituyendo un todo que debe atribuirse al interés más necesitado de protección, en este caso al de los menores y, por efecto reflejo, al progenitor custodio.

La sentencia de la AP de Toledo de 8 de Septiembre de 2011 considera la plaza de garaje como anejo del domicilio y señala que *“debe ser considerada en principio, por razones de localización y de cuál es su uso propio como un anejo de la vivienda que era el domicilio conyugal en la que reside la hija que obtendría de su uso por su madre que ostenta su guarda y custodia la cobertura de sus necesidades de transporte, escolar o para fines extraescolares también en su beneficio.”*<sup>13</sup>

En la misma línea, la Sentencia de la AP de Alicante de 3 de abril de 2012, respecto de la plaza de garaje y el trastero anejo a la vivienda familiar declara que *“se trata de elementos que, por su ubicación y destino, forman parte de la atribución del uso de la vivienda familiar a la que están adscritos”*<sup>14</sup>.

La conclusión a la que se llega es que la atribución del uso de garajes, trasteros u otros espacios independientes de la vivienda familiar a favor de uno de los cónyuges es una medida que puede ser objeto de solicitud, pero para que pueda ser atendida judicialmente, debe demostrarse que su atribución y aprovechamiento responde a una necesidad para facilitar la vida diaria del solicitante y/o los hijos menores.

Sin embargo, cuando no hay solicitud de atribución del uso de esos espacios por parte de ninguno de los cónyuges, y están calificados registralmente como espacios anexos a la vivienda, la doctrina es unánime en considerar que estos elementos (el garaje y el trastero) forman parte de la atribución de la vivienda familiar<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> SAP de Cuenca de 28 de Noviembre de 2006 [Roj: SAP CU 421/2006]

<sup>13</sup> SAP de Toledo de 8 de Septiembre de 2011 [Roj: SAP TO 673/2011]

<sup>14</sup> SAP de Alicante de 3 de Abril de 2012 [Roj: SAP A 2637/2012]

<sup>15</sup> PINTO ANDRADE, C, *“La atribución...”*, op.cit., pp.43-44.

### **3. CRITERIOS PARA LA ATRIBUCION DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR TRAS LA CRISIS MATRIMONIAL**

Denominamos crisis matrimoniales al conjunto de supuestos en los que el matrimonio deviene ineficaz, por una u otra causa, quebrando la unidad de vida y convivencia que en principio supone. Esta expresión, de origen doctrinal, no aparece recogida en el Código Civil, sin embargo ha obtenido un gran desarrollo y es utilizada en las resoluciones judiciales, a la vez que permite englobar una pluralidad de hipótesis.

Como casos de crisis matrimoniales hay que considerar la nulidad, la separación y el divorcio.

#### **3.1.El derecho de uso de la vivienda familiar**

El artículo 96 CC recoge los criterios para resolver a qué cónyuge se atribuye el uso de la vivienda familiar.

El uso (la ocupación de la vivienda) que, constante matrimonio, realizan los cónyuges, no es derecho de uso a estos efectos pues, el artículo mencionado anteriormente, precisa como presupuesto inexcusable para su constitución, la existencia de una situación de crisis matrimonial. Ésta crisis trae causa de una situación de deterioro de la convivencia y de la relación, de forma que no pueden ambos cónyuges seguir conviviendo bajo el mismo techo, lo que explica la necesidad de atribuir el uso de la vivienda familiar a uno solo de los cónyuges<sup>16</sup>.

La asignación del uso de la vivienda a un cónyuge no sólo legitima su utilización (en provecho propio y, en su caso, de los hijos) sino que atribuye a esa vivienda un estatuto jurídico particular, cuya especificidad se manifiesta de forma más notoria cuando no pertenezca al cónyuge que se atribuye en propiedad (por ser del otro, o de un tercero) ni en comunidad.

El usuario de la vivienda familiar tiene derecho a utilizarla con esa función y para esa concreta finalidad, es decir, para vivir, habitar en ella. Si otra cosa no se ha establecido en el convenio regulador o en la sentencia judicial, el usuario (e hijos, si conviven) tiene a su disposición y puede ocupar toda la vivienda, pues no se trata de un derecho de habitación, sino de uso.

Además de vivir en la vivienda el usuario también puede ejercer su profesión habitual según costumbre y cánones sociales al uso, salvo prohibición expresa, pero no puede instalar en ella una explotación económica con ánimo de lucro, porque en ese caso dejaría de ser vivienda para convertirse en un local de negocio, perdiendo así su naturaleza<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> CHAPARRO MATAMOROS, P, *Derecho de uso y vivienda familiar: Su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p.145.

<sup>17</sup> RIVERO HERNANDEZ, F, "El derecho de uso de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial", *Usufructo, uso y habitación*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016. (BIB 2016\4568)

Si bien es cierto que el usuario no tiene obligación de residir en esa vivienda dejar de hacerlo o abandonarla (siempre que el abandono no sea temporal o coyuntural) traerá consigo las consecuencias pertinentes pues se extinguirá el derecho de uso o se procederá a la modificación de las medidas judiciales pertinentes.

En definitiva, el uso y disfrute de la vivienda será con atención y cuidado diligente y respeto del destino (habitacional, no otro, en el sentido dicho) de la vivienda.

### **3.2.El acuerdo entre las partes**

El primer criterio para la atribución del uso de la vivienda familiar es el acuerdo de las partes, criterio que deriva de manera directa de la redacción del art.96.1CC cuando establece que *“en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez...”*

Siguiendo lo preceptuado en dicho artículo, hay que tener en cuenta aquellos acuerdos que los cónyuges hayan pactado en el convenio regulador. Este acuerdo tiene su fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad, regulado en el art.1255 CC, y que tiene fuerza de ley entre las partes, conforme establece el art.1091 del mismo cuerpo legal. Este Convenio ha de presentarse ante el órgano judicial para ser aprobado por el Juez, exceptuando el caso de que sea dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges<sup>18</sup>.

El convenio regulador puede ser definido como el negocio jurídico de Derecho de Familia, por el que los cónyuges de mutuo acuerdo, y ante la concurrencia de una crisis matrimonial (nulidad, separación o divorcio), deciden y adoptan medidas sobre aspectos personales y patrimoniales relativos a los hijos, la vivienda familiar y las cargas matrimoniales. Para que este convenio pueda ser válido y eficaz es necesaria la aprobación judicial.

El art.90 CC establece el contenido mínimo que ha de tener dicho convenio, imprescindible para obtener la aprobación del Juez que entiende del proceso, siendo la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar parte de ese contenido mínimo. En determinados supuestos, además, la ley exige que la demanda se acompañe obligatoriamente de una propuesta de convenio como requisito para su admisión a trámite, lo cual sucede cuando la separación o el divorcio son solicitados por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro<sup>19</sup>.

De cualquier modo, el acuerdo sobre la atribución del uso de la vivienda que plasmen los progenitores en el Convenio regulador no es vinculante para el juez quien, como ya hemos señalado anteriormente, debe resolver si lo que se estipula puede resultar o no dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges. Así lo prevé literalmente el segundo apartado del art.90 CC al establecer que *“los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad,*

---

<sup>18</sup> HERNANDEZ IBAÑEZ, C, “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar. Una propuesta de lege ferenda” *Diario la Ley*, N°4970, 2017, p.3

<sup>19</sup> PINTO ANDRADE, C, “*La atribución...*”, op.cit., p.51.

*separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”.*

En cualquiera de las hipótesis el perjuicio o daño que se observe por el juez no puede ser abstracto, ha de ser real y específico. No obstante, la praxis judicial suele ser bastante flexible en la aprobación de los acuerdos sobre la atribución del uso de la vivienda familiar y suele ser bastante difícil encontrar casos en los que se deniegue la aprobación de la cláusula relativa al uso de la vivienda familiar por estimar que lo pactado por las partes resulta perjudicial para los hijos aunque, sin embargo, estos casos sí que existen.

Así, en el año 2000 la AP de Valencia no aprueba la cláusula de convenio regulador que limita a dos años el derecho de uso de la vivienda familiar al entender que perjudica gravemente los intereses de la menor.

Los cónyuges formularon demanda de separación de mutuo acuerdo acompañando propuesta de convenio regulador. En dicho convenio, dado que la propiedad de la vivienda familiar pertenece con carácter privativo al esposo se establece que *"los cónyuges acuerdan que en interés de la hija del matrimonio y dado que Doña Estela ejercerá la guarda y custodia, permanezcan ambas en el inmueble durante el plazo máximo de dos años, sin pagar renta ni merced, período que Doña Estela considera suficiente a fin de encontrar otra vivienda adecuada para el desarrollo y bienestar de la menor"*. Sin embargo, este planteamiento lesiona el interés superior de la niña porque aunque aparentemente se esté satisfaciendo se está limitando su derecho al uso indefinido de la vivienda, además de ensalzar el hecho de que la madre no pague renta, como si se tratara de una concesión graciosa del propietario, siendo así que esa gratuidad no deriva de la voluntad de éste, sino que es una consecuencia del régimen legal de su atribución. En consecuencia, como ese acuerdo perjudica seriamente los intereses de la menor, que se podría ver lanzada de la vivienda una vez transcurrido *"el plazo máximo de dos años"*, no merece la aprobación judicial y, en su lugar, se debe restablecer en su integridad el derecho que le corresponde, y atribuirle el uso de la vivienda sin limitación en el tiempo, salvo que pudieran alterarse sustancialmente las circunstancias en el futuro<sup>20</sup>.

### **3.3. Atribución judicial: Criterios de atribución**

La atribución del derecho de uso recogido en el Código Civil tiene dos objetivos. En caso de que existan hijos, el interés de los hijos; y, en otro caso, el interés más necesitado de protección.

---

<sup>20</sup> SAP de Valencia de 25 de Abril de 2000 [Roj: SAP V 2738/2000]

### **3.3.1. Existencia de hijos menores de edad**

El primer apartado del artículo 96 CC establece que *“en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”*.

En esta hipótesis, el interés familiar que debe tenerse en cuenta, a efectos de decidir la atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges es el de los hijos menores, por entender que es el de estos el más necesitado de protección. Por ello, en caso de que los cónyuges no consigan llegar a un acuerdo que no cause graves perjuicios a alguno de los cónyuges o a los hijos, el uso de la vivienda familiar será atribuido a éstos y al cónyuge custodio, tal y como se deduce de la literalidad de dicho precepto.

Esto deriva de manera directa de la protección de los hijos menores que inspira todo el Derecho de Familia: el interés del menor o *favor filii*. El interés del menor es el único criterio que ha de tenerse en cuenta para otorgar la guarda y custodia de los hijos menores y, por ende, para otorgar la atribución del uso de la vivienda familiar pues al continuar residiendo en la vivienda familiar se consigue que el entorno social que los rodea continúe siendo el mismo, mitigando el daño producido por la ruptura de sus progenitores. *“Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses”*<sup>21</sup>.

De la rígida definición del Código Civil y a la vista de los términos que emplea, podría entenderse que estamos ante un precepto de carácter imperativo de modo que el juez estuviera imposibilitado, en defecto de acuerdo de los esposos o en caso de no aprobación del mismo, a atribuir el uso al cónyuge en cuya compañía no queden los menores porque estimara que, a pesar de todo, es el interés más necesitado de protección<sup>22</sup>.

En definitiva, los criterios a la hora de atribuir la vivienda familiar no son meramente económicos, dependen exclusivamente de la protección de los hijos pues, independientemente de la situación económica de los cónyuges, el progenitor que quede en uso de la vivienda familiar será aquel que presente una mayor capacidad para crear un ambiente seguro y generar estabilidad para los menores. Es necesario puntualizar que la minoría de edad de los hijos no siempre resulta necesaria, sino que habría que atender a las necesidades de los mismos.

### **3.3.2. Existencia de hijos mayores de edad**

Cabe plantearse si el interés al que alude el art.96 CC es únicamente el de los hijos menores o si cabe entender extensiva la previsión legal a los hijos mayores, de

---

<sup>21</sup> STS de 25 de Abril de 2018 [Roj: STS 1480/2018]

<sup>22</sup> SERRANO FERNANDEZ, C.; ROCA TRÍAS, E. (coordinadora) *“Atribución del uso....” op.cit.*, p.282.

manera que su interés también sea tenido en cuenta a la hora de realizar la atribución del uso del domicilio. En el momento actual es muy frecuente que a pesar de alcanzar la mayoría de edad los hijos continúen formándose, careciendo así de cualquier tipo de independencia económica, razón por la que deben continuar en el domicilio familiar.

En relación a la interpretación y aplicación del art.96 CC existen dos interpretaciones:

**-Inclusión de los hijos mayores de edad.** Esta postura considera que, al hablar el Código de la atribución del uso de la vivienda, no contiene respecto a los hijos la limitación de que estos sean menores de edad y estén sometidos a la patria potestad de ambos progenitores como cuando se refiere a la guarda y custodia o al régimen de visitas, sino que tal obligación no cesa al alcanzar los hijos la mayoría de edad, sino que se extiende al periodo de tiempo necesario para que aquellos alcancen plena autonomía económica.

Por ejemplo, la sentencia de 19 de noviembre de 2014 de la AP de Toledo<sup>23</sup>, al resolver el recurso de apelación dimanante de un proceso de separación contenciosa, otorga el uso de la vivienda familiar a la hija de del matrimonio, de diecinueve años de edad. La joven había empezado a trabajar recientemente, pero no constaban sus ingresos y era la única hija del matrimonio que residía en el hogar familiar junto a su madre, pues el resto de hermanos ya habían salido del mismo al alcanzar la independencia económica.

El juzgador considera que el interés más necesitado de protección es el de la hija, pues aunque el padre se encontraba gravemente enfermo e imposibilitado, había abandonado el domicilio familiar para trasladarse a vivir a una residencia precisamente por este motivo, sin que existiera el más mínimo indicio de que pudiera volver a residir en el hogar que fue familiar o pudiera ser cuidado por otra de las hijas ya que hasta el momento no lo había hecho personalmente.

Además, la necesidad del recurrente queda en entredicho por el hecho de no haber reclamado en ningún caso el uso de la vivienda desde que se fue de ella, no siendo hasta el momento de ser demandado, formulando entonces esta solicitud.

**-Exclusión de los hijos mayores de edad.** Esta postura argumenta que este artículo se refiere solo a los hijos menores porque considera que es su interés el real justificador de la privación al otro cónyuge del uso de la vivienda por razón de la especial vinculación que el menor tiene con el lugar en el que desarrolla su vida y la necesidad de que tras la ruptura se mantenga en todo lo posible el entorno doméstico, social, escolar... pero, sin embargo, estiman que estas premisas no concurren cuando el

---

<sup>23</sup> SAP de Toledo de 19 de Noviembre de 2014 [Roj: SAP TO 1106/2004]

hijo es mayor de edad puesto que dada su madurez puede enfrentarse a la crisis de sus progenitores en mejores condiciones<sup>24</sup>.

Debemos destacar, además, los criterios básicos de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre este tema. La STS de 27 de septiembre de 2017<sup>25</sup> pone de relieve que la mayoría de edad de los hijos da lugar a una nueva situación, que se equipara a aquellas otras en las que no hay hijos, de modo que deberá atenderse, cuando las circunstancias lo aconsejen, al interés del cónyuge más necesitado de protección, pero siempre por el tiempo que prudencialmente se fije, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo tercero del art.96 CC. Esta situación se equipara a aquellas en las que no existen hijos, prevista en dicho párrafo y esa adjudicación al cónyuge no podrá hacerse por tiempo indefinido.

Como complemento de lo anterior, es importante conocer qué relación tiene esta atribución con los alimentos que les puedan corresponder a estos hijos. En este sentido la doctrina del Pleno de la Sala señala que la necesidad de habitación del hijo mayor de edad no es factor determinante para adjudicarle el uso de la vivienda, pues aquella habrá de satisfacerse a la luz de los arts.142 y ss. (referidos a los alimentos entre parientes). Así, tal y como establece la STS de 25 de octubre de 2016<sup>26</sup>, ningún alimentista mayor de edad tendrá derecho a obtener parte de los alimentos con la atribución del uso de la vivienda familiar.

### **3.3.2.1. Existencia de hijos mayores con discapacidad**

Resulta necesario hacer una mención especial a los hijos mayores de edad que padecen alguna discapacidad. La atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos mayores con discapacidad constituye una cuestión que ya ha sido analizada en alguna resolución del Tribunal Supremo.

Debemos partir de qué grado de protección ha de brindarse a las personas con discapacidad, debiendo plantearnos si éstas, en cuanto necesitadas de una especial tutela, pueden ser, en algún caso, equiparadas a los menores de edad a efectos de aplicación del art.96 CC. Se trata de analizar si la discapacidad y el estado de menor de edad son situaciones análogas, sin embargo, la diferencia es abismal pues la minoría de edad es una situación temporal cuyo fin, más o menos propio, se conoce al dictarse la sentencia de separación o divorcio; en cambio, la situación de discapacidad y, en su caso, de incapacitación, puede ser permanente e irreversible.

Por ello, de admitirse la equiparación con todos los efectos que ello conlleva (especialmente en lo relativo al alcance de la misma), se estaría menoscabando gravemente el derecho del progenitor titular o cotitular de la vivienda, que vería limitadas sus facultades de uso y disposición de aquélla hasta el momento en que cesara

---

<sup>24</sup> SERRANO FERNANDEZ, C.; ROCA TRÍAS, E. (coordinadora) “Atribución del uso....” op. cit., p.284

<sup>25</sup> STS de 27 de Septiembre de 2017 [Roj: STS 3439/2017]

<sup>26</sup> STS de 26 de Octubre de 2016 [Roj: STS 4639/2016]



la situación de discapacidad, lo que podría, perfectamente, no suceder nunca (o suceder una vez aquél hubiera ya fallecido)<sup>27</sup>.

Hemos de diferenciar claramente dos supuestos. Por un lado, aquéllos en los que existe una discapacidad grave e irreversible y, por otro lado, aquellos otros casos en los cuales la discapacidad no es impeditiva, sin embargo, sea cual sea el caso, y, en la medida en que la persistencia de la patria potestad impone la obligación de otorgar a un progenitor la custodia del hijo mayor de edad incapacitado, parece lógico equiparar éstos a los menores de edad y, en consecuencia, otorgarles protección por la vía del art.96.1 CC. El mantenimiento del hijo mayor de edad incapacitado en la vivienda familiar resultaría la solución óptima a los efectos de la protección de éste, si se tiene en cuenta que aquélla se hallará habilitada y equipada para hacer frente a las necesidades que deriven de la situación de discapacidad (por ejemplo, una cama o un cuarto de baño adaptados en la vivienda familiar en aquellos supuestos en los que exista una discapacidad física)

El criterio marcado por el Pleno de la Sala Primera en su sentencia de 19 de enero de 2017<sup>28</sup> es que el art.96.1 CC no tiene en cuenta la condición de discapacitados de los hijos, de modo que es la prórroga de la patria potestad el instrumento protector en estos supuestos con la equiparación de los hijos menores y mayores. El interés superior del menor que inspira la medida del uso de la vivienda familiar no es, en todo caso, equiparable al hijo mayor con discapacidad<sup>29</sup>

### **3.3.2.2. Guarda y custodia unilateral o exclusiva**

La guarda o custodia unilateral o exclusiva es aquélla en la que la convivencia con el hijo menor se atribuye a uno sólo de los progenitores, reservándose al otro progenitor un derecho de visitas, salvo que por concurrir causa grave sea privado de la misma<sup>30</sup>. Es aquella en la que el menor reside con uno de sus padres, quien le otorga el cuidado directo que dicha convivencia exige<sup>31</sup>.

En principio, no habrá discusión posible al respecto de la atribución del uso de la vivienda familiar pues si la custodia se otorga a uno sólo de los cónyuges, el uso de la vivienda se atribuirá a este mismo, tal y como establece el primer apartado del ya mencionado art.96 CC, ya que a la vista de los términos empleados por dicho artículo podría entenderse que estamos ante un precepto de carácter imperativo de modo que el juez estuviera imposibilitado, en defecto de acuerdo entre los cónyuges o en caso de no

---

<sup>27</sup> CHAPARRO MATAMOROS, P, “La atribución de uso de la vivienda familiar en supuestos especiales: atribución al hijo mayor de edad con discapacidad y atribución a otros parientes por razón de la custodia de los hijos menores”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, N°45, 2018, pp.1-3 (BIB 2018\6227)

<sup>28</sup> STS de 19 de enero de 2017 [Roj: STS 113/2017]

<sup>29</sup> SEPIN (2014). El interés superior del menor: atribución del uso de la vivienda. *Familia y sucesiones*, (106), 55-126.

<sup>30</sup> SAN SEGUNDO MANUEL, T, “Maltrato y separación: Repercusiones en los hijos”, *Custodia compartida y protección de menores*, Cuadernos de Derecho Judicial II, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de documentación judicial, 2009.

<sup>31</sup> LATHROP GÓMEZ, F, “Custodia compartida de los hijos”. *Diario La Ley*, 2008, p.276.

aprobación del mismo, a atribuir el uso al cónyuge en compañía no queden los menores porque estimara que, a pesar de todo, es el interés más necesitado de protección<sup>32</sup>.

El principio que aparece recogido en esta disposición es el del interés del menor y es que tal y como señala el TS *“la atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostentan la titularidad sobre dicho bien.”*<sup>33</sup>

Esta atribución implicará la salida del cónyuge no custodio a fin de permitir que a partir de ese momento cada uno de los cónyuges desarrolle su vida con la independencia y separación física del otro cónyuge.

Podemos encontrar un ejemplo de aplicación del artículo 96.1 en la STS de 15 de marzo de 2013<sup>34</sup>. En este supuesto, la sentencia recurrida asignaba el uso de la vivienda familiar a la madre, al quedar los hijos menores bajo su guarda y custodia. Fuera del procedimiento el abuelo materno cedió el uso de una vivienda de su propiedad de manera gratuita a su hija y sus nietos, sin embargo, el Tribunal no consideraba que esta residencia pudiera sustituir a la vivienda familiar como sostenía el progenitor no custodio.

De esto modo, el TS resuelve otorgar el uso de la que fue vivienda familiar, propiedad del esposo, por considerar que la vivienda de los abuelos no puede significar una obligación constante para éstos de cesión de uso, y menos existiendo una vivienda que fue usada antes de la crisis matrimonial como familiar. La progenitora y los menores no abandonaron el domicilio familiar de forma voluntaria, y menos aún con vocación de permanencia, sino *“habida cuenta las males relaciones entre los cónyuges que desembocarían posteriormente en procedimientos penales en alguno de los cuales se fija una orden de protección que incluye el alojamiento”*.

El Tribunal consideró que mantener a los hijos en la vivienda de los abuelos *“supone consagrar una situación de precario que les ha permitido convivir durante la tramitación del procedimiento”*, y que *“la asignación del uso responde a la necesidad de garantizar una vivienda segura a los menores y esto no se produce desde el momento en que podrían ser desalojados por la exclusiva voluntad del tercero propietario”*.

Sin embargo, también existen supuestos en los que tras analizar las concretas circunstancias no es posible la aplicación automática del primer apartado del art. 96 CC.

---

<sup>32</sup> SERRANO FERNANDEZ, C.; ROCA TRÍAS, E. (coordinadora) “Atribución del uso...” op.cit., p.282

<sup>33</sup> STS de 14 de abril de 2011 [Roj: STS 2672/2011]

<sup>34</sup> STS de 15 de marzo de 2013 [Roj: STS 1021/2013]

En este sentido, la sentencia de AP de León de 12 de mayo de 2006<sup>35</sup>, otorga la atribución de la vivienda familiar al progenitor no custodio por considerar que este es el interés más necesitado de protección y, además, es lo más beneficioso para el menor.

La sentencia de primera instancia atribuye a la esposa el uso de la vivienda familiar en aplicación estricta de lo previsto en el art.96 CC, consecuencia directa de la atribución de la guarda y custodia del hijo menor a la misma.

Este pronunciamiento fue impugnado por el esposo, quien reclama para sí el uso de la vivienda familiar.

Es doctrina reiterada que, por regla general, y con independencia del carácter de la relación entre los progenitores, matrimonial o no matrimonial, y atendiendo a lo dispuesto en el art.96 CC, aplicable a todo tipo de supuestos y uniones familiares, y también con independencia de la titularidad de la vivienda, que ha sido la sede familiar, se otorga a los hijos menores y al progenitor en cuya compañía quedan éstos, en aquellos casos en los que en el ámbito económico o material, el progenitor custodio no tiene alternativa al respecto, por falta de ingresos o recursos económicos o por falta de la posibilidad de disfrutar y usar otra vivienda<sup>36</sup>.

Sin embargo, en este caso, no es posible la aplicación automática de dicho precepto pues las circunstancias concurrentes aconsejan la atribución del uso de la que fue la vivienda familiar al progenitor no custodio por considerar en este caso que el suyo es el interés más necesitado de protección y resulta, además, lo más beneficioso para el menor.

Los cónyuges, antes de interponer la demanda de divorcio, llevaban ya tres años separados de hecho, trasladándose la esposa con el hijo menor al domicilio de su madre y permaneciendo el esposo en la que fuera la vivienda familiar. Ambas viviendas se encontraban en la misma localidad y, además, a escasa distancia, lo que ha permitido que el hijo menor resida durante la semana en la vivienda de la abuela materna y durante el fin de semana en la del padre quien, a diferencia de lo que le ocurre a la madre, no dispone en la localidad de una vivienda adecuada.

En resumen, desde la separación de hecho de los progenitores se había venido manteniendo una situación consentida por ambas partes por lo que no parece conveniente alterarla, y menos aun cuando el propio menor ha manifestado que “está bien así y quiere que las cosas sigan igual” por lo que la alteración de una situación de hecho querida y deseada puede resultar perturbadora.

Ahora bien, una cuestión muy suscitada en la práctica es la siguiente. En un divorcio cuando uno de los cónyuges abandona la vivienda familiar ¿el cónyuge que sale de la vivienda podría pedir una compensación económica al que queda residiendo en la misma por el perjuicio económico?

---

<sup>35</sup> SAP de León de 12 de mayo de 2016 [Roj: SAP LE 562/2006]

<sup>36</sup> PINTO ANDRADE, C, “La atribución...”, *op.cit.*, p.187

En primer lugar, hemos de señalar que no existe ningún tipo de previsión legal al respecto y jurisprudencialmente tampoco hemos encontrado ninguna referencia a este tipo de compensación.

Ahora bien, no debe olvidarse que el cónyuge que abandona la vivienda deberá hacer frente a otra nueva, ya sea en régimen de propiedad o alquiler, y el gasto que le suponga esa nueva vivienda evidentemente supondrá una disminución de su capacidad económica, lo cual tendrá un claro reflejo en la pensión alimenticia.

Por tanto, la respuesta sería muy simple: no cabría compensación económica a favor del cónyuge que abandona la vivienda familiar pero se tendrá en cuenta esta nueva situación a la hora de fijar la pensión alimenticia, la cual se minorará proporcionalmente.

### **3.3.2.3. Guarda y custodia conjunta o compartida**

La Ley 15/2005, de 8 de julio, incorporó la guarda y custodia compartida o conjunta al modificar el art.92 CC. En este artículo se menciona específicamente esta medida relacionada con los menores, empleando expresiones tales como “ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos”, “guarda conjunta” o “guarda y custodia compartida”. Más bien se trata de un régimen de guarda alterna que implica una equiparación de los períodos de estancia de los menores con cada uno de los padres pues los progenitores no comparten la custodia de sus hijos menores, sino que se alternan en el cuidado de los mismos. De este modo no puede aplicarse lo dispuesto por el art. 96.1 CC que establece que *“el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”* pues, como ya hemos señalado, en este modelo de guarda y custodia, los hijos quedan en la compañía de ambos progenitores durante el tiempo que a cada uno corresponda<sup>37</sup>.

Al introducir la custodia compartida el legislador no reformó los preceptos que regulan el uso de la vivienda familiar para adaptarlos o, al menos, contemplar en los mismos el supuesto en que la custodia se asigne a los progenitores de manera alterna. Así, nos encontramos ante una situación de laguna legal o vacío normativo, frente al cual podemos adoptar diferentes soluciones jurídicas.

a) Una primera solución atiende a la idea de rotación de los progenitores y permanencia del menor en la vivienda familiar, de tal forma que “la atribución del uso se convierte, también en un derecho de uso de la vivienda familiar, alterno y en función del que tenga en compañía a su hijo; en cualquier caso un derecho del uso del que, aunque con particularidades, son titulares los padres y no el menor que es un beneficiario de ese uso pero no un titular de este”<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> PEREZ CONESA, C, “Concesión de la custodia de los menores a ambos progenitores conjuntamente y atribución de la vivienda familiar (STS de 6 de abril de 2016)” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N°6, 2016, pp.1-3(BIB 2016\2739)

<sup>38</sup> CERVILLA GARZÓN, M. D, “Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar”. *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, N°44, 2009, p.52

Esto ha sido denominado custodia “nido”, la cual, según la opinión de algunos autores, “además de no garantizar un ambiente de estabilidad emocional para el menor, el “nido de pájaro” puede no ser la mejor opción financiera para mantener la estabilidad familiar”<sup>39</sup>.

En la práctica esta modalidad de custodia compartida suele ser bastante inviable, ya no sólo por el gran nivel económico que requiere de la familia para poder mantener tres viviendas de manera simultánea, convirtiéndose en una custodia compartida solo para ricos, sino también por los problemas de convivencia que pueden sucederse si los progenitores deciden rehacer su vida con terceras personas.

A pesar de los inconvenientes mencionados, en algunos casos sí se ha optado por esta modalidad.

Por ejemplo, el Juzgado de Primera Instancia de Gijón<sup>40</sup> otorgó la guarda y custodia compartida a los padres por periodos de seis días, acordando que fuesen los menores los que se quedaran con el uso de la vivienda familiar, siendo los progenitores lo que cada seis días tengan atribuido el uso de la misma, mientras convivan con sus hijos. En este supuesto existían dos viviendas: la familiar y la privativa del esposo que se pagaba por ambos cónyuges.

Quedó constatado que ambos progenitores tenían una buena relación, y que se dedicaban por igual a sus hijos, ya que tenían disponibilidad horaria, sin embargo, la madre se oponía a la custodia compartida, alegando el “síndrome del niño-maleta”. El juez señalaba que esto se podría evitar o bien teniendo cada uno de los progenitores en sus domicilios la ropa o enseres básicos o quedándose los hijos en la casa, siendo los padres los que fueran a la vivienda familiar en el periodo que les correspondiera. No obstante, el tribunal reconoce que esta es una medida gravosa para los padres si no saben resolver sus diferencias, sin embargo, favorece la estabilidad de los menores pues residirán en la vivienda que han crecido, así que señala que la misma se extenderá o se mantendrá, *“en tanto en cuanto no se proceda a la venta de dicho inmueble o a la liquidación de la sociedad de gananciales, siendo obligación de ambos progenitores, el garantizar a sus hijos un derecho de habitación digno»*

En la sentencia de 8 de abril de 2011<sup>41</sup> el Juzgado de Primera Instancia de Sevilla también otorga la guarda y custodia compartida a los progenitores de dos menores, en este caso por periodos trimestrales, los cuales coincidirán con la evaluación escolar. No se atribuye de manera exclusiva la vivienda a uno de los progenitores, se establece que se ha de realizar un uso alternativo de los progenitores por periodos trimestrales que coincidirá con el periodo en que tengan la guarda y custodia, debiendo el otro progenitor abandonar la misma.

---

<sup>39</sup> MORENO VELASCO, V.: «La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y EEUU», *Diario La Ley*, Nº 7179, 2009

<sup>40</sup> Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Gijón de 22 de junio de 2010 (LA LEY 109976/2010)

<sup>41</sup> Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla, de 8 de abril de 2011 (LA LEY 14602/2011)

b) Una segunda solución aboga por la rotación del menor. Esto ha sido denominado comúnmente como el “síndrome del niño maleta”, porque el menor ha de ir trasladándose periódicamente de una residencia a otra. El régimen de guardia y custodia compartida se suele realizar por periodos semanales, pero también hay alguna resolución judicial que la otorga por días: lunes y martes con uno; miércoles y jueves con el otro y fines de semanas alternos. Obviamente, este sistema puede permitir a los padres tener a los hijos por el mismo tiempo y un contacto más continuo con ellos, pero se ha de valorar si realmente es la medida más idónea para él.<sup>42</sup> En este caso debe decidirse por el Juez cuál de los progenitores permanecería residiendo en la vivienda familiar y cuál debe buscar otra vivienda. Se trata de una propuesta interpretativa que sería posible sostener “desde una interpretación sistemática de lo dispuesto en el art.96 en relación con lo establecido en el art.103.2 CC.”<sup>43</sup>

Si uno de los progenitores tiene más facilidades para obtener una vivienda, se suele atribuir la misma al menor y al progenitor más necesitado de protección, aunque temporalmente. La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 4 de diciembre de 2013<sup>44</sup> otorga la guarda y custodia compartida por periodos semanales, atribuyendo el uso de la vivienda a la hija menor y a la madre, aunque reconoce en el fundamento jurídico cuarto que la medida que adopta sigue una línea conservadora.

c) Y, en último lugar, la última de las soluciones pasaría por la no atribución de la vivienda a ninguno de los progenitores, procediéndose a su enajenación y reparto del precio obtenido entre ambos cónyuges, quienes podrán procurarse una vivienda para residir cada uno de ellos con sus hijos en los periodos de alternancia. Esta posibilidad, sin embargo, aun cuando fuera la ideal no es viable<sup>45</sup> pues cuando la familia tenga un piso y una hipoteca, vender el inmueble supondría pagar a la entidad bancaria y repartir las migajas, quedando los hijos y el cónyuge más necesitado de protección en una situación de absoluta precariedad, sin olvidar los impagos de pensión alimenticia que se dan en la actualidad<sup>46</sup>. Además, tan solo podría darse en aquellos supuestos en los que la vivienda fuera ganancial.

En caso de que exista acuerdo entre los progenitores, serán ellos los que dispongan a quién de los dos se atribuye el uso de la vivienda familiar de manera permanente o por periodos temporales. Faltando consenso sobre este punto y habiéndose otorgado la custodia compartida, resulta necesario determinar un criterio

<sup>42</sup> ESCRIBANO TORTAJADA, P, “Guarda y custodia compartida y atribución de la vivienda familiar”; *Diario la Ley*, N°829, 2016, p.10

<sup>43</sup> Tal y como establece el art.103 CC una vez admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, diversas medidas. El segundo apartado de este artículo establece que el juez podrá *determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno.*

<sup>44</sup> SAP de Santa Cruz de Tenerife de 4 de diciembre de 2013 (LA LEY 251463/2013)

<sup>45</sup> UREÑA CARAZO, B “Vivienda familiar y custodia compartida (a propósito de la STS núm.594/2014, de 24 de octubre)”, *Diario la Ley*, N°2726, 2015, p.8

<sup>46</sup> SERRANO FERNANDEZ, C.; ROCA TRÍAS, E. (coordinadora) “Atribución del uso....” op.cit., p.294.

que permita resolver sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, pues como ya hemos señalado el legislador de 2005 únicamente implantó la custodia compartida, no atendió a la relación que ésta tiene con la atribución de la vivienda familiar tras la ruptura matrimonial.

Esta laguna legal ha sido colmada por la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo. Los antecedentes de hecho son los que siguen. En un proceso contencioso de divorcio iniciado a instancia de la esposa, solicita entre otras peticiones la guarda y custodia exclusiva de la única hija menor del matrimonio a su favor así como el uso de la vivienda familiar. En la contestación a la demanda, el padre de la menor también solicita que se le atribuya la guarda y custodia de la misma y el uso de la vivienda familiar, entre otras cosas.

El Juzgado de primera instancia e instrucción nº1 de Balmaseda dictó sentencia estimando parcialmente la demanda; se concede la guarda y custodia de la menor a la madre y un régimen de visitas y comunicación al padre, omitiendo el pronunciamiento sobre la vivienda familiar, lo que se subsanó por el Juzgado mediante Auto en el que se concede el uso de la misma a la madre por habersele atribuido la custodia de la hija menor.

Frente ante esta resolución interpone el padre recurso de apelación en el que reclama nuevamente lo solicitado en el suplico de su contestación a la demanda; la custodia de la menor y el uso de la vivienda familiar.

La AP de Bizkaia en su sentencia de 26 de febrero de 2015<sup>47</sup>, revoca la sentencia de instancia y el auto aclaratorio, acordando que la guarda y custodia de la menor sea compartida por semanas alternas. No se pronuncia en el fallo sobre el uso de la vivienda familiar, sin embargo, en el Fundamento de Derecho Sexto indica: *"En cuanto al uso y disfrute de la vivienda familiar es evidente que la misma ha permanecido deshabitada por la madre e hija, que han pasado a residir habitualmente en la vivienda señalada con el nº x del mismo barrio de Zalla y siendo que el padre a raíz de la ruptura matrimonial reside asimismo junto a la vivienda que fue familiar en el mismo barrio de Zalla. Partiendo de lo resuelto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014(...) no efectuamos especialmente atribución del uso de la vivienda que fue familiar, que ha permanecido desocupada en el último periodo, puesto que ambos progenitores actualmente disponen de vivienda para atender a las necesidades de la hija durante los periodos de efectiva guarda, ambos en el mismo barrio de Zalla"*.

Contra la anterior resolución el padre interpuso recurso de casación por interés casacional por oposición a la jurisprudencia del TS, solicitando la atribución de la vivienda y el ajuar familiar por considerar infringidos los arts. 96 y 103.2 CC por oposición a la jurisprudencia.

---

<sup>47</sup> SAP de Bizkaia de 26 de febrero de 2015 [Roj: SAP BI 6/2015]

Finalmente, el Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de abril de 2016, comienza aclarando que el recurrente no ha formulado por su parte recurso extraordinario por infracción procesal dirigido a denunciar un error en la valoración de la prueba. Por tanto, se parte de los hechos que da como probados la sentencia recurrida, es decir, que la vivienda familiar ha permanecido deshabitada por la madre y su hija, que han pasado a residir habitualmente en otra vivienda y que a raíz de la ruptura del matrimonio el padre reside en otra vivienda del mismo barrio, disponiendo ambos progenitores, por tanto, de una vivienda para atender las necesidades de la hija durante los periodos de efectiva guarda y custodia de la menor.

Como ya hemos indicado, el legislador tan solo se preocupó de introducir la custodia compartida de menores en el Código Civil, pero no estableció una regulación acorde con dicha modalidad de guarda. Ante tal vacío legal, no encontrándose los hijos en compañía de uno de los progenitores sino de los dos, se pronuncia el Tribunal Supremo en esta sentencia en relación con la vivienda familiar afirmando que la Sala: *"... ha entendido que debe aplicarse analógicamente el párrafo segundo del art. 96 CC, que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la custodia de otro, remitiendo al juez resolver «lo procedente»* Ahora bien, *existe un interés sin duda más prevalente que es el de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades, que, conforme la regla dispuesta en el art. 96 CC, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Teniendo en cuenta tales factores o elementos a ponderar, «Esta Sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con ella conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 CC, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, con el fin de facilitar a ella y a la menor (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales»<sup>48</sup>.*

Considerando que tal doctrina ha sido respetada por la sentencia recurrida, en atención a las circunstancias fácticas que se tienen por probadas y estimando que los intereses a tener en cuenta se encuentran satisfechos, el TS desestima el recurso de casación.

En este caso, las circunstancias concretas tenidas en cuenta son la paridad económica de los padres de la menor, el interés de la menor a una vivienda adecuada a

---

<sup>48</sup> STS de 6 de abril de 2016[Roj: STS 1424/2016]



sus necesidades y el carácter ganancial de la vivienda familiar, puesto que transcurrido el año queda supeditada a la liquidación de la sociedad de gananciales<sup>49</sup>.

#### **3.3.2.4. Guarda y custodia repartida**

El apartado segundo del art. 96 preceptúa: *“cuando alguno de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente”*. De este modo, la norma deja al arbitrio del juzgador la decisión a adoptar, quien deberá acudir al criterio del interés más necesitado de protección, bajo la premisa de la preferencia del interés de los menores.

Esta es la solución menos ajustada a Derecho y, con diferencia, más perjudicial para los menores, pues se separa a los hermanos, no siguiendo el principio que contempla el art. 92.5 del CC que establece que *“el Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”*.

En este modelo de guarda y custodia, los factores a ponderar y tener en cuenta a la hora de proceder a la atribución del uso de la vivienda familiar son:

En primer lugar, el número, la edad, el estado de salud de los hijos que queden bajo la custodia de uno y otro cónyuge y, en segundo lugar, la situación económica de cada uno de los progenitores, es decir, los recursos e ingresos con los que cuenta cada uno de ellos. Esto indicará quien posee mayor capacidad para poder obtener un inmueble. Además también han de examinarse las posibilidades reales de cada progenitor de residir en una vivienda distinta de la familiar, ubicada en las inmediaciones de esta y de características similares, que esté en disposición de ser ocupada por aquel.

El examen y la ponderación de estas circunstancias resolverán la concesión de la vivienda familiar a favor de uno de los progenitores junto con alguno de los menores. Hay resoluciones que han hecho primar el criterio numérico, otras el grupo menos favorecido económicamente mientras que otras han preferido otorgar el uso al cónyuge que queda con el hijo menor sobre el que se queda con el de mayor edad<sup>50</sup>.

Ahora bien, si no queda acreditado un interés especial de protección en ambos grupos familiares, es perfectamente factible que, si la vivienda familiar tiene carácter privativo se debería atribuir su uso al titular de la misma, pues la propiedad ya la tiene. Por ende, si la vivienda es de titularidad común, el uso es compartido, por lo que se puede optar por no otorgar a ningún grupo familiar el uso de la vivienda, o dividirla -si

---

<sup>49</sup> PEREZ CONESA, C, “Concesión de la custodia de los menores...”, *op. cit.*, pp.1-3.

<sup>50</sup> PINTO ANDRADE, C, “La atribución...”, *op.cit.*, p.67.

es posible su división material- o simplemente atribuir el uso de forma temporal y rotatoria o forma alternativa a cada grupo familiar<sup>51</sup>.

La AP de Málaga, en su sentencia de 1 de septiembre de 2005<sup>52</sup> decidió atribuir el uso de la vivienda familiar a la madre, a quien se había otorgado la custodia de la hija, atribuyendo la del otro hijo al padre. En este supuesto la hija (cuya custodia ostentaba la madre) era mayor de edad y cursaba estudios universitarios fuera de la ciudad. A pesar de ello, necesitaba un hogar al que volver durante los periodos vacacionales. Por otro lado, el esposo era propietario de una vivienda pequeña y co propietario de otra mayor (la que ocupaba con su hijo) y cumplía holgadamente las necesidades de los que en ella residían.

Este progenitor interpuso recurso de apelación alegando que su interés era el más necesitado de protección, sin embargo, la Audiencia consideró que disponiendo de tales propiedades y obteniendo un sueldo mayor que el de su ex cónyuge, su interés no era el más necesitado de protección. La Audiencia considera que privar a la madre de la vivienda familiar pondría a la hija en una situación de desamparo ya que la madre no puede permitirse otra vivienda y la hija necesita un hogar, aunque sea de forma periódica. Se está primando el interés de los hijos, que con esta situación pueden disponer de una vivienda digna que cumple con las necesidades de cada uno. En este caso se tiene en cuenta tanto la disponibilidad del esposo de otra vivienda, aparte de la familiar, como la imposibilidad de la esposa de adquirir una nueva vivienda por su limitada capacidad económica al obtener unos ingresos escasos.

El problema que surge en la práctica es si cabe o no una compensación económica a favor del cónyuge que tiene que abandonar la vivienda familiar y pagar un alquiler. Pongamos un ejemplo;

Un matrimonio tiene dos hijos y cada uno de ellos se queda con la guarda y custodia de uno de ellos. Uno de los cónyuges permanecerá en la vivienda familiar junto con el hijo que queda a su cuidado mientras que el otro cónyuge residirá con el otro hijo en una vivienda alquilada. En este supuesto... ¿El cónyuge que va a tener que pagar un alquiler puede pedir una compensación económica, contraprestación o contribución al cónyuge que va a permanecer en la vivienda familiar sin coste alguno?

En principio una compensación sin más por ese uso no sería posible pues, habiendo hijos menores de edad, el uso de la vivienda familiar se tiene que atribuir a los menores, ya sea por acuerdo de los progenitores ya sea por decisión judicial. En este caso, al haber dos hijos menores de edad y quedarse cada hijo con un progenitor, el juez decidirá la atribución del uso en base al interés familiar más necesitado de protección, y para ello valorará, entre otras circunstancias, la situación económica de cada progenitor, la situación personal, los estudios o gastos de cada hijo, las posibilidades y facilidad de

---

<sup>51</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I, “Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar” *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Nº 762, 2017, p.10.

<sup>52</sup> SAP de Málaga de 1 de Septiembre de 2005 (JUR 2005\228944).

acceder cada progenitor a una nueva vivienda, y la situación y apoyos de las familias extensas y nuevas parejas. Todo esto sin que esto pueda conllevar una compensación económica del progenitor favorecido por el uso a favor del otro. No sería aplicable el art. 96.1 CC sino el 96.2 CC, como ya hemos señalado anteriormente.

Lo que podría suceder es que el progenitor que deja la vivienda familiar y tiene que hacer frente a una nueva vivienda, ya sea en propiedad o alquiler, pueda pedir que el otro cónyuge contribuya a los gastos que genera el derecho de habitación del hijo que sale de la vivienda familiar, en concepto de pensión de alimentos. Para ello se valorará la situación económica de cada progenitor, los costes que supone la vivienda familiar al que sigue en la misma y los costes que le supone al otro progenitor acceder a una nueva vivienda, así como los gastos a los que debe hacer frente cada progenitor respecto del hijo que queda bajo su custodia.

Llegamos a esta conclusión tras la lectura de varias sentencias tales como la SAP de Madrid de 3 de marzo de 2010<sup>53</sup>, la SAP de Álava de 17 de junio de 2014<sup>54</sup> o la SAP de Asturias de 20 de mayo de 2014<sup>55</sup>.

### **3.3.3. Sin hijos o con hijos económicamente independientes**

La tercera opción que recoge el art.96 CC es que *“no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”*.

Ha de tenerse en cuenta que este apartado no se utiliza únicamente para parejas sin hijos sino que se utiliza también para familias con hijos que hayan accedido ya al mercado laboral y sean por ello independientes económicamente puesto que los hijos mayores de edad independientes económicamente no deben ser tenidos en cuenta en la atribución del uso de la vivienda familiar, pues no es necesaria su protección desde el momento en el que tienen suficiente capacidad económica para independizarse.

Para decidir cuál es el interés más necesitado de protección tenemos que atender a determinados factores: criterios económicos (existencia o no de ingresos propios), laborales (cercanía al trabajo de los cónyuges o del cónyuge que trabaje, cualificación profesional para acceder al mercado de trabajo del cónyuge que no trabaje...) y sociales (ubicación de familiares y amigos), entre otros.

Obviamente algunos criterios parecen a simple vista más importantes que otros, concretamente los económicos, que parecen más susceptibles de ser tenidos en cuenta por un Juez. En cualquier caso, no es sencillo decidir qué factores son más importantes que otros, pues dependiendo de la persona y de las preferencias de cada cual, los intereses más necesitados de protección pueden variar.

---

<sup>53</sup> SAP de Madrid de 3 de marzo de 2010 [Roj: SAP M 4252/2010]

<sup>54</sup> SAP de Álava de 17 de junio de 2014[Roj: SAP VI 286/2014]

<sup>55</sup> SAP de Asturias de 20 de mayo de 2014[Roj: SAP O 1424/2014]

Generalmente, si no hay hijos, se entiende que la vivienda es para el titular de la misma, salvo que el juez estime, atendidas las circunstancias, atribuirla al no titular por ser su interés el más necesitado de protección, aunque solo por el tiempo que prudencialmente se fije, pudiendo disponer el titular de la vivienda únicamente con el consentimiento del otro cónyuge o la autorización judicial.

En caso de que ambos esposos sean titulares de la vivienda familiar, la titularidad no podrá tomarse en consideración en orden a la atribución de su uso a uno de los cónyuges, y tendrá que atenderse a las circunstancias y, como ya hemos señalado, al interés más necesitado de protección, señalando un plazo prudencial a fin de no privar al no ocupante del ejercicio de la acción de división.

No obstante, volviendo a los factores a tener en cuenta a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar, hemos de señalar que las circunstancias económicas de los cónyuges no determinarán la atribución del uso cuando ninguno manifieste necesidad. La carencia de medios económicos de uno de los esposos no implica una atribución única a su favor, sino que el Tribunal tiene también en cuenta los derechos dominicales del otro cónyuge y la incidencia del derecho de uso en la liquidación de la sociedad de gananciales cuando se ejecuta la sentencia de separación o divorcio. Por ello, aunque no suele ser lo normal, se puede decidir una atribución alternativa de la vivienda, otorgando un plazo mayor al cónyuge que carece de ingresos económicos<sup>56</sup>.

Cuando la situación económica entre los cónyuges se encuentra más o menos igualada el estado de salud es un dato importante para determinar el interés más necesitado de protección. No sólo por los gastos que pueden conllevar la existencia de una enfermedad crónica sino también por las dificultades, frente a la otra parte, que puede tener en el traslado de residencia.

En este sentido, la sentencia de 21 de diciembre de 2016 del TS, entiende que *“serán las circunstancias de cada caso las que determinen que la decisión judicial haya de producirse en uno u otro sentido a efectos de establecer cuál de los cónyuges es titular del interés más necesitado de protección”*<sup>57</sup>. Al hacer tal afirmación el TS incide en el hecho de que no es posible establecer criterios fijos para determinar cuál de los cónyuges es el que se encuentra en una situación de mayor necesidad, sino que debe atenderse a las circunstancias concretas de cada caso para determinar el interés más necesitado de protección. En este caso en concreto, se estima que el interés más necesitado de protección es el del esposo, pues la mujer cuenta con otro lugar donde poder vivir.

Posteriormente, el TS volvió a pronunciarse a este respecto en su sentencia de 1 de marzo de 2017<sup>58</sup>. En este supuesto la sentencia objeto de recurso afirmaba que el interés más necesitado de protección era el del esposo, sin embargo, atribuía el uso de la

---

<sup>56</sup> Colección de Derecho de Familia. *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, pp.70-71.

<sup>57</sup> STS de 21 de diciembre de 2016 [Roj: STS 5666/2016]

<sup>58</sup> STS de 1 de marzo de 2017 [Roj: STS 705/2017]

vivienda familiar por períodos sucesivos y alternativos de un año a cada una de las partes. El TS entiende que si resulta probado que es el esposo quien se encuentra en situación de mayor necesidad (era jornalero agrícola y percibía una prestación por desempleo. Su esposa se había trasladado a vivir con su madre y percibía también prestación por desempleo) el uso de la vivienda debería ser atribuido en exclusiva al esposo.

En este caso el TS señaló algunos factores concretos que pueden tenerse en cuenta para determinar el interés más necesitado de protección. En este caso, aunque ambos estuvieran desempleados, el esposo se encontraba en una situación de mayor necesidad ya que la esposa había encontrado otro lugar donde vivir mientras él continuaba en la vivienda familiar. Por ello, la posibilidad de encontrar una residencia alternativa es un factor concluyente para aquellos casos en los que no se aprecie una desigualdad evidente en los ingresos de los litigantes.

Por tanto, podemos deducir que el TS considera que la determinación del interés más necesitado de protección sólo puede llevarse a cabo atendiendo a las circunstancias propias de cada caso. Como ya hemos señalado atiende, principalmente, a la capacidad económica de cada cónyuge y a la disponibilidad de viviendas de cada una de las partes.

### **3.4. Otros supuestos de atribución: Supuestos de violencia de género.**

La violencia de género es un escenario que ha adquirido una gran relevancia tanto jurídica como social y, por ello, en los últimos años los poderes públicos se han concienciado de la necesidad de proteger los derechos de las personas que sufren este tipo de violencia.

Razonablemente, se han promulgado varias leyes que protegen a las mujeres víctimas de violencia desde una perspectiva penal y civil, entre las que destacan la Ley 27/2003 reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica<sup>59</sup>, y la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género<sup>60</sup>, que cambia la denominación de violencia doméstica por violencia de género.

El art.2 de la Ley 27/2003 añadió un nuevo artículo a la LECrim, el artículo 544 ter, según el cual en la orden de protección para las víctimas de violencia de género pueden acordarse medidas civiles como la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar y, actualmente, esta medida será acordada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Por consiguiente, el artículo 544.7º ter LECrim permite que el juzgador pueda adoptar alguna de las medidas provisionales contempladas en los arts. 102 y 103 CC (relativas a la atribución del uso de la vivienda familiar, la fijación del régimen de custodia de los hijos, del régimen de visitas...), siempre que no hubieran sido previamente adoptadas por un órgano del orden jurisdiccional civil.

---

<sup>59</sup> Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica.

<sup>60</sup> LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Las medidas civiles que puede adoptar el juez de violencia sobre la mujer en la orden de protección son muy similares a las medidas provisionales que puede adoptar el juez de primera instancia cuando se encuentra ante una demanda de separación o divorcio.

Inciendo nuevamente en el art.96 CC, debemos de tener en cuenta que en los casos de violencia de género también pueden existir o no hijos. Esto supone que en este punto se pueden aplicar dos apartados del artículo 96 CC a la hora de justificar la asignación del uso de la vivienda familiar a la mujer víctima de violencia de género.

Atendiendo a los distintos pronunciamientos jurisprudenciales llegamos a la conclusión de que, en primer lugar, cuando no hay hijos matrimoniales y nos encontramos ante un supuesto de violencia de género, cabe aplicar el tercer apartado del art.96CC y, consiguientemente, atribuir el uso de la vivienda familiar a la víctima (independientemente de la titularidad del inmueble), si es la parte más necesitada de protección por la situación de especial vulnerabilidad de las mujeres víctimas de violencia de género.

Por otro lado, cuando sí hay hijos matrimoniales y no se ha llegado a un acuerdo entre los cónyuges sobre el uso de la vivienda familiar resulta aplicable el primer apartado del art.96 CC, por lo que se atribuye el uso de la vivienda a la mujer y a los hijos. Esto se debe a que la normativa reguladora de la protección contra la violencia de género se basa en el principio general de protección de las víctimas de violencia de género, es decir, la mujer y los hijos, y uno de los principios conforme a los cuales se atribuye el uso de la vivienda familiar es la protección de los hijos.

En definitiva, la doctrina considera que a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar el criterio es el mismo que en el caso de que no exista violencia de género, ya que en ambos casos el juez debe buscar tanto el interés de los menores como el interés más necesitado de protección que, en el supuesto de que exista violencia de género, siempre va a ser el de los menores y el del cónyuge víctima de violencia de género. Por todo ello, con carácter general, el uso de la vivienda familiar deberá atribuirse a la víctima de la violencia de género y a los hijos menores.

#### **4. GASTOS DERIVADOS DE LA ATRIBUCION DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR**

Una vez atribuido el uso de la vivienda familiar y ajuar doméstico a uno de los cónyuges, atendiendo a los intereses en juego, se plantea el problema de quien debe soportar los gastos ocasionados por el uso de la vivienda.

Resulta indispensable que en la resolución judicial se sienten las bases respecto de quien debe asumir el pago de determinadas partidas que se encuentran relacionadas con la ocupación y titularidad de la vivienda, extremo que, sin ninguna duda, evitará posteriores disputas entre las partes.

El TS en su sentencia de 28 de marzo de 2011 establece una diferenciación respecto a los gastos que pueden afectar a la vivienda familiar:

- a) Los relacionados con la conservación y mantenimiento del inmueble; y
- b) El pago de las cantidades vinculadas a la propiedad de la vivienda, como el IBI o el seguro del hogar

En todo caso, siempre que no se llegue a un acuerdo entre las partes en el modo de efectuar estos pagos, es conveniente saber:

Que los gastos ocasionados como consecuencia de la propiedad del inmueble deben ser abonados en proporción a la cuota de propiedad poseída por cada cónyuge, exceptuando el supuesto de que la vivienda tenga carácter privativo pues, en este caso, estos gastos han de ser abonados por el propietario del inmueble, independientemente de que tenga el uso del mismo o haya sido privado de él<sup>61</sup>.

La STS mencionada anteriormente ha establecido la siguiente doctrina: *“El pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el art.1362.2 CC y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los arts.90 y 91 CC”*<sup>62</sup>.

Por lo que respecta a los gastos ordinarios de la comunidad de propietarios, cada vez hay menos controversia al respecto. Anteriormente se realizaba una estricta aplicación del art. 9 LPH, el cual atribuye a los propietarios la obligación de abonar las cuotas de la comunidad de propietarios y, en virtud de dicho precepto, se venía estableciendo por los Juzgados y Tribunales una atribución al 50% de los gastos de la comunidad ordinaria (línea seguida incluso por el propio TS).

Sin embargo, cada vez se aplica con menor frecuencia esta interpretación, abriéndose paso de forma mayoritaria aquella en la que se establece que el usuario es quien debe abonar la comunidad ordinaria puesto que es dicho usuario quien se beneficia de los servicios prestados por la comunidad de vecinos (alumbrado, jardín, piscina...) La STS de 25 de septiembre de 2014 es muy clara a este respecto. Dicha sentencia recoge lo siguiente:

*“(...) En este mismo sentido, el artículo 20 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 permite, que aun cuando la obligación de pago de los gastos de comunidad corresponde al propietario, éste pueda pactar con el arrendatario que se haga cargo de la misma. Por otra parte los artículos 500 y 528 C. Civil establecen que el titular del derecho de uso o habitación será el responsable de costear los gastos ordinarios de conservación. Es decir, la solución adoptada en la sentencia recurrida no*

---

<sup>61</sup> SERRANO FERNANDEZ, C.; ROCA TRÍAS, E. (coordinadora) “Atribución del uso...”, op. cit.,p. 295

<sup>62</sup> STS de 28 de marzo de 2011 [Roj: STS 1659/2011]

*infringe norma alguna y se acomoda a las soluciones adoptadas por el legislador para supuestos análogos. En conclusión, como refiere la doctrina, si bien frente a terceros, esto es la Comunidad de Propietarios, no se puede alterar el que es el titular de la vivienda obligado al pago de los gastos a que se refiere el artículo 9 Ley de Propiedad Horizontal, en las relaciones internas entre los cónyuges, igual que en las relaciones internas entre inquilino y propietario, puede la sentencia matrimonial, en el primer caso, como el contrato de arrendamiento, en el segundo, alterar el responsable de su pago en las relaciones internas que surgen entre los titulares del uso y de la propiedad”<sup>63</sup>.*

Por tanto, resulta evidente que es el usuario de la vivienda el que tendrá que hacer frente a los gastos de comunidad. Ahora bien, de dichos gastos se debe deducir la parte proporcional de los hijos menores, debiendo incluirse esta dentro la pensión alimenticia.

Prácticamente lo mismo se puede decir respecto de las tasas de basura pues, aunque se trate de un tributo que afecta a la propiedad, sería un abuso reclamar su abono a aquel que está desposeído del uso del inmueble pues al estar atribuido su uso a uno de los progenitores, debe ser este progenitor quien soporte su pago al resultar evidente que el servicio que genera la tasa beneficia de modo exclusivo al ocupante de la vivienda y no al propietario.

Respecto de esta cuestión, del art. 23 de la Ley 39/1988 de 28 de diciembre de Haciendas Locales, cabe deducir que la Ley considera sujeto pasivo o contribuyente al ocupante de la vivienda aunque, por razones prácticas de facilidad recaudatoria, atribuya la condición de sustituto del contribuyente al propietario del inmueble, pero otorgándole el derecho a repercutir su importe al respectivo beneficiario del servicio, que en el caso de viviendas atribuidas en uso en los procesos matrimoniales no es otro que el cónyuge o progenitor usuario del inmueble.

En resumen, todos los gastos derivados del uso deberán ser afrontados por el usuario, pero todos los gastos que afecten a la propiedad tales como derramas extraordinarias o IBI deberán ser afrontados por los copropietarios en proporción a sus cuotas respectivas. (Si estamos ante un régimen de gananciales sin distinción de cuotas será al 50 por ciento).

Finalmente, en lo que respecta al seguro de la vivienda, debemos hacer una doble distinción. Si el seguro deriva de la hipoteca este se encuentra indisolublemente unido a la propiedad, por lo que deberá ser afrontado por ambos, sin embargo, si se trata de un seguro voluntario, deberá ser afrontado por el cónyuge o por el copropietario que esté interesado en su mantenimiento.

---

<sup>63</sup> STS de 25 de septiembre de 2014 [Roj: STS 3819/2014]



## 5. LIMITACIÓN TEMPORAL DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

En todo caso, la duración de la medida que analizamos se caracteriza por su provisionalidad y temporalidad. Este carácter temporal es predicable tanto de los supuestos contemplados en los dos primeros párrafos del art.96 CC, pues su duración depende del momento en que el menor de los hijos menores alcance la mayoría de edad ya que tal atribución vino determinada, única y exclusivamente, por razón de esa minoría de edad, como de los casos a que se refiere el párrafo tercero, respecto de los que se impone al juzgador el deber de fijar prudencialmente un límite temporal.

En los primeros casos, en principio, la atribución del uso suele hacerse en consideración a la presencia de hijos menores en el matrimonio, cuya guarda y custodia se otorga a uno de los progenitores que, por este motivo, se beneficia también de este uso (art.96.1 CC). Parece pues que existe una concepción legislativa de la vivienda familiar como patrimonio al servicio de la familia, el cual perdura hasta tanto se alcance la independencia económica de los hijos matrimoniales que habitan la vivienda familiar junto con el cónyuge custodio.

Como ocurre en el caso de matrimonios sin hijos menores lo más habitual es que la resolución no establezca expresamente un límite temporal en la atribución del uso, entendiéndose así que, si la atribución es efectuada por existir hijos menores en el matrimonio cuya custodia se encomienda a uno de los progenitores, la atribución continuará temporalmente en tanto persistan dichas circunstancias (minoría de edad o falta de independencia económica de los hijos). Así se otorga carácter preeminente a la minoría de edad de los hijos del matrimonio para atribuir el uso de la vivienda conyugal al cónyuge en cuya compañía queden, hasta la mayoría de edad de aquellos basando en dicha circunstancia el carácter provisional y temporal del derecho de uso, sin perjuicio de la posibilidad de intentar la extinción del uso de producirse una modificación sustancial por otras circunstancias<sup>64</sup>.

En conclusión, el elemento clave debe ser el de la dependencia económica: si existe dependencia económica respecto de los padres, todos los hijos, independientemente de si son menores o mayores de edad, estarán protegidos por el art.96.1 CC.

La sentencia de 19 de junio de 2014 de la AP de Almería muestra un ejemplo de limitación temporal atendiendo a la dependencia económica del hijo. En este caso la vivienda familiar había sido atribuida a la esposa y al hijo, menor de edad entonces, y mayor de edad pero dependiente económicamente en este momento. El hijo había trabajado cuatro meses en verano para poder matricularse en Bachillerato, pues necesitaba el título para poder presentarse a unas oposiciones. Decide la Audiencia que *“procede limitar temporalmente la atribución hasta que el hijo conviviente alcance independencia económica con posibilidad de acceso al mercado laboral una vez que*

---

<sup>64</sup> PINTO ANDRADE, C, *“La atribución...”*, op.cit., pp.80-81.

*haya completado su formación y, en todo caso, transcurridos tres años desde la fecha, se extinguirá ese uso atribuido a la madre y al hijo”<sup>65</sup>.*

En el último caso, contemplado en el tercer párrafo del art.96 CC, aun cuando concurre un criterio de libertad en la atribución del uso de la vivienda, esta viene condicionada y sujeta a la fijación de un plazo determinado de duración cuando señala que será “por el tiempo que prudencialmente se fije”. No habiendo hijos dependientes económicamente de los padres es inviable un derecho de continuidad. Este apartado señala como criterio para fijar la atribución de la vivienda familiar cuando no existen hijos menores de edad, cuando las circunstancias lo hicieran aconsejable, atender al interés más necesitado de protección, aunque sea el del cónyuge no titular.

Así las cosas, para que se produzca el sacrificio del derecho de propiedad deben cumplirse cumulativamente tres presupuestos:

- Que el interés del cónyuge no titular sea el más necesitado de protección;
- Que, además, las circunstancias aconsejen la atribución a dicho cónyuge no titular; y
- Que, dándose los dos presupuestos anteriores, el juez decida atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular.

A diferencia del caso anterior, aquí la atribución se hace al cónyuge no titular no por razón de quedar los hijos bajo su custodia, sino en consideración a sus propias necesidades, que se consideran más merecedoras de protección que las del cónyuge titular. Sin embargo, cabe intuir que en este caso la temporalidad de la atribución del uso de la vivienda ha de ser menor, pues con ella se trata simplemente de contribuir a subvenir una situación de necesidad que puede superarse con el tiempo; y no de garantizar una vivienda a los hijos hasta el momento en que alcancen la independencia económica<sup>66</sup>.

En caso de que se limite la facultad de uso de forma inicial en la sentencia que decida sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, pueden darse dos posibilidades:

- a) que se fije un límite del derecho de uso sobre la vivienda de carácter ganancial hasta el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales. (Generalmente, cuando la vivienda tiene carácter ganancial, es frecuente limitar el derecho de uso hasta el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales)

Esta decisión es adoptada frecuentemente por la jurisprudencia. Por ejemplo, la AP de Madrid en su sentencia de 28 de noviembre de 2012 resuelve que, al tratarse de un matrimonio sin descendencia y debido al carácter ganancial de la vivienda familiar, “*es ajustado a Derecho establecer un uso de la vivienda alternativo, sucesivo y por separado hasta la liquidación de su sociedad legal de gananciales, como modo de*

---

<sup>65</sup> SAP de Almería de 19 de junio de 2014 [Roj: SAP AL 403/2014]

<sup>66</sup> CHAPARRO MATAMOROS, P, “Derecho de uso...”, *op.cit.* pp.180-183

*fomentar la liquidación de su patrimonio común [...] y ello conforme la doctrina emanada del artículo 96, párrafo 3, del Código Civil, aplicable por extensión al presente supuesto fáctico”.*<sup>67</sup>

- b) que se establezca un plazo de tiempo determinado durante el cual el cónyuge beneficiario del derecho deberá intentar superar la situación de necesidad y abandonar la que fuera la vivienda familiar. En este caso se establece un límite temporal determinado por entender el tribunal que el interés de este cónyuge no necesitará protección a partir de este momento, pues ha tenido el tiempo necesario para poder mejorar su situación y adquirir así una vivienda o arrendarla.

La decisión de limitar temporalmente la atribución del derecho de uso mediante la fijación de un plazo determinado se realiza tanto en los casos en los que la vivienda es privativa del cónyuge no titular del derecho de uso como en los casos en los que la vivienda es de carácter ganancial, pues se está atendiendo al interés más necesitado de protección, que en nada depende de la titularidad de la vivienda, de ahí que a menudo sea cuestionable la limitación del uso de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.

La sentencia de la AP de Islas Baleares de 20 de junio de 2006 otorga el uso de la vivienda, titularidad del esposo, durante el plazo de ocho meses a la mujer, por considerar su interés el más necesitado de protección. Dice la sentencia que *“el plazo del uso debe necesariamente ser fijado al pertenecer la vivienda al esposo, lo que impide que lo sea indefinidamente como pretende la recurrente sin combatir la insuficiencia del mismo”*.<sup>68</sup>

La sentencia de la AP de Cuenca, de 6 de abril de 2005, refleja esta posible atribución del uso de la vivienda con limitación temporal inicial. Señala así que *“cuando la vivienda tenga naturaleza ganancial no será preceptivo establecer un plazo a ese derecho de uso, aunque ninguna razón existe tampoco para impedirlo. Si es lógico que, después de un tiempo prudencial, el titular exclusivo de la vivienda recupere el derecho de uso sobre la misma, también puede serlo que, transcurrido un plazo, el uso de la vivienda deje de corresponder en exclusiva a uno solo de los cónyuges”*<sup>69</sup>.

En este caso el interés más necesitado de protección es el de la esposa, que se encuentra desempleada, cobrando tan solo una prestación por desempleo y, atendiendo a su edad, capacidad y aptitud para acceder a un empleo considera oportuno acordar un periodo de duración concreto del derecho, que se marca en dos años. La Audiencia está teniendo en cuenta las circunstancias concretas del cónyuge con el interés más

---

<sup>67</sup> SAP de Madrid de 28 de noviembre de 2012 (JUR 2013/34927)

<sup>68</sup> SAP de Islas Baleares de 20 de junio de 2006 [Roj: SAP IB 1350/2006]

<sup>69</sup> SAP de Cuenca de 6 de abril de 2005 [Roj: SAP CU 121/2005]

necesitado de protección para establecer un plazo en el que presumiblemente desaparecerá esta situación de especial necesidad. Cumplido este plazo, la esposa tendrá que abandonar la vivienda pues se entiende que su interés ya no es el más necesitado de protección al haber tenido dos años para encontrar un empleo, algo que está perfectamente dentro de sus capacidades.

En cualquier caso, será el juez quien deberá ponderar todas las circunstancias en juego a fin de establecer este plazo de uso.

Como ya hemos señalado, nos encontramos ante una medida provisional y temporal, pues se entiende que el cónyuge no beneficiario del derecho de uso de la vivienda familiar debe poder disponer en algún momento de la misma, ya sea como propietario o como copropietario. Sin embargo, aunque en escasas ocasiones, los tribunales han decidido atribuir el uso de la vivienda familiar sin fijar un límite de duración.

La atribución indefinida puede otorgarse sólo en casos muy excepcionales en los que se vaticine que el cónyuge beneficiario del derecho de uso no va a poder superar su situación de necesidad ni, por tanto, acceder a otra vivienda. De este modo, si el cónyuge a quien se atribuye el derecho de uso se encuentra en unas condiciones que predigan el mantenimiento de la situación de necesidad de manera persistente, sí deberá atribuírsele el derecho de uso de manera indefinida. A la hora de otorgar de manera indefinida el uso de la vivienda familiar se tienen en cuenta esencialmente la edad, el estado físico y la carencia de patrimonio.

Así, la AP de Barcelona en su sentencia de 2 de noviembre de 2009, concede el derecho de uso a la esposa de manera indefinida, pues revela una mayor necesidad. En este caso, se ha constatado que la esposa padecía una sintomatología ansioso depresiva, encontrándose bajo tratamiento, que determinó su declaración de incapacidad permanente absoluta, con la percepción de una reducida prestación (639,20 euros)

Considera la Audiencia que esta no va a poder superar su situación de necesidad pues *“la declaración de invalidez permanente, en grado de absoluta, es incompatible con la realización de cualquier trabajo retribuido, no constando acreditado que perciba haberes económicos derivados de la actividad profesional de cantante de la demandada, la cual había desarrollado en tiempo actividad a su estado de incapacidad”*, señalando además que *“la misma carece de patrimonio inmobiliario que pueda cubrir su necesidad de vivienda”*.

Por lo que respecta al demandado, este se encontraba en mejor situación económica, sus ingresos ascendían a 1.200 euros mensuales y, en esos momentos, vivía en el domicilio de sus padres teniendo por tanto cubierta su necesidad de vivienda.

En definitiva, la AP entiende que *“procede mantener el pronunciamiento de la sentencia apelada, relativo a la atribución a la demandada del uso del domicilio familiar y del ajuar doméstico, no obstante la propiedad del inmueble en favor de su consorte, mientras dura la necesidad de aquélla, al no apreciarse circunstancias*

*objetivas determinadoras de la certeza de que en un tiempo más o menos perentorio cesará la situación de necesidad. Por ello procede su concesión en forma indefinida, es decir sin plazo determinado, sin perjuicio de poder instarse la modificación de tal pronunciamiento en el supuesto de desaparecer la situación de necesidad”<sup>70</sup>.*

## **6. MODIFICACION DE LA ATRIBUCION Y EXTINCION DEL DERECHO DE USO. ESPECIAL REFERENCIA A LA CONVIVENCIA DEL PROGENITOR CUSTODIO CON UN TERCERO EN LA VIVIENDA FAMILIAR.**

Un supuesto que generaba grandes conflictos era el que se planteaba cuando la atribución de la vivienda familiar recaía de manera exclusiva en uno de los cónyuges, independientemente de que fuera o no cotitular de la vivienda, ya fuera por haberse quedado con la guarda y custodia de los hijos menores de edad del matrimonio o por ser el cónyuge que ostentaba un interés más necesitado de protección, y dicho cónyuge iniciaba una convivencia marital con una tercera persona, llegando a convivir en el domicilio familiar este “tercero” e incluso los hijos de esta nueva pareja, fueran comunes o no.

Esta atribución generaba, en ocasiones, situaciones injustas y abusivas para el otro cónyuge, que debía seguir abonando la deuda hipotecaria que pesaba sobre la vivienda familiar en la que habitaba un “tercero”.

En estos casos lo que se planteaba es si la introducción de terceras personas ajenas al núcleo familiar original transformaba el carácter familiar de la vivienda, y si originaba la extinción del uso y disfrute de la misma.

Hasta el año 2018 el Tribunal Supremo no se había pronunciado a este respecto y las soluciones que las Audiencias Provinciales ofrecían eran dispares pues entendían en numerosas ocasiones que la extinción del uso de la vivienda vulneraba el interés superior del menor por lo que se limitaba la posibilidad de poner fin al uso y disfrute en exclusiva ya que mientras continuaran los hijos del matrimonio en el domicilio no era posible extinguir dicho uso y disfrute, lo que impedía que el otro cónyuge pudiera ejercitar sus derechos sobre la vivienda, ya fuera titular con carácter privativo o ya fuera la propiedad compartida, pues transformaba el carácter temporal de la atribución del uso y disfrute en casi indefinido.

A continuación, a título meramente ejemplificativo, referenciamos dos pronunciamientos de la jurisprudencia menor anteriores a la STS de 20 de noviembre de 2018.

---

<sup>70</sup> SAP de Barcelona de 2 de noviembre de 2009 [Roj: SAP B 12186/2009]

En primer lugar, la sentencia de la AP de Almería de 19 de marzo de 2007<sup>71</sup>. En el procedimiento de divorcio el demandante interesó la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar a la ex esposa y al hijo común establecida en la sentencia de separación puesto que la demandada convivía con una tercera persona. El juzgado de instancia desestimó la petición, formulando así el demandante recurso de apelación.

La sentencia considera que la convivencia marital en dicho domicilio con una tercera persona supone una alteración esencial de las circunstancias, puesto que resulta inadmisibile que se beneficie una tercera persona de la adjudicación del uso de la vivienda, siendo oportuno que, si el cónyuge a quien se adjudicó el uso tiene intención de formar una nueva familia se proceda, previamente, a liquidar la sociedad de gananciales ya que en este caso la titularidad de la vivienda familiar era compartida por ambos cónyuges. Esto lleva a la estimación del recurso y la extinción de la atribución del uso de la vivienda ganancial a favor de la esposa e hijo, pudiendo las partes proceder a la venta de la misma o a su adjudicación a uno de ellos.

En otro caso, durante un procedimiento de modificación de medidas definitivas recaídas en un procedimiento matrimonial, el demandante interesó la supresión del uso y disfrute en exclusiva del domicilio familiar a la demandada como consecuencia de la convivencia de una tercera persona, su nueva pareja, en la misma. El juzgado de instancia desestimó dicha pretensión y el demandante formuló recurso de apelación.

La AP de Murcia<sup>72</sup> entendió que el hecho de que conviva una tercera persona en el domicilio que fue familiar con la demandada y sus hijos es ajeno a las relaciones familiares, puesto que dichos hijos son todavía menores de edad y dependientes, por lo que la atribución del uso de la vivienda familiar viene impuesta legalmente. Esto había sido pactado expresamente por las partes en convenio regulador, por lo que se entiende que no existe una alteración sustancial de las circunstancias que justifique la modificación pretendida. Si no hubieran existido hijos menores la convivencia con una tercera persona si justificaría la supresión del uso y disfrute de la vivienda familiar a la demandada.

Como ya hemos señalado anteriormente, el TS no se había pronunciado sobre la materia que nos ocupa hasta la sentencia del 20 de noviembre de 2018<sup>73</sup>, ofreciendo la jurisprudencia menor pronunciamientos, como hemos visto, con soluciones dispares<sup>74</sup>.

Esta sentencia de la Sala Primera del TS, de 20 de noviembre de 2018, la cual resulta muy novedosa, trae causa de los siguientes antecedentes:

El ex marido interpuso demanda de modificación de medidas contra la ex esposa, quien ostentaba la guarda y custodia exclusiva de los hijos menores, suplicando al

---

<sup>71</sup> SAP de 19 de marzo de 2007 [Roj: SAP AL 2/2007]

<sup>72</sup> SAP de Murcia de 9 de diciembre de 2009 [Roj: SAP MU 2401/2009]

<sup>73</sup> STS de 20 de noviembre de 2018 [Roj: STS 3882/2018]

<sup>74</sup> MENDEZ TOJO, R., "Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges por convivencia con tercera persona: la novedosa STS 641/2018, de 20 de noviembre" *Diario la Ley*, N°1331, 2019, pp.5-9.

Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Valladolid-que se acordara la modificación de las medidas aprobadas en los autos de divorcio contencioso, declarándose la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar a favor de la madre con los hijos, pudiendo las partes proceder a la venta del mismo o a su adjudicación a uno de ellos con el consiguiente abono al otro del importe correspondiente, y alternativamente y si no se estimase la pretensión principal, se acordara modificar la pensión de alimentos que satisface a sus hijos reduciéndola a ciento veinticinco euros (mensuales) para cada uno de ellos.

El Juzgado de Primera instancia de Valladolid estima parcialmente la demanda; mantiene la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar en la forma estipulada en la sentencia de divorcio que, como ya hemos señalado, correspondió a la madre al otorgarle la guarda y custodia de los menores, y se acuerda modificar el importe de la pensión alimenticia que el padre abona a sus hijos, reduciéndose de 500 euros mensuales a 400 euros mensuales, es decir, doscientos euros mensuales por cada hijo.

Contra la sentencia de primera instancia se interpuso recurso de apelación por la parte actora (el progenitor no custodio), dictando con fecha de 15 de enero de 2018 la AP de Valladolid sentencia del siguiente tenor: *“que estimando en parte el recurso de apelación, debemos revocar y revocamos la resolución de primera instancia en los particulares siguientes: declaramos que el derecho de uso de la vivienda atribuido en su día a la esposa e hijos quedará extinguido en el momento en que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales; así como dejamos sin efecto el pronunciamiento que reduce la pensión alimenticia de los hijos a la suma de 200 euros mensuales por cada hijo”*<sup>75</sup>;

El Ministerio Fiscal formuló recurso de casación contra esta sentencia apoyándose únicamente en la infracción del art. 96.1 CC por vulneración del prioritario principio del interés del menor; tanto la parte actora como la demandada presentaron escritos de impugnación a dicho recurso.

La sentencia recurrida en casación declaró extinguido el derecho de uso de la vivienda en el momento en el que se produjese la liquidación de la sociedad de gananciales. Esto se argumentó sobre la base de que la vivienda litigiosa, antes del hecho de la entrada en la vida de la esposa de su nueva pareja, podía seguirse considerando vivienda familiar pues servía a un determinado grupo familiar, aunque estuviera desmembrado tras la crisis matrimonial; sin embargo, no es menos cierto que con la entrada de una tercera persona en el ámbito sentimental de la esposa y materialmente en la que fue la vivienda familiar, resulta factible concluir que dicha vivienda pierde su antigua naturaleza de familiar, en tanto que ahora sirve a una familia distinta y diferente.

En el presente caso desaparece el carácter de vivienda familiar por el “cambio” que supone la entrada de una “tercera” que convive con la progenitora en el que era el

---

<sup>75</sup> SAP de Valladolid de 15 de enero de 2018 [Roj: SAP VA 97/2018]

domicilio familiar. La vivienda, por efecto de esta nueva situación de convivencia con una nueva pareja, ha perdido su antigua naturaleza de vivienda familiar, pues esta vivienda servirá ahora, como ya hemos dicho, a una familia “diferente”.

El TS ratificó los argumentos y pronunciamientos de la sentencia de segunda instancia, desestimando el recurso de casación. Ello es así porque la introducción de un tercero en la vivienda en manifiesta relación de pareja con la progenitora que se benefició del uso por habersele asignado la custodia de los hijos cambia el estatus del domicilio familiar. No se niega que al amparo del derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad se puedan establecer nuevas relaciones de pareja con quien se estime conveniente, sino que lo que se cuestiona es que esta libertad se utilice en perjuicio de otros, en este caso del progenitor no custodio.

Y es que una nueva relación de pareja, tras la ruptura del matrimonio, tiene evidente influencia en la pensión compensatoria, en el derecho a permanecer en la casa familiar e, incluso, en el interés de los hijos, pues se introducen elementos distintos de valoración de aquéllos que fueron tenidos en cuenta inicialmente y que, en relación a lo que aquí se cuestiona, se deberán tener presentes, sin perder de vista el interés de los hijos, que es el que sirvió de título de atribución del uso al amparo del art. 96 CC.

En aras de lo anterior, nuestro Tribunal Supremo ha concluido que la sentencia recurrida, que declaró que el derecho de uso de la vivienda atribuido en su día a la esposa e hijos quedara en extinción, dada la nueva relación de convivencia en pareja de la ex esposa, en el momento de proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales, no vulnera el interés del menor ni contradice la jurisprudencia de la Sala Primera sobre el art. 96 CC.

Y es que superando clásicas inercias judiciales que poco tienen que ver con la realidad social y económica del tiempo actual, ya era hora, como así se deduce del tenor literal de la sentencia que nos ocupa, que siempre que sea posible el interés de los hijos (por no decir el del progenitor custodio) se concilie con el del progenitor no custodio pues, en numerosas ocasiones, se han ocasionado importantes desequilibrios al progenitor no custodio por parte del progenitor custodio amparándose en el interés de los menores<sup>76</sup>.

Recientemente, el TS ha vuelto a pronunciarse sobre esta cuestión en su sentencia de 29 de octubre de 2019<sup>77</sup>. El recurso interpuesto ante el TS trae como causa los siguientes antecedentes:

El ex marido interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Oviedo demanda de modificación de medidas, alegando la existencia de una modificación sustancial de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta a la hora de adoptarse las medidas relativas al uso de la vivienda familiar y el importe de la pensión alimenticia

---

<sup>76</sup> VALLESPIN PEREZ, D., "El derecho a rehacer la vida propia, tras el divorcio, y su repercusión en el uso de la vivienda familiar", *Diario la Ley*, N° 3524, 2019, p.p.4-6.

<sup>77</sup> STS de 29 de Octubre de 2019 [Roj: STS 3489/2019]



(no abordaremos el cambio de las circunstancias relativas a la pensión de alimentos por no tratarse del tema que nos ocupa). Concretamente se alega que la demandada convive con su nueva pareja en el domicilio familiar, razón por la que se solicita la extinción de dicho uso.

Consideró el juzgador que *“la circunstancia alegada de la convivencia de la progenitora custodia con su nueva pareja en el domicilio familiar -que ha quedado acreditado- nunca podría servir de base para extinguir el derecho de uso atribuido por sentencia de divorcio a la esposa e hija, pues conforme al art. 96 CC, el uso se atribuye al progenitor que ostente la custodia del menor, considera por tanto que dicha convivencia a la que no se une un cambio de situación económica de ninguno de los cónyuges, no fundamenta una extinción del derecho del uso, conforme a los arts. 90, 91 y 96 CC”*.

Dicha sentencia fue objeto de recurso por el ex marido, estableciendo la sentencia de segunda instancia que *“esa asignación se hace en beneficio de la menor, art. 96.1 CC, como forma de contribución a su alimentación, cubriendo su necesidad esencial, básica de la vida -su habitación- que además acostumbra a suponer un importante esfuerzo económico. De hecho ambos litigantes contribuyen al pago de este gasto -vivienda gravada con hipoteca que ambos abonan al 50%- siendo además que en el convenio anteriormente referido los cónyuges de mutuo acuerdo liquidan la sociedad de gananciales y se atribuyen la titularidad dominical del inmueble por mitad”*

Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por el demandante, apelante, denunciando la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, concretamente a la emanada de su sentencia del pleno 641/2018, de 20 de noviembre.

La sentencia de la AP de Oviedo, a pesar de declarar probada la convivencia en el domicilio familiar de la pareja sentimental de la madre custodia, sigue considerando la vivienda como domicilio familiar por lo que el ex esposo interesa a través del recurso que se declare extinguido el derecho de uso de la vivienda, atribuido a la ex esposa y la hija menor, que en su día constituyó la vivienda familiar. Si bien es cierto que la sentencia recurrida no declaró la extinción del uso de la vivienda familiar sí redujo el importe de la pensión de alimentos de la hija teniendo en cuenta, entre otras, esta circunstancia.

El Ministerio Fiscal también instó la estimación del recurso, alegando que ha de atenderse a la doctrina de la Sala Primera del TS, solicitando que se dictara sentencia en la que se resuelva suprimir el uso de la vivienda familiar a la progenitora demandada y a su hija menor, fijando la Sala la pensión de alimentos a cargo del progenitor no custodio y en beneficio de la menor en la cantidad que considere apropiada.

En aplicación de la doctrina emanada por la sentencia del pleno 641/2018, de 20 de noviembre, se estima el recurso de casación en aplicación del art.96.1 CC. El TS resuelve que la convivencia con una nueva pareja sentimental en el domicilio familiar

transforma la naturaleza de la vivienda perdiendo el carácter de familiar, pues aunque la menor habita en la misma se forma una nueva pareja entre la progenitora y un tercero, que se beneficia de una vivienda de la que es también propietario el progenitor no custodio, que sigue abonando la mitad del préstamo hipotecario.

La vivienda que fue familiar ha perdido tal carácter, por lo que se extingue la atribución del uso a la menor y su progenitora custodia, quienes deberán abandonar la misma transcurrido un año. Aunque la atribución del uso de la vivienda fue acordada en el convenio regulador, el tercer apartado del art.90 CC prevé la posibilidad de modificar las medidas convenidas si, como ocurre en este caso, se alteran sustancialmente las circunstancias.

Sin embargo, al no disponer ahora de dicha vivienda, en aplicación del art. 93 CC, y por expresa petición del Ministerio Fiscal, debe fijarse una nueva pensión de alimentos para la hija, pues hay que tener en cuenta la necesidad de proveer a la menor una nueva vivienda.

Podemos ver como el Tribunal Supremo persiste en su doctrina de declarar la extinción del uso de la vivienda familiar por convivir con una nueva pareja sentimental en el domicilio familiar.

## **7. APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ART.96 CC A LOS SUPUESTOS DE RUPTURA DE UNIONES DE HECHO.**

El ordenamiento jurídico español en materia de Derecho de familia otorga especial importancia, como es de suponer, al matrimonio, en cuanto elemento en torno al cual históricamente han tenido lugar las relaciones familiares.

El art. 39.1 CE dispone que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Efectivamente, el precepto habla únicamente de “familia”, por lo que la protección que el precepto otorga a la familia no debe identificarse, necesariamente, con la que tiene origen en el matrimonio, el cual se encuentra ya regulado en un precepto específico, el art. 32 CE, y en capítulo diverso, por lo que tienen cabida en dicho concepto todas aquellas manifestaciones familiares (o, si se prefiere, afectivas) a las que estamos asistiendo en nuestros días.

Esta es la posición mantenida por la jurisprudencia constitucional desde tiempos tempranos, según la cual “el concepto constitucional de familia (no) se reduce a la matrimonial”. Por ello, dentro de la noción de familia contemplada en el art. 39.1 CE hay que situar las uniones no matrimoniales que tienen su origen en una decisión libre de los convivientes (que realizan, así, una determinada opción vital en el ejercicio de la libertad nupcial negativa) y en las que concurren las notas de unidad, estabilidad y afectividad.

Por tanto, no cabe duda de que las uniones de hecho, ya se encuentren, o no se encuentren, registradas, forman parte del concepto constitucional de familia. Cuestión distinta es que las uniones de hecho merezcan la misma protección que las uniones matrimoniales, algo que veremos a continuación. Conforme a lo dicho, en línea de principio hay que partir, sin perjuicio de las matizaciones que puedan darse, de una idea clara: no resultan aplicables analógicamente a las uniones de hecho las normas propias del matrimonio.

En este sentido, la doctrina sentada por el Pleno del Tribunal Supremo, ha excluido la aplicación analógica de los arts. 96,97 y 98 CC - relativos a la atribución del uso de la vivienda familiar, la pensión compensatoria y al derecho del cónyuge de buena fe a obtener una indemnización cuando el matrimonio haya sido declarado nulo si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el art.97- en el ámbito de la convivencia *more uxorio* con el argumento de que el matrimonio y las uniones de hecho no son realidades equivalentes.

Establece así que *“es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio (...) aunque las dos estén dentro del derecho de familia”*; y añade: *“Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias”*. *“Por ello, debe huirse de la aplicación por ‘analogía iuris’ de normas propias del matrimonio, como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación analógica comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio”*<sup>78</sup>.

La jurisprudencia ha admitido sin reparos la aplicación analógica del art. 96.1 CC puesto que por imperativo constitucional la posición de los hijos menores de edad sí es la misma, con independencia de su filiación (art.14 CE), razón por la que no pueden recibir un tratamiento distinto, de manera que procederá la atribución, sin limitación temporal, del uso de la vivienda familiar al progenitor conviviente (no casado) al que se atribuya la guarda y custodia del menor, o al conviviente con el que viva el hijo mayor de edad pero económicamente dependiente, hasta el momento en que cese la situación de dependencia económica<sup>79</sup>.

Sin embargo, tras ciertas vacilaciones iniciales, la jurisprudencia se ha decantado claramente en contra de la aplicación analógica del art. 96.3 CC a las uniones de hecho,

---

<sup>78</sup> STS de 12 septiembre 2005 [Roj: STS 5270/2005]

<sup>79</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R, “La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de Divorcio en el derecho español: la superación del derecho Positivo por la práctica jurisprudencial”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 3 bis, 2015, pp.31-35.

afirmando que, a falta de hijos menores de edad, no es posible atribuir, al conviviente más necesitado de protección el uso de la vivienda familiar y es que en el caso de que la pareja no estuviera casada no podría aplicarse este artículo pues, como dice la Profesora Ureña Carazo, en el caso de que no exista descendencia *“se entiende que la convivencia more uxorio por sí misma no se constituye en título jurídico suficiente que habilite a cualquiera de los convivientes para atribuirse de forma exclusiva el uso de la vivienda común donde han desarrollado su relación”*.<sup>80</sup>

En este caso, es decir, no existiendo hijos, o siendo económicamente independientes, el destino de la vivienda se regirá por los siguientes criterios:

- En primer lugar, dada la autonomía de la voluntad que caracteriza a las uniones de hecho, por los pactos a que pudieran haber llegado los convivientes;
- En defecto de pactos y existiendo legislación autonómica, por las eventuales soluciones contempladas en la misma, siempre y cuando dicha legislación sea aplicable a la pareja de hecho; y
- Subsidiariamente, por las soluciones a las que llegue la jurisprudencia<sup>81</sup>.

## 8. CONCLUSIONES

En este trabajo se han analizado los distintos criterios tenidos en cuenta por los tribunales españoles a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar tras las crisis matrimoniales atendiendo a las diferentes circunstancias que concurren en cada familiar. Mediante este análisis podemos concluir que:

- I. La vivienda familiar, a pesar de ser objeto de un alto nivel de protección en el Código Civil, carece de cualquier tipo de definición en dicho cuerpo legal, por lo que podemos afirmar que estamos ante un concepto jurídico indeterminado. Para obtener una definición de tal concepto hemos de acudir a la jurisprudencia y a la doctrina. El análisis de las distintas definiciones aportadas tanto por el Tribunal Supremo como por la doctrina nos permite afirmar que la vivienda en un bien familiar y no patrimonial, donde se asienta la familiar con vocación de permanencia para la satisfacción de sus necesidades primarias, la protección de su intimidad y el cumplimiento de las obligaciones familiares, independientemente de quien sea su titular.
- II. La delimitación de los elementos que componen la vivienda familiar no es unánime. Algunas Audiencias entienden que los anexos, tales como garajes o

---

<sup>80</sup> UREÑA CARAZO, B. “Ruptura de la pareja de hecho y uso de la vivienda familiar: análisis de la jurisprudencia más reciente”, *Diario La Ley*, N°8614, 2015

<sup>81</sup> CHAPARRO MATAMOROS, P, “Derecho de uso....”, *op.cit.* pp.276-277.

trasteros, forman parte de la vivienda, sin embargo, otras excluyen los anexos del concepto o limitan su pertenencia a la vivienda familiar, dependiendo del uso que se les haya dado venido dando con anterioridad o la posibilidad de aprovechamiento independiente.

- III. Una vez producida la crisis matrimonial el origen de la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar puede tener su origen en un convenio regulador o en una resolución judicial. En los supuestos de separación o divorcio de mutuo acuerdo, los cónyuges presentarán un convenio regulador en el que se recogerá el acuerdo al que hayan llegado en cuanto a la atribución de uso de la vivienda familiar y, en estos casos, siempre que sea posible se intentará respetar la voluntad de los cónyuges. Ahora bien, en los casos en los que no exista acuerdo, es decir, en los supuestos contenciosos, es el juez quien ha de decidir la atribución de la vivienda, teniendo en cuenta los criterios fijados en el art.96 CC.
- IV. Existiendo hijos menores con régimen de guarda y custodia monoparental o exclusiva, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor en cuya compañía queden, en aplicación del primer apartado del art.96, pues se considera que así se estará protegiendo el interés del menor, que es el más necesitado de protección.
- V. Existiendo hijos menores con régimen de guarda y custodia compartida puede optarse, entre otras, por la atribución de la vivienda familiar a los hijos menores, siendo los progenitores los que se desplacen a la misma durante los períodos que les corresponda estar en compañía de los hijos.
- VI. Existiendo un régimen de guarda y custodia repartida, es decir, que algunos de los hijos queden en compañía de uno de los progenitores y los restantes en la del otro, será el Juez quien deba resolver lo que estima procedente. En este caso se atenderá a las circunstancias concretas de cada caso, teniendo en cuenta aspectos tales como la capacidad económica de los progenitores, los deseos de los menores y el entorno que pueda proporcionar cada progenitor a los menores.
- VII. En caso de que no existan hijos menores o que estos sean económicamente dependientes el criterio general para atribuir el uso de la vivienda familiar a uno u otro cónyuge reside en la determinación del interés más necesitado de protección, en virtud de lo establecido en el artículo 96.3CC. Las circunstancias que más tienen en cuenta los tribunales para determinar cuál es el interés más necesitado de protección son los ingresos, la capacidad económica de cada cónyuge y la posibilidad de disponer de otra vivienda. Cuando la capacidad económica de ambos cónyuges es similar un aspecto fundamental a tener en cuenta es el estado de salud.

- VIII. La convivencia con un “tercero” en la que fuera la vivienda familiar supone la extinción de la atribución del uso de la misma pues la vivienda pierde su antigua naturaleza de vivienda familiar, ya que ahora servirá a una familia “diferente”. No se puede utilizar el derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad en perjuicio de otros, en este caso, del progenitor no custodio.
- IX. La atribución del uso de la vivienda familiar puede ser limitada temporalmente para proteger el derecho de disposición del propietario de la misma. Así, superada la situación de necesidad que dio origen a la atribución de uso, la vivienda debe volver a la posesión de su titular para que éste pueda disponer de ella libremente.
- X. Dentro de la noción de familia contemplada en el art.39.1 CE podemos incluir, sin lugar a duda, a las uniones de hecho. La jurisprudencia aplica analógicamente el art.96.1 CC a las uniones de hecho pues se entiende que la posición de los hijos menores de edad es la misma exista o no vínculo matrimonial, sin embargo, la jurisprudencia se ha decantado en contra de la aplicación analógica del art. 96.3 CC a las uniones de hecho pues no es posible atribuir al conviviente más necesitado de protección el uso de la vivienda familiar.

## 9. BIBLIOGRAFIA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R, *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Bercal, Madrid, 2011.

BERROCAL LANZAROT, A.I, “Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar” *Revista crítica de derecho inmobiliario*, N° 762, 2017.

CERVILLA GARZÓN, M. D, “Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar”. *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, N°44, 2009

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

CHAPARRO MATAMOROS, P, “La atribución de uso de la vivienda familiar en supuestos especiales: atribución al hijo mayor de edad con discapacidad y atribución a otros parientes por razón de la custodia de los hijos menores”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, N°45, 2018.

COLECCIÓN DE DERECHO DE FAMILIA. *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R, “La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de Divorcio en el derecho español: la superación del derecho Positivo por la práctica jurisprudencial”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 3 bis, 2015.

ESCRIBANO TORTAJADA, P, “Guarda y custodia compartida y atribución de la vivienda familiar”; *Diario la Ley*, N°829, 2016, p.10.

HERNANDEZ IBAÑEZ, C, “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar. Una propuesta de lege ferenda” *Diario la Ley I*, N°4970, 2017.

LATHROP GÓMEZ, F, “Custodia compartida de los hijos”. *Diario La Ley*, 2008, p.276.

MARTIN MELÉNDEZ, M. T, *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales: artículo 1357, párrafo 2º, del Código Civil*, Civitas Ediciones, Madrid, 2002.

MENDEZ TOJO, R., “Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges por convivencia con tercera persona: la novedosa STS 641/2018, de 20 de noviembre” *Diario la Ley*, N°1331, 2019.

MORENO VELASCO, V.: «La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y EEUU», *Diario La Ley*, N° 7179, 2009.

PEREZ CONESA, C, “Concesión de la custodia de los menores a ambos progenitores conjuntamente y atribución de la vivienda familiar (STS de 6 de abril de 2016)” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N°6, 2016.

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

RIVERO HERNANDEZ, F, *Usufructo, uso y habitación*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) , 2016.

SAN SEGUNDO MANUEL, T, “Maltrato y separación: Repercusiones en los hijos”, *Custodia compartida y protección de menores*, Cuadernos de Derecho Judicial II, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de documentación judicial, 2009.

SEPIN (2014). El interés superior del menor: atribución del uso de la vivienda. *Familia y sucesiones*, (106), 55-126.

SERRANO FERNANDEZ, C.; ROCA TRÍAS, E. (coordinadora) “Atribución del uso de la vivienda familiar”, *Crisis Matrimoniales*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

UREÑA CARAZO, B. “Ruptura de la pareja de hecho y uso de la vivienda familiar: análisis de la jurisprudencia más reciente”, *Diario La Ley*, N°8614, 2015.

UREÑA CARAZO, B “Vivienda familiar y custodia compartida (a propósito de la STS núm.594/2014, de 24 de octubre)”, *Diario la Ley*, N°2726, 2015.

VALLESPIN PEREZ, D, ”El derecho a rehacer la vida propia, tras el divorcio, y su repercusión en el uso de la vivienda familiar”, *Diario la Ley*, N° 3524, 2019.



## **10. JURISPRUDENCIA**

### **Sentencias del Tribunal Supremo:**

STS de 31 de diciembre de 1994 [LA LEY 14270/1994]

STS de 16 de diciembre de 1996 [Roj: STS 7256/1996]

STS de 12 septiembre 2005 [Roj: STS 5270/2005]

STS de 28 de marzo de 2011 [Roj: STS 1659/2011]

STS de 14 de abril de 2011 [Roj: STS 2672/2011]

STS de 15 de marzo de 2013 [Roj: STS 1021/2013]

STS de 25 de septiembre de 2014 [Roj: STS 3819/2014]

STS de 6 de abril de 2016[Roj: STS 1424/2016]

STS de 26 de Octubre de 2016 [Roj: STS 4639/2016]

STS de 21 de diciembre de 2016 [Roj: STS 5666/2016]

STS de 19 de enero de 2017 [Roj: STS 113/2017]

STS de 1 de marzo de 2017 [Roj: STS 705/2017]

STS de 27 de Septiembre de 2017 [Roj: STS 3439/2017]

STS de 25 de Abril de 2018 [Roj: STS 1480/2018]

STS de 20 de noviembre de 2018 [Roj: STS 3882/2018]

STS de 29 de Octubre de 2019 [Roj: STS 3489/2019]

### **Sentencias de Audiencias Provinciales:**

SAP de Barcelona de 18 de septiembre de 1998 [Roj: SAP B 7843/1998]

SAP de Valencia de 25 de Abril de 2000 [Roj: SAP V 2738/2000]

SAP de Cádiz de 8 de febrero de 2005 [Roj: SAP CA 109/2005]

SAP de Cuenca de 6 de abril de 2005 [Roj: SAP CU 121/2005]

SAP de Málaga de 1 de Septiembre de 2005 (JUR 2005\228944).

SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 17 de noviembre de 2005 [Roj: SAP GC 3316/2005]

SAP de Islas Baleares de 20 de junio de 2006 [Roj: SAP IB 1350/2006]

SAP de Cuenca de 28 de Noviembre de 2006 [Roj: SAP CU 421/2006]  
SAP de 19 de marzo de 2007 [Roj: SAP AL 2/2007]  
SAP de Barcelona de 2 de noviembre de 2009 [Roj: SAP B 12186/2009]  
SAP de Murcia de 9 de diciembre de 2009 [Roj: SAP MU 2401/2009]  
SAP de Madrid de 3 de marzo de 2010 [Roj: SAP M 4252/2010]  
SAP de Sevilla de 14 de junio de 2011 [Roj: SAP SE 2260/2011]  
SAP de Toledo de 8 de Septiembre de 2011 [Roj: SAP TO 673/2011]  
SAP de Alicante de 3 de Abril de 2012 [Roj: SAP A 2637/2012]  
SAP de Madrid de 28 de noviembre de 2012 (JUR 2013/34927)  
SAP de Santa Cruz de Tenerife de 4 de diciembre de 2013 (LA LEY 251463/2013)  
SAP de Asturias de 20 de mayo de 2014[Roj: SAP O 1424/2014]  
SAP de Álava de 17 de junio de 2014[Roj: SAP VI 286/2014]  
SAP de Almería de 19 de junio de 2014 [Roj: SAP AL 403/2014]  
SAP de Toledo de 19 de Noviembre de 2014 [Roj: SAP TO 1106/2004]  
SAP de Bizkaia de 26 de febrero de 2015 [Roj: SAP BI 6/2015]  
SAP de León de 12 de mayo de 2016 [Roj: SAP LE 562/2006]  
SAP de Valladolid de 15 de enero de 2018 [Roj: SAP VA 97/2018]

**Sentencias y Autos de Juzgados de Primera Instancia:**

Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Gijón de 22 de junio de 2010 (LA LEY 109976/2010)

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla, de 8 de abril de 2011 (LA LEY 14602/2011)

## **11. LEGISLACION**

Ley sobre propiedad horizontal. «BOE» núm. 176, de 23 de julio de 1960.

Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Ley de Enjuiciamiento Criminal. «BOE» núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.

Ley Reguladora de las Haciendas Locales. «BOE» núm. 313, de 30 de diciembre de 1988.

Código Civil. «BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889.

Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica. «BOE» núm. 183, de 1 de agosto de 2003

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. «BOE» núm. 313, de 29/12/2004.