



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Privado

Derecho Civil

Curso 2021/2022

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

Estudiante: Laura Vicente Pacho

Tutora: María José Vaquero Pinto

Junio de 2022

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Privado

Derecho Civil

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

**THE ATTRIBUTION OF THE USE
OF THE FAMILY DWELLING IN
MARITAL CRISES**

Nombre del/la estudiante: Laura Vicente Pacho
e-mail del/a estudiante: lauravicpach@usal.es

Tutor/a: María José Vaquero Pinto

RESUMEN

La vivienda familiar es uno de los principales motivos de conflicto entre los cónyuges una vez se produce la crisis familiar, por ello, en el presente trabajo vamos a delimitar su definición con algunos requisitos que deben darse para considerarla como tal, junto con el estudio del derecho de uso que se atribuye a uno de los progenitores, ya sea mediante acuerdo o por resolución judicial. Así, analizaremos su naturaleza jurídica y las medidas que se prevén en la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código Civil sobre su adjudicación. Además, recientemente se ha aprobado una Ley que modifica el artículo 96 CC en el que se observa la intención del legislador de blindar la vivienda familiar y el interés más necesitado de especial protección, por lo que veremos los criterios a seguir en una realidad social cada vez más cambiante y con multitud de tipos de familias, el tratamiento que se da a los hijos con discapacidad y cuando hay ausencia de estos y, por último, se estudiarán las mejoras hechas con las reformas, pero también las ausencias más destacadas por doctrina y jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE: interés del menor, crisis matrimonial, derecho de uso, discapacidad, hijo mayor de edad, domicilio familiar

ABSTRACT

Family housing is one of the main reasons for conflict between spouses once the family crisis occurs, therefore, in this paper we are going to delimit its definition with some requirements that must be met to consider it as such, together with the study of the right of use that is attributed to one of the parents, either by agreement or by court order. Thus, we will analyse its legal nature and the measures provided for in the Civil Procedure Law and the Civil Code on its adjudication. In addition, a Law has recently been approved that modifies article 96 CC in which the legislator's intention to shield the family home and the interest most in need of special protection is observed, so we will see the criteria to be followed in a social reality every increasingly changing and with a multitude of types of families, the treatment given to children with disabilities and when they are absent and, finally, the improvements made with the reforms will be studied, but also the most notable and acclaimed absences by doctrine and jurisprudence.

KEYWORDS: interest of the minor, marital crisis, right of use, disability, son of legal age, family home

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. LA VIVIENDA FAMILIAR	8
2.1. Concepto de vivienda familiar	8
2.2. Delimitación de la vivienda familiar	10
2.2.1. El requisito de la habitabilidad	10
2.2.2. El requisito de la habitualidad	11
2.2.3. Extensión de la vivienda familiar	13
2.2.4. Existencia de una o varias viviendas familiares	13
2.2.5. Vivienda futura o en construcción.....	15
3. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR	16
4. LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR COMÚN EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.....	19
4.1. Medidas previas o provisionalísimas	20
4.2. Medidas provisionales	21
4.3. Medidas definitivas.....	21
4.3.1. El convenio regulador.....	22
4.3.2. Adjudicación judicial de la vivienda familiar.....	23
5. CASOS PARTICULARES DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR	24
5.1. En caso de concesión de una custodia monoparental	24
5.1.1. Limitación temporal del derecho de uso de la vivienda familiar	26
5.1.2. División material de la vivienda familiar	27
5.1.3. Atribución de una vivienda distinta de la familiar	28
5.1.4. Atribución de la vivienda familiar al progenitor no custodio.....	28
5.2.1. Uso alternativo de la vivienda familiar.....	29
5.2.2. Atribución de la vivienda al progenitor más necesitado.....	30

5.2.3. Prescindir de la vivienda familiar	31
5.3. Existencia de hijos con discapacidad	31
5.4. Ausencia de hijos comunes	33
6. ANÁLISIS DE LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO CIVIL.....	34
6.1. Aclaración sobre los hijos menores comunes	35
6.2. La situación de los hijos discapacitados	36
6.3. Modificación del artículo 96.3 del Código Civil	38
6.4. Deficiencias en la reforma	39
7. CONCLUSIONES.....	39

1. INTRODUCCIÓN

La vivienda familiar constituye en gran cantidad de ocasiones la principal inversión que hace una pareja cuando comienza a formar una familia, por eso cuando sobreviene una crisis matrimonial esta suele ser un motivo de enfrentamiento entre las dos partes. Hay que tener en cuenta que la misma puede estar sometida a cargas como una hipoteca y que también será diferente la solución que se adopte en función de si existen hijos comunes o no.

Partimos de que en el artículo 69 CC hay una presunción según la cual los cónyuges viven juntos y en el artículo 70 CC se dice que serán ellos los que fijen el domicilio de común acuerdo, por lo que, tal como se indica en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2017, esta elección va a condicionar el desarrollo de los menores, priorizando siempre el interés superior de la familia en su conjunto¹.

Una vez que se produce la crisis matrimonial y se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio va a cesar la obligación de convivencia de los cónyuges y se destruye la presunción del artículo 69 CC mencionado anteriormente. En ese momento se van a adoptar una serie de medidas provisionales que buscan proteger los intereses de la pareja y los hijos durante la tramitación del procedimiento, entre las que se encuentra la atribución de la vivienda familiar, tal y como indica el art. 103.2º CC. Normalmente, si no hay acuerdo entre ellos, el juez se inclinará por el cónyuge encargado de los hijos comunes, sea o no propietario de la vivienda, aunque habrá que atender a cuál es el interés más necesitado de protección.

En un momento posterior, con la llegada de la sentencia, se van a adoptar las medidas definitivas que pueden ser iguales que las provisionales, modificadas o totalmente nuevas y en las que se indicará a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar, dependerá si hay hijos menores comunes o mayores con medidas de apoyo. En caso de que estos no existieran es posible que hubiera acuerdo entre los cónyuges plasmado en el convenio regulador, que podrá tramitarse por la vía judicial o ante el Notario o Letrado de Administración de Justicia, tal como indican los artículos 81 al 87 CC.

Por eso, a lo largo de este trabajo se van a estudiar los distintos criterios de atribución de la misma y los posibles casos conflictivos que se dan en la práctica, derivados de una

¹ STS de 19 de octubre de 2017 [RJ 3724/2017]

insuficiente regulación por parte del legislador, como podemos observar de la lectura anterior del artículo 96 CC y que ha tenido que ser completada por doctrina y jurisprudencia, al igual que la propia noción de vivienda familiar que no se recoge expresamente en el texto legal.

Así, ante la situación en la que hay hijos comunes en el matrimonio, la decisión que se adopte acerca de la guarda y custodia de los mismos va a tener una gran influencia en la atribución del domicilio familiar, siempre atendiendo a la protección del interés del menor, por eso trataremos los distintos casos que pueden darse en la realidad como la guarda y custodia monoparental, la compartida, la existencia de hijos mayores de edad dependientes económicamente o directamente la ausencia de estos.

La especial protección con la que cuenta la vivienda familiar no se inició en el ordenamiento español hasta 1981 con la Ley 30/1981² de 7 de julio con la que se introducía en el artículo 96 CC el régimen de atribución de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Sin embargo, de su redacción podemos extraer que solo se contempla el caso en el que la vivienda es de uno solo de los cónyuges, dejando fuera otros como la propiedad de ambos o una situación de arrendamiento por los mismos. Igualmente es innegable que desde 1981 hasta nuestros días se ha producido un cambio a nivel social que afecta al concepto de familia y que hace que el precepto no se ajuste a situaciones como la custodia compartida o las parejas de hecho³.

Por estos motivos, entre otros, se ha pedido desde distintos sectores una reforma del artículo 96 CC, de manera que no recoja una casuística concreta de supuestos que puedan darse, sino que el juez cuente con competencia suficiente para tener en cuenta las circunstancias personales, económicas, laborales y escolares de los integrantes del grupo familiar⁴.

² Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981.

³ GARCÍA MAYO, M., *“Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico”*, Reus, Madrid, 2019, p. 26

⁴ LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, M. C., *“El Derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad legal de gananciales”*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 265

Recientemente, con la entrada en vigor de la Ley 8/2021⁵ que modifica el tratamiento de las personas con discapacidad, se ha dado una nueva redacción al polémico artículo 96 CC que incluye un nuevo escenario para ellas y, a la vez, busca dar solución a los problemas de rigidez del mismo. Por tanto, se hará un análisis de estos cambios y si son suficientes para adaptar el precepto a la realidad social que vivimos.

2. LA VIVIENDA FAMILIAR

2.1. Concepto de vivienda familiar

No podemos encontrar en el ordenamiento una definición del concepto de vivienda familiar, por lo que será necesario acudir a la doctrina y jurisprudencia para aclararlo. Sin embargo, es cierto que en algunos preceptos del Código Civil se hace referencia a ella como en los artículos 1320 y 1322 CC con el término de “vivienda habitual” o en los artículos 90, 91, 96 y 1357 CC con “vivienda familiar”.

Otros como el artículo 70 CC hablan de “domicilio conyugal” que podemos definir como el lugar en el que se desarrolla la relación jurídica surgida a partir del matrimonio entre los cónyuges⁶. Sin embargo, esta idea ha ido quedando desfasada ya que actualmente la familia ha evolucionado de acuerdo a las convenciones de la sociedad, estando integrada normalmente por los cónyuges o convivientes con los hijos, que pueden ser comunes o no. También se da en la práctica la situación de familias monoparentales formadas por un solo padre o madre más los hijos, o familias reconstruidas en las que personas que formaban parte de una unión anterior ahora pertenecen a una nueva.

Sea cual sea la situación, la relación familiar va a quedar protegida al amparo del artículo 39 de la Constitución española: “*Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*” que abarca la protección integral de los hijos, que serán iguales ante la ley con independencia de su filiación, la de las madres cualquiera que sea su estado civil y el deber asistencial de los padres sobre los hijos matrimoniales

⁵ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021

⁶ ESPIAU ESPIAU, S., “*La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*”, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992, p. 25

y no matrimoniales⁷. Así, una vez se produce la crisis, la salvaguarda de la familia se va a traducir en proteger el interés más desfavorecido, que normalmente serán los menores, pasando a ser el centro de los procesos de separación y divorcio.

Por tanto, a pesar de la proximidad entre los términos “vivienda familiar” y “domicilio conyugal”, no son equivalentes puesto que este dejará de existir en el momento en que se produce la crisis familiar al dejar de convivir juntos los cónyuges, mientras que la vivienda no pierde su carácter de familiar por esa circunstancia, ya que el artículo 96 CC sigue haciendo alusión a ella una vez producida la ruptura⁸.

Igualmente, en multitud de sentencias se incluyen conceptos de lo que puede entenderse por vivienda familiar. A modo de ejemplo destacamos la de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de febrero de 2007⁹ que dice: “*entendemos como domicilio familiar lugar donde de manera permanente, estable e intencionada y como centro de su convivencia íntima, reside de forma habitual la unidad familiar - padres e hijos- hasta el momento de producirse la crisis*” y la del Tribunal Supremo de 31 de mayo¹⁰: “*que constituyan la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Es en este sentido que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar, que es un concepto no definido en el Código civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el Art. 70 CC, en relación al domicilio de los cónyuges*”.

Para estrechar aún más la noción de vivienda familiar es de gran importancia la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1994¹¹ cuando dice: “*bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien*

⁷ ROCA TRÍAS, E., “Comentario al artículo 39 de la Constitución española”, *Comentarios a la Constitución española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 1277

⁸ ELORRIAGA DE BONÍS, F., “*Régimen jurídico de la vivienda familiar*”, Aranzadi Thomson Reuters, 1996, pp. 202-203

⁹ SAP de Madrid de 12 de febrero de 2007 [Roj: SAP M 3758/2007]

¹⁰ STS de 31 de mayo de 2012 [RJ 3850/2012]

¹¹ STS de 31 de diciembre de 1994 [RJ 20231/1994]

quiera que sea el propietario”. Lo que implica que se trata de un bien al servicio de la familia independientemente de quién sea su titular¹².

A su vez debemos poner lo anterior en relación con el artículo 47 de la Constitución que garantiza el acceso a una vivienda digna y que puede entenderse de dos formas: el derecho a acceder a ella y el de permanencia en la misma. Para el objeto de estudio del presente trabajo nos interesa el segundo sentido enfocado a la conservación y mantenimiento de la vivienda que ha venido siendo familiar, ya que el Tribunal Supremo en el conflicto entre el derecho de propiedad y el derecho a la vivienda familiar opta por darle mayor importancia a este segundo¹³.

Esta protección sobre el domicilio familiar podemos verlo plasmada en el artículo 1320 CC que requiere el consentimiento de ambos cónyuges para poder disponer de la vivienda y, en su defecto, se necesitará autorización judicial, y también en los artículos 1406 y 1407 CC que atribuyen de forma preferente la vivienda al cónyuge superviviente después de la muerte del otro una vez que se liquida la sociedad de gananciales.

2.2. Delimitación de la vivienda familiar

La determinación de la vivienda familiar será una elección que corresponde a los miembros de la pareja y que vendrá dada por las circunstancias que estos atraviesen en cada momento, no siendo necesario un trámite formal de designación, sino que se decidirá por el uso que se dé de la misma en función de dos notas características: la habitabilidad y la habitualidad.

2.2.1. El requisito de la habitabilidad

En relación con el primero, para GARCÍA MAYO la vivienda familiar no es necesario que cuente con unas condiciones mínimas, adecuadas y dignas de habitabilidad, por lo que se podría considerar como tal una choza, una cabaña, un establo, una vivienda ruinoso o un local. Incluso no sería necesario que fuera un bien inmueble, pudiendo ser uno mueble que se destina a esa finalidad, como una caravana o una casa-barco. Este

¹² ANGUIITA RÍOS, R.M., “El acceso a la vivienda: algunas situaciones problemáticas en torno a la pareja”, *Universitas. Revista de filosofía, derecho y política*, 14, 2011, p. 113

¹³ GARCÍA MAYO, M., “Vivienda familiar...”, op. cit., p. 55

argumento se sustenta en que el artículo 96 CC presume la habitabilidad del espacio al haberse estado usando como vivienda familiar, aun con las carencias que pueda tener¹⁴.

Sin embargo, en la práctica sí es necesario este requisito de habitabilidad por ser la vivienda el sitio donde va a tener lugar la convivencia familiar, entendiéndose cumplido si se dan unas mínimas condiciones prácticas en las que la familia pueda asentarse y cubrir sus necesidades básicas como el alojamiento, comida, ocio, etc.

Así, no se encuadra en este concepto una cabaña, un almacén o una casa en ruinas por no contar con las condiciones de habitabilidad¹⁵, de igual manera que un local de negocios que es independiente de la vivienda por no tener como función principal servir de habitación a la familia como se observa en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2012¹⁶, pero sí será residencia habitual si en el inmueble se realiza una actividad profesional de forma subsidiaria a la finalidad principal de constituir la morada continuada de sus ocupantes¹⁷.

2.2.2. El requisito de la habitualidad

Respecto a la habitualidad, podemos definirla como el lugar donde se desarrolla con normalidad la convivencia familiar y que se espera que siga siéndolo de forma prolongada en el tiempo, independientemente que temporalmente alguno de sus miembros no la ocupe por circunstancias tales como las laborales o académicas¹⁸. Por tanto, no se considerará vivienda familiar aquella en la que solo reside uno de la pareja y no la familia en conjunto¹⁹.

¹⁴ GARCÍA MAYO, M., “*Vivienda familiar...*”, op. cit., p. 40

¹⁵ SERRANO GÓMEZ, E., “*La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*”, Tecnos, Madrid, 1999, p. 12

¹⁶ STS de 9 de mayo de 2012 [RJ 3057/2012]

¹⁷ SERRANO GÓMEZ, E., “*La vivienda familiar...*”, op. cit. p. 12

¹⁸ GARCÍA MAYO, M., “*Vivienda familiar...*”, op. cit., p. 49

¹⁹ ORDÁS ALONSO, M., “*La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*”, Wolters Kluwer, 2018, p. 76

El problema suele venir en la determinación de este carácter ya que el artículo 40 CC no indica plazo ni criterio para ello. Hay una línea doctrinal bastante extendida que considera que deben darse dos elementos para que haya habitualidad: el establecimiento efectivo en un lugar (*corpus*) y la voluntad de residir permanentemente en él (*animus*). Esta intención debe manifestarse mediante actos exteriores como comprar o alquilar una vivienda, no vale con quedarse en un hotel, y debe ser de forma prolongada en el tiempo, no transitoriedad²⁰.

Esta doctrina se ha seguido en ocasiones por el Tribunal Supremo requiriendo el *animus* y el *corpus* para apreciar que se trata de una residencia habitual²¹. Sin embargo, realmente no analiza los dos elementos por separado, sino que utiliza el elemento subjetivo para deducir el elemento objetivo: si falta la permanencia no considera que se trate de una vivienda habitual, argumentando precisamente que no hay *animus*. Por lo que bastaría decir que no es el domicilio de la persona por no haber habitualidad de residencia, independientemente de la voluntad de la misma²².

Así, hay una segunda opinión doctrinal en la que se enmarca ALBALADEJO GARCÍA que defiende esta postura y para la que la vivienda habitual solo requiere residir en un lugar y que se trate de residencia normal y presumible para el futuro próximo. Mientras que en la otra teoría el término “habitual” venía dado por el *animus* como elemento aparte, en esta se incluye dentro del *corpus*, que es el único requisito que verdaderamente se requiere y que puede probarse por cualquier medio que lo demuestre como el padrón municipal o tener en ese lugar todos los enseres y mobiliario.

También será posible que la residencia pierda el carácter de habitualidad con lo que la vivienda dejaría de considerarse familiar, tal y como podemos ver en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2013²³ en la que no se atribuye a ninguno de los cónyuges por encontrarse esta en Sevilla y venir residiendo cada uno en Barcelona y

²⁰ ÁLVAREZ VIGARAY. R., “El domicilio”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2, 1972, p. 554

²¹ Véase STS de 20 de febrero de 1995 [RJ 892/1995] o STS de 13 de julio de 1996 [RJ 4336/1996]

²² ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los artículos 40 y 41”, *Comentarios al Código Civil*, t. I, vol. III, Edersa, Madrid, 2004

²³ STS de 19 de noviembre de 2013 [RJ 5509/2013]

Madrid por motivos laborales o en la del 20 de noviembre de 2018²⁴ en la que la entrada de un tercero en la misma genera un cambio de circunstancias.

Por el lado contrario, no considera el Tribunal que haya una desafección de la vivienda cuando el abandono de la misma no se produce voluntariamente como en la sentencia de 15 de marzo de 2013²⁵ en la que una madre abandona el domicilio con los hijos comunes debido a la mala relación con el otro progenitor.

Tampoco dejará de tener este carácter aquella vivienda que no se utilice en periodos concretos como las vacaciones o los fines de semana, ya que no hay un mínimo de tiempo establecido como criterio taxativo para considerar un domicilio como familiar²⁶

2.2.3. Extensión de la vivienda familiar

Otra cuestión de importancia sobre la vivienda familiar es determinar su extensión, para ello habrá que atender a si la dependencia en cuestión está anexa a la misma y si es imposible hacer uso de ella de forma independiente como ocurre con un jardín o un trastero, en cuyo caso su uso se atribuye junto con el de la vivienda o, por el contrario, es posible la utilización directa de forma separada, como puede ocurrir con una plaza de garaje no unida a la misma, la cual no se incluiría en el concepto de residencia familiar²⁷.

Por tanto, habremos de atender a si los anexos forman una unidad funcional propia distinta de la de la vivienda, en cuyo caso su atribución después de la crisis familiar no tiene por qué coincidir.

2.2.4. Existencia de una o varias viviendas familiares

Debemos tener en cuenta la posibilidad de que una persona tenga su domicilio parte del año en un lugar y otra en uno distinto, ambas de forma habitual. Esto mismo se puede extrapolar a la vivienda familiar si hay varias residencias de la familia, siempre y cuando haya más de un miembro de esta habitando en ella, como sería el caso de un padre y un

²⁴ STS de 20 de noviembre de 2018 [RJ 3882/2018]. En el mismo sentido la STS de 23 de septiembre de 2020 [RJ 3033/2020]

²⁵ STS de 15 de marzo de 2013 [RJ 1021/2013]

²⁶ ORDÁS ALONSO, M., “La atribución del uso...”, op. cit., p. 78

²⁷ ANGUITA RÍOS, R.M, “El acceso a la vivienda...”, op. cit., p. 113

hijo que viven en un municipio distinto al de la madre y el otro hijo por motivos laborales y escolares durante una larga temporada. Sin embargo, no sería este el caso si es solo uno de los progenitores el que pasa viviendo algún periodo en otra ciudad ya que estaríamos ante una vivienda que es familiar y otra individual²⁸.

Frente a esta corriente hay autores como LUQUE JIMÉNEZ²⁹ para el que, aunque pueden existir varias viviendas familiares, debe haber una principal que se establecerá por criterios como el económico (la de mayor valor), la antigüedad (en la que convive la familia hasta que se produce el desplazamiento de algunos miembros), el laboral (en la que habita la persona cuyo trabajo es la principal fuente de ingresos de la familia), y el más extendido que se fija en dónde vive el mayor número de familiares³⁰. Otros como ORDÁS ALONSO³¹ no contemplan la posibilidad de que haya varias viviendas familiares, sino que solo una puede tener este carácter.

Distinto es el caso de la segunda vivienda o de recreo que es aquella que se tiene con continuidad pero que solamente se usa en épocas del año concretas como Navidad, verano o los fines de semana. Se observa que el requisito de habitualidad que se exige para considerarse vivienda familiar sería de dudoso cumplimiento por el corto tiempo de las estancias, pero igualmente hay problemas en cuanto a su atribución una vez que se produce la ruptura matrimonial.

En relación a ello existen tres líneas doctrinales: la primera es una interpretación amplia que considera como residencia familiar la usada habitualmente, pero también cualquier otra de la que disponga la familia por cualquier título; una segunda más estricta que considera solo la primera vivienda; y una tercera que propone atribuir el derecho de uso

²⁸ GARCÍA MAYO, M., “*Vivienda familiar...*”, op. cit., p. 51

²⁹ LUQUE JIMÉNEZ, M. C., “*La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*”, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2012

³⁰ MUÑOZ DE DIOS, M., “La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 CC”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, EDERSA, Madrid, Tomo 27, 1987

³¹ ORDÁS ALONSO, M., “*La atribución del uso...*”, op. cit., p. 84

a la que mejor cubra las necesidades de los hijos en atención al principio del “*bonum filii*”, ya sea esta la primera o la segunda residencia³².

La regla general que siguen los tribunales, tal y como se puede observar en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 4 de diciembre de 2012³³, es que no hay un precepto que nos indique el régimen que esta sigue, ya que el artículo 96 CC al hablar de la atribución de la vivienda se refiere solo a la familiar y no a otras en las que los miembros no residan de forma habitual.

Sin embargo, también se han dado resoluciones en las que se atribuye la segunda vivienda a una de las partes de forma no permanente como durante el tiempo entre la disolución y la liquidación del régimen económico matrimonial para cubrir las necesidades de habitación de una de las partes³⁴, pero es más atendiendo al régimen general de los inmuebles que al propio de la vivienda familiar y sujeto a ser una medida provisional.

El asunto se resolvió por el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de mayo de 2012 que establece doctrina jurisprudencial y que viene a decir que en los procedimientos en los que no haya acuerdo entre ambos cónyuges, no se podrá otorgar una vivienda distinta de la familiar por el tribunal en base a lo establecido por el artículo 91 CC, sino que la segunda residencia o cualquier otra debe atribuirse de acuerdo a las normas del régimen económico matrimonial³⁵.

En el mismo sentido el artículo 233-20.6 CCC que tampoco prevé esta asignación y solo sería posible si la segunda vivienda fuera más adecuada para cumplir las necesidades de los hijos y del padre o madre que ostentara su guardia y custodia.

2.2.5. Vivienda futura o en construcción

Estamos en el caso de si podemos considerar como vivienda familiar aquella que aún no es el domicilio del grupo, ya sea porque se encuentra en construcción o porque aún no se

³² GIL MEMBRADO, C., “*La vivienda familiar*”, Reus, 2013, p. 16

³³ SAP de Valencia de 4 de diciembre de 2012 [Roj: SAP V 6855/2002]

³⁴ SAP de Murcia de 3 de julio de 2006 [Roj: SAP MU 1491/2006]

³⁵ STS de 9 de mayo de 2012 [RJ 3057/2012]. En este sentido la STS de 24 de mayo de 2021 [RJ 2163/2021]

ha ocupado. Como regla general se atribuirá el domicilio en el que se estuviera produciendo la convivencia entre los hijos y los padres, en el mismo sentido MORENO VELASCO³⁶ deja fuera de la noción de vivienda familiar cualquier otro caso, por no ser ese inmueble el núcleo de la vida en común.

Sin embargo, la jurisprudencia se ha pronunciado de forma contradictoria en ocasiones como la Audiencia Provincial de Jaén en 2005³⁷ atribuye el carácter de domicilio familiar a una vivienda en construcción desde hacía varios años sobre la que había intención de que pasara a serlo, teniendo en cuenta que era el único bien ganancial, la habitabilidad y su ubicación cercana al colegio de los hijos. Por el contrario, la Audiencia Provincial de Barcelona en 2004³⁸ no le da tal carácter a un nuevo domicilio que no se fijó en la práctica por la ruptura y existiendo ya una previa vivienda familiar.

3. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Debido a que la vivienda familiar es el mayor objeto de conflicto en las crisis matrimoniales, cuando esta se produce será de gran importancia determinar el futuro de la misma y por quién será habitada. Sobre ello, el artículo 96 CC otorga su uso a los hijos y al cónyuge que quede a su cuidado.

En la práctica puede darse que ambas partes lleguen a un acuerdo sobre un derecho de uso y habitación en pro del cónyuge no propietario con carácter gratuito u oneroso, pendiente siempre de homologación judicial si existen hijos menores o discapacitados y esto funcionará propiamente como un derecho real. Sin embargo, este artículo está pensado para los casos en los que no hay pacto entre ellos y de forma gratuita, lo que ocasiona disputas al quedar uno de los dos privado de la utilización de su vivienda.

De este derecho de uso se discute si su naturaleza jurídica puede calificarse como derecho real o personal, sobre todo en los casos en que el inmueble es propiedad de una tercera persona. La diferencia va a radicar en la oponibilidad *erga omnes*, ya que el derecho

³⁶ MORENO VELASCO, V., “Atribución del uso de inmuebles distintos de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de parejas de hecho”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, núm. 7105, 2009

³⁷ SAP de Jaén de 28 de abril de 2005 [Roj: SAP J 235/2005]

³⁸ SAP de Barcelona de 11 de noviembre de 2004 [Roj: SAP B 13575/2004]

tendrá efectos fuera del procedimiento y se podrá inscribir en el Registro de la Propiedad si es real y, en cambio, solamente los desplegará en el proceso matrimonial concreto entre los cónyuges si es personal³⁹.

Inicialmente, el Tribunal Supremo en la sentencia de 11 de diciembre de 1992 mantuvo que estábamos ante un derecho real por su oponibilidad *erga omnes* en ciertas condiciones, pero al poco tiempo concluyó que, a pesar de ello, no estamos ante esta clase de derecho⁴⁰.

Así, la sentencia del mismo de 29 de abril de 1994⁴¹ indica que el derecho de uso de la vivienda puede concederse de la misma manera cuando está arrendada y no es propiedad de ninguno de los cónyuges, al igual que tampoco otorga un poder absoluto sobre ella, sino solo una facultad de aprovechamiento, por lo que no podría considerarse de naturaleza real.

La cuestión queda zanjada en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2010⁴² en la que se concluye que: *“El expresado panorama jurisprudencial exige que, con fines de unificación de doctrina, se pronuncie el Pleno de esta Sala acerca de la naturaleza y de los efectos del derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial al amparo del artículo 96 CC. De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección”*.

Esta viene a decirnos primeramente que el derecho de uso de la vivienda familiar es de carácter familiar, por lo que ya no tiene sentido hacer una distinción entre si es real o personal porque eso solo es posible en los derechos patrimoniales. En segundo lugar, se

³⁹ GIL MEMBRADO, C., *“La vivienda familiar”*, Reus, 2013, p. 76 y ss.

⁴⁰ DÍAZ MARTÍNEZ, A., *“Comentario al art. 96 CC”*, *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, Madrid, Tomo I, 2013, p. 1003

⁴¹ STS de 29 de abril de 1994 [RJ 22264/1994]

⁴² STS de 14 de enero de 2010 [RJ 1894/2010]

impone una prohibición de disponer que no permite al propietario de la vivienda realizar ningún acto de disposición sobre la misma sin tener el consentimiento del titular del derecho de uso, por ello se permite la inscripción de esta situación en el Registro de la Propiedad y si se diera algún caso podría solicitarse la anulabilidad del acto⁴³.

En sentido contrario, para algunos autores, entre los que se encuadra CERVILLA GARZÓN⁴⁴, el consentimiento necesario para los actos de disposición es una manifestación de la naturaleza personal del derecho, ya que, si fuera real, la oponibilidad *erga omnes* haría inútil este requisito. Además, fuera del ámbito registral, el derecho a usar la vivienda es un derecho personal que solo puede hacerse valer entre el titular no usuario y el usuario no titular, ya que, a pesar de que esta situación jurídica conocida se tenga que respetar por terceros de buena fe por ser pública, algo propio de cualquier derecho, sea o no real, esto no debe confundirse con la eficacia *erga omnes*.

También encontramos la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de febrero de 2004⁴⁵: *“el derecho de uso de la vivienda familiar no es propiamente un derecho real, ya que la clasificación entre derechos reales y de crédito es una división de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. artículo 96, último párrafo, del Código Civil)”*.

Abordando la patrimonialidad del mismo a la que alude la resolución, para la autora CERVILLA GARZÓN⁴⁶, que concurren en los derechos familiares intereses no susceptibles de valoración económica como el del menor no implica necesariamente que, atendiendo al objeto, algunos puedan clasificarse como patrimoniales. Este sería el caso del relativo a la vivienda familiar, ya que poder hacer uso de la misma durante un tiempo es un derecho que conlleva un enriquecimiento del patrimonio para uno de los cónyuges,

⁴³ CERVILLA GARZÓN, M. D, “Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2017, pp. 9-10

⁴⁴ CERVILLA GARZÓN, M. D, “Naturaleza jurídica...”, *op. cit.*, pp. 7-8

⁴⁵ DGRN, 20.02.2004

⁴⁶ CERVILLA GARZÓN, M. D, “Naturaleza jurídica...”, *op. cit.*, pp. 11-12

mientras que, para el otro supone un considerable empobrecimiento de su situación, sin tener ni siquiera en cuenta las capacidades económicas de ambos.

Más allá se encuentra CUENA CASAS⁴⁷ que analiza la gratuidad del derecho de uso de la vivienda familiar que supone para el progenitor al que se le otorga la custodia de los hijos. En su opinión, hay una necesidad de compensación por el uso de la misma cuando es propiedad en todo o en parte del progenitor no custodio, que puede hacerse de diversas maneras como que se tenga en cuenta este hecho a la hora de fijar la pensión alimenticia para los menores o la compensatoria, que pase a formar parte del activo del cónyuge custodio en la liquidación de la sociedad de gananciales o directamente fijar una cantidad monetaria que se abone al que ve privado su uso, sobre todo en los casos en los que al que se le adjudica la custodia rehace su vida con un tercero que pasa a vivir en el domicilio familiar.

En contra de las posturas anteriores, la jurisprudencia considera que no es necesario una retribución por parte del cónyuge custodio y los hijos debido a que el derecho de uso de la vivienda tiene carácter asistencial, es decir, se considera una contribución a las cargas. Por tanto, su atribución viene dada con independencia del régimen económico que rija durante el matrimonio y por la protección del interés más necesitado, esto es, los menores, para que, en virtud del principio de *favor filii*, no pierdan el hogar en el que han venido conviviendo⁴⁸.

4. LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR COMÚN EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

La Ley de Enjuiciamiento Civil dedica una serie de artículos al matrimonio, estos son del 769 al 778, con lo cual se encuadran dentro de los procesos civiles especiales y van a dar lugar a una modificación de la relación jurídica entre cónyuges porque se pasa de una situación de normalidad matrimonial a otra de crisis, ya sea separación, divorcio o nulidad. En ellos se hace referencia a una serie de medidas de distinto contenido como

⁴⁷ CUENA CASAS, M., “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2, 2014, pp. 9-39

⁴⁸ AÑÓN LARREY, A., “El derecho sobre la vivienda familiar establecido por acuerdo entre los cónyuges como derecho real de uso y habitación en los casos de crisis matrimonial”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2020, pp. 570-571

puede ser la custodia de los hijos o la atribución de la vivienda familiar que se recogerán posteriormente en la resolución final que pone término al procedimiento.

En el artículo 104 CC se permite al cónyuge que tenga la intención de presentar la demanda de nulidad, separación o divorcio la petición de estas medidas, que recibirán un nombre distinto en función del momento procesal en que se soliciten, distinguiendo entre provisionalísimas o previas, provisionales y definitivas.

Como venimos estudiando en apartados anteriores el derecho de uso de la vivienda familiar, en este apartado lo relacionaremos con estas medidas recogidas en la Ley, más concretamente con la adjudicación del domicilio familiar.

4.1. Medidas previas o provisionalísimas

Podemos encontrar su marco legal en el artículo 771 LEC y en el 104 CC y se solicitan a instancia de parte en un momento anterior a la presentación de la demanda en sede judicial y tienen su fundamento en la urgencia con la que se requiere su adopción, por ello será necesario valorar si realmente esta tiene lugar o no y su tiempo de vigencia será limitado. Con ellas se busca proteger a la parte que solicitará la demanda, que debe presentarse en un plazo de treinta días a contar desde que se pide la adopción de estas medidas, ya que de lo contrario estas dejarán de tener efecto.

Su destino se decidirá por parte del órgano judicial una vez se presente la demanda y en ese momento pueden ser ratificadas y pasar a ser provisionales, modificadas total o parcialmente o ser completadas por otras que no se contemplaban inicialmente.

En lo que atañe a la atribución de la vivienda familiar, la adjudicación de esta en sede de medidas previas lleva consigo una anotación preventiva en el Registro de la Propiedad que posteriormente será confirmada o modificada en la sentencia definitiva y que lo que busca es dar publicidad a la situación, no de un derecho definitivo, sino de una medida cautelar⁴⁹. Si esta fuera únicamente por un tiempo concreto se deberá indicar en la anotación también junto con la duración del derecho de uso.

⁴⁹ BAÑÓN GONZÁLEZ, A. M., “La atribución del uso de la vivienda familiar. Aspectos registrales”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 bis, 2015, p. 126

4.2. Medidas provisionales

Con la presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio van a darse unas consecuencias que operan *ope legis* como son el cese de la convivencia conyugal y la separación y revocación de los poderes que se hubieran otorgado entre ellos mientras estaba vigente el matrimonio⁵⁰.

Observando los artículos 102 y 103 CC y el artículo 773 LEC, podemos diferenciar que hay dos clases de medidas: las legales que se aplican automáticamente y las judiciales. Estas segundas podrán ser adoptadas en el marco de un convenio regulador que deberá ser aprobado judicialmente o, si no hay acuerdo entre los cónyuges, tendrán lugar durante el proceso contencioso incluso aunque ninguna de las partes solicitara su aplicación. Igualmente, es posible que no se haya alcanzado un pacto en los momentos iniciales del mismo, pero que posteriormente sí, en cuyo caso las medidas se someterán al criterio judicial también.

En este segundo precepto se indica que la autoridad judicial decidirá cuál de los cónyuges va a seguir usando la vivienda familiar “teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección” y esto normalmente se corresponderá con aquel que tenga adjudicada la guarda de los hijos menores o con el que convivan los mayores. Sin embargo, como se trata de un concepto indeterminado, se permite que el juez valore en el caso concreto las consecuencias que tendría para la otra parte la privación de la vivienda familiar en la fase de medidas provisionales⁵¹.

4.3. Medidas definitivas

Entran en juego en el momento en que adquiere firmeza la sentencia, a ellas se refiere el artículo 774 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en él se indica que, además de la pretensión principal del proceso que es la nulidad, separación o divorcio, el tribunal debe resolver acerca de las medidas solicitadas por los cónyuges de común acuerdo, que a su vez pueden haber sido ya admitidas como provisionales o haberse introducido más tarde.

⁵⁰ BLANCO GARCÍA, A. I., “La atribución de la vivienda familiar común en la LEC”, *La vivienda en las crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 407-408

⁵¹ MORALEJO IMBERNÓN, N., “La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial”, *Revista xurídica galega*, núm. 33, 2001, p. 95

Si no hubiera acuerdo entre ellos o este no hubiese sido aprobado, entonces el juez adoptará las medidas que estime oportunas.

Al calificarse como definitivas pasarán a sustituir a cualquier otra adoptada anteriormente, por ello, la atribución que se haya hecho de la vivienda familiar no será vinculante en sede de medidas provisionales. Sin embargo, es cierto que, para que el juez disponga algo distinto se tiene que producir una modificación significativa en la aplicación del principio de interés necesitado de mayor protección⁵², aunque luego el legislador no define qué se entiende por cambio en las circunstancias ni los requisitos para que salga adelante la pretensión, por lo que hay cierta inseguridad jurídica derivada de que cada proceso será distinto y habrá que estar al análisis de cada caso concreto⁵³.

Estas medidas definitivas no tienen el efecto de cosa juzgada, ya que, como se contempla en el artículo siguiente, es posible una modificación de las mismas solicitada a petición de las partes o, si hay hijos menores o con discapacidad, por el Ministerio Fiscal.

4.3.1. El convenio regulador

El contenido mínimo que debe tener para ser aprobado judicialmente se recoge en el artículo 90 CC, entre lo que se encuentra la atribución de la vivienda familiar y será obligatoria su presentación junto con la demanda de nulidad, separación o divorcio cuando esta se solicite por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro, tal como indica el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; en el resto de casos será una facultad de la que disponen las partes, pero que, de no presentarse, será el juez quién determine las medidas definitivas.

Será aprobado por el juez siempre que no sea dañoso para los hijos o muy perjudicial para el otro cónyuge, por lo que no será posible un cambio de las medidas a petición de uno solo de ellos, sino que se requerirá un acuerdo mutuo o un nuevo pronunciamiento judicial.

⁵² SAP de Cáceres de 7 de mayo de 2018 [SAP CC 384/2018]

⁵³ GARCÍA PRESAS, I., “*Los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis de pareja*”, Reus Editorial, Madrid, 2019, p. 13

4.3.2. *Adjudicación judicial de la vivienda familiar*

Si no hubiera convenio acordado por los cónyuges o este no hubiera sido aprobado será el Juez quien determine el destino del domicilio familiar, para lo cual aplicará los criterios del artículo 96 del CC, sin tener en cuenta la titularidad del mismo y pudiendo ser distinto del que se hubiera acordado en sede de medidas provisionales, ya que puede que la atribución se hiciera solo para el tiempo de transcurso del procedimiento de nulidad, separación o divorcio.

La autoridad judicial parte de que el interés de los hijos va a ser el más necesitado de protección, aunque será posible prueba en contrario. La duda que antes de la reforma del precepto surgía era si se refería solo a los menores de edad o también a los mayores sin independencia económica de los padres.

En opinión de MORALEJO IMBERNÓN⁵⁴, considerando la norma dentro del contexto social actual en que los hijos no alcanzan la independencia económica al llegar a la mayoría de edad porque muchos siguen con estudios universitarios o de otra clase, esta debería extender su aplicación sobre ellos y no extinguirse hasta que tuvieran plenos recursos para satisfacer sus necesidades. Sin embargo, como analizaremos más adelante, desde 2011 el Tribunal Supremo se decanta por no incluirlos en tal precepto, sino en la obligación general de alimentos del artículo 142 y siguientes CC⁵⁵.

Otra problemática que podría plantearse antes de la reforma es acerca de los hijos comunes y no comunes. Si la vivienda es propiedad del cónyuge con hijos que no son de ambos no habrá duda que esta le será asignada, y, por el contrario, no será así si estos lo son del progenitor no propietario de la vivienda ya que estaría protegiendo un interés ajeno a él⁵⁶. Igualmente, de acuerdo con la línea de que el artículo 96 CC se encarga de proteger los intereses familiares, cuando haya en el matrimonio hijos comunes y no comunes, se dará prioridad a los de estos primeros.

⁵⁴ MORALEJO IMBERNÓN, N., “La vivienda familiar...”, op. cit., p. 99

⁵⁵ RUBIO TORRANO, E., “El interés más necesitado de protección en la atribución del uso de la vivienda familiar”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, 2011, pp. 11-13

⁵⁶ ESPIAU ESPIAU, S., “La vivienda familiar...”, op. cit., p. 212

5. CASOS PARTICULARES DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Se trata de una decisión de gran importancia ya que la intención del legislador es que los hijos menores se vean lo menos afectados posible por la crisis familiar, priorizando el principio de *favor filii* sobre el derecho de propiedad de los bienes.

Para ello, se busca el mantenimiento de un entorno similar al anterior: mismo barrio, zonas de ocio, colegio o instituto... que será más fácil de lograr si estos continúan viviendo en la misma residencia en la que han venido haciéndolo hasta ese momento. Aun así, en opinión de SANTOS MORÓN⁵⁷, será posible de igual manera si se trata de un domicilio en el mismo entorno geográfico y tiene unas características parecidas a la anterior.

Sin embargo, al ser posible un acuerdo sobre el destino de la vivienda, pendiente de homologación judicial, podrá atribuirse la misma al progenitor no custodio, por lo que se trata más bien de asegurar que los hijos menores de edad comunes a la pareja tengan una garantía habitacional.

5.1. En caso de concesión de una custodia monoparental

A pesar de que la custodia compartida va ganando importancia en los procesos de atribución de la guarda de los hijos, la concesión de la misma a uno solo de los progenitores y, más concretamente a la madre, sigue siendo la tendencia dominante a la hora de establecer la relación entre padres e hijos una vez que se produce la ruptura familiar⁵⁸.

De ello se deduce la importancia del primer párrafo del artículo 96 CC que otorga la vivienda que ha venido considerándose familiar al cónyuge bajo el que quede la guardia y custodia de los hijos menores de edad por considerar que conforman el interés más

⁵⁷ SANTOS MORÓN, M. J., “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3, 2014, pp. 6-7

⁵⁸ Instituto Nacional de Estadística. (2021, 27 de septiembre). Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios (ENSD) Año 2020 [Comunicado de prensa]. https://www.ine.es/prensa/ensd_2020.pdf

necesitado de protección; ello siempre condicionado a que ambas partes lleguen a un acuerdo distinto sobre su adjudicación y eso se apruebe después por la autoridad judicial.

Se trata de un derecho de uso perteneciente al cónyuge y no a los hijos, como podría parecer aparentemente, por su condición de ser el que convive con ellos, es decir, hay una titularidad *per relationem* en la medida en que se ostenta por tener atribuida la guarda o custodia de los menores⁵⁹.

Este no distingue si se trata de una vivienda exclusiva de alguna de las partes del matrimonio o si es común a ambos, solo atiende a si existen hijos comunes o no, y una parte de la doctrina considera que esta atribución del mencionado artículo no debe considerarse una regla taxativa, sino una presunción *iuris tantum* de que el interés más necesitado es el de los hijos⁶⁰.

Sin embargo, el problema podría derivar de atribuir la vivienda al cónyuge no custodio en el convenio regulador y que posteriormente se produjera un cambio en las circunstancias que hicieran que el otro y los hijos menores quedaran desatendidos. En opinión de CHAPARRO MATAMOROS⁶¹ debería comprobarse que efectivamente hay una situación de necesidad por el juez y procederse a un aumento en la pensión de alimentos que sí garantice una vivienda digna para ellos.

Además, últimamente la jurisprudencia está matizando su criterio a la hora de interpretar el artículo 96 CC, esto es, hace una ponderación de los intereses de todos los miembros y no solo del progenitor custodio, sobre todo cuando el otro ostente algún derecho sobre la vivienda. De lo contrario, podría considerarse injusto que el copropietario o propietario en exclusiva se vea privado de su derecho, sin tener en cuenta condiciones como una

⁵⁹ CUENA CASAS, M., “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, *Tratado de derecho de la familia*, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 391-392

⁶⁰ MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art.96, P.I, 2 Y 3 CC)”, Civitas, Navarra, 2005, pp. 150-151

⁶¹ CHAPARRO MATAMOROS, P., “La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España”, *La vivienda en las crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 39-40

discapacidad, mientras el otro progenitor, solo por el hecho de tener la guarda y custodia se vea beneficiado automáticamente con el inmueble⁶².

5.1.1. Limitación temporal del derecho de uso de la vivienda familiar

Interpretando literalmente el primer párrafo del artículo 96 CC entendemos que la atribución del domicilio familiar en pro del progenitor custodio y los hijos menores tiene un carácter indefinido y no es posible establecer una temporalidad de uso⁶³.

Apoyando esta idea, partimos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2011⁶⁴ en la que se indica *“Esta norma no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE)”*, por lo que la necesidad habitacional de los hijos menores no puede verse afectada por este límite temporal.

Sin embargo, el mismo Tribunal⁶⁵ en 2013 sí establece un tiempo de uso si así se ven mejor resguardados todos los intereses en juego y siempre que, una vez este pase, los hijos sigan teniendo cubierta la necesidad de vivienda por medio de un alquiler, una cesión u otra vía. Así se indica *“en modo alguno vulnera ni el interés del menor ni mucho menos la jurisprudencia [...] en la que la limitación del uso puede dejar al hijo menor en un escenario de absoluta incertidumbre sobre su alojamiento, lo que no ocurre en este caso en que esta limitación temporal se complementa con la atribución de otro domicilio”*.

⁶² SANTOS MORÓN, M. J., “La atribución...”, op. cit., p. 3

⁶³ GARCÍA PRESAS, I., “Los criterios de atribución...”, op. cit., p. 151

⁶⁴ STS de 1 de abril de 2011 [RJ 2053/2011]

⁶⁵ STS de 16 de junio de 2013 [RJ 3347/2013]. En el mismo sentido la STS de 26 de octubre de 2020 [RJ 3562/2020]

Otro ejemplo podría ser una sentencia de 2015⁶⁶ en la que se establece un límite temporal en el uso de la vivienda familiar, que recae sobre la madre que tiene atribuida la guarda y que no es propietaria, y los hijos menores, debido a que esta dispondrá de otra residencia que en el momento de la crisis está bajo arrendamiento.

A una conclusión similar se llega en el III Encuentro de magistrados y jueces de familia y asociaciones de abogados de familia de 2008⁶⁷ cuando propone: *“Hasta que se produzca la reforma legal del artículo 96 del Código Civil, se acuerda que el mismo sea interpretado de forma que: a) La asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos. b) En todo caso, la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar, en los supuestos en que proceda, se hará siempre con carácter temporal.”*

5.1.2. División material de la vivienda familiar

Puede darse que por la naturaleza de la vivienda sea posible una división de la misma con las reformas necesarias, dando como resultado dos unidades habitacionales totalmente separadas y habitables como podría ser una casa de varios pisos o de grandes dimensiones, que permita a los ex cónyuges llevar vidas independientes.

Será una solución adecuada cuando las necesidades de ambos cónyuges sean similares, ya que, además, resultará favorable para el menor en lo referente al desplazamiento, que será mínimo, al pasar de los periodos en los que esté con el progenitor custodio a los que corresponda al otro según se acuerde en el régimen de visitas. La cercanía también favorecerá que el trato con el que no tiene la guarda sea más habitual y permanente y no se reserve solo a los días de visita⁶⁸.

⁶⁶ STS de 22 de julio de 2015 [RJ 3827/2015]

⁶⁷ Asociación Española de Abogados de Familia. (2008, 28, 29 y 30 de octubre). III Encuentro de magistrados y jueces de familia y asociaciones de abogados de familia [Comunicado de prensa]. <https://www.reicaz.org/agrupcol/sfamilia/3enjuasf.pdf>

⁶⁸ CHAPARRO MATAMOROS, P., “La atribución...”, op. cit., p. 43

Finalmente, el Tribunal Supremo establece doctrina en sentencia de 30 abril de 2012⁶⁹ concluyendo que *“cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando ello sea lo más adecuado para el cumplimiento del art. 96 CC, es decir, la protección del interés del menor y siempre que la división es posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad.”*

5.1.3. Atribución de una vivienda distinta de la familiar

Se trata de que al progenitor custodio y a los hijos menores a su cargo se les asigne una vivienda distinta de la que ha venido siendo familiar, siempre que eso les garantice la cobertura de su necesidad residencial.

En la práctica no será muy frecuente ya que algunos autores consideran que va contra el artículo 96.1 CC, pero puede ser útil en los casos en que el domicilio de la familia haya sido cedido por un tercero, como los padres de alguno de los cónyuges, por motivos escolares o de trabajo y a la vez uno de los dos sigue teniendo algún derecho de ocupación sobre otra vivienda. Se pretende evitar así una acción de desahucio por los verdaderos propietarios⁷⁰.

En sentencia de 10 de octubre de 2011⁷¹ el Alto Tribunal sienta jurisprudencia de forma que *“el juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos.”*

5.1.4. Atribución de la vivienda familiar al progenitor no custodio

Estamos en el caso en que el cónyuge al que se le atribuye la guarda y custodia de los hijos menores cuenta con los medios suficientes para garantizar la necesidad de vivienda de todos ellos de forma adecuada, en cuyo caso, ponderando los intereses en juego, se considerará atribuir el domicilio familiar al otro progenitor.

⁶⁹ STS de 30 de abril de 2012 [RJ 3056/2012]

⁷⁰ CHAPARRO MATAMOROS, P., “La atribución...”, op. cit., p. 44

⁷¹ STS de 10 de octubre de 2011 [RJ 6496/2011]

El ejemplo más claro en jurisprudencia de este caso es la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2012⁷² en la que se adjudica la vivienda familiar al padre que no tiene la custodia, pero sí es propietario exclusivo, ya que la madre se compra una nueva residencia en la que pueden vivir cómodamente tanto ella como la hija que queda a su cargo.

5.2. En caso de concesión de una custodia compartida

Esta posibilidad adquirió relevancia con la Ley 15/2005⁷³ que modificó el artículo 92 CC, estableciendo que el juez considerará otorgarla si hay acuerdo entre las partes por medio del convenio regulador o, en defecto de este, a instancia de una de ellas si eso favorece el interés del menor. Sea como sea, previamente debe recabar un informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores y valorar cómo es la relación de los progenitores con los hijos.

Partiendo de la literalidad del primer párrafo del artículo 96 CC, a pesar de su reciente reforma, observamos como al atribuir la vivienda familiar al cónyuge custodio y los hijos menores, el legislador no soluciona la problemática de la vivienda familiar para los casos de custodia compartida, sino que solo contempla el caso de la monoparental. Por ello, ha sido la jurisprudencia la encargada de resolver estos casos.

5.2.1. Uso alterno de la vivienda familiar

En este caso se mantiene la idea de que los hijos menores se encuentren en un entorno similar al anterior a la ruptura familiar, pero, a diferencia de la custodia monoparental, en la compartida se va a adjudicar la vivienda alternativamente entre los dos cónyuges durante los periodos en que tengan a los hijos comunes en su compañía, es decir, los progenitores son los que van a ir turnándose la residencia en el domicilio en función del tiempo que deba pasar cada uno con los menores, encargándose de los gastos del hogar correspondientes.

Sin embargo, esta solución puede derivar en problemas tales como la excesiva onerosidad para los progenitores que, durante el tiempo que no disfrutan de la vivienda en compañía de los hijos, deben buscarse otra en la que vivir, como así se refleja en la sentencia del

⁷² STS de 5 de noviembre de 2012 [RJ 7071/2012]

⁷³ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

Alto Tribunal 110/2017⁷⁴ que indica “*este sistema que puede ser respetable, cuando los ingresos de la pareja son cuantiosos, se convierte en inasumible ante economías precarias, como es el caso, dado que deben hacer frente al mantenimiento de tres viviendas (la familiar y las dos de alternancia).*”.

De igual manera, si hay una mala relación entre los ex cónyuges será muy complicado que haya una pacífica ocupación del mismo espacio, aunque sea en periodos distintos, sino que más bien hará que aumenten las tensiones entre ellos, lo que deriva en un clima nada adecuado para los menores.

5.2.2. Atribución de la vivienda al progenitor más necesitado

Estamos en el caso en que uno de los progenitores se encuentra en situación de mayor necesidad de uso de la vivienda que el otro, por lo que se le asignará esta y serán los hijos comunes los que van a ir rotando entre ambas residencias en función del periodo de guarda en cuya compañía deban estar.

Como punto a favor puede destacarse que se reduce el conflicto entre ambos ex cónyuges derivado del uso de una vivienda común, como ocurría con la medida anterior, pero sí es cierto que, durante el tiempo en que los hijos pasan con el progenitor al que no se le asigna la vivienda, estos quedarían fuera de su entorno vital, por lo que será requisito que ambos domicilios se encuentren próximos⁷⁵.

Su aplicación práctica utiliza como base legal el último párrafo del artículo 96.1 CC, ya que no aparece expresamente recogido en la ley y, según el cual, “*cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente.*”. Aunque como se puede observar no se trata del mismo supuesto por hablar este de una custodia repartida y no compartida, es posible aplicarlo a nuestro supuesto por analogía al quedar ambos progenitores en compañía de los hijos⁷⁶.

⁷⁴ STS de 17 de febrero de 2017 [RJ 474/2017]

⁷⁵ CUENA CASAS, M., “El régimen jurídico...”, op. cit., pp. 419

⁷⁶ CHAPARRO MATAMOROS, P., “La atribución...”, op. cit., p. 52

Así, el juez hará una ponderación de las circunstancias y especialmente dos factores, el primero es analizar el interés más necesitado de protección que será el que ayude a compaginar los periodos de residencia con ambos progenitores y el segundo atender a si la vivienda es propiedad de uno de ellos, de ambos o de un tercero. Será también posible una limitación temporal del derecho de uso de la misma, algo que la jurisprudencia raramente avalaba en el caso de la custodia monoparental, pero en este caso se hace una aplicación analógica del artículo 96.3 CC pensado para la ausencia de hijos⁷⁷.

5.2.3. Prescindir de la vivienda familiar

Se trata de proceder a la enajenación de la vivienda familiar para repartir entre ambos cónyuges la cantidad obtenida o la adjudicación a uno de ellos la titularidad dominical del total de la residencia, procediendo al abono de la mitad de su valor al otro. En su lugar, una solución óptima puede ser disponer de dos inmuebles próximos que hagan posible el mantenimiento del entorno para los menores.

Será una opción adecuada cuando el inmueble esté sujeto a elevadas cargas hipotecarias que hagan muy difícil para los progenitores hacer frente a la nueva situación económica resultante, ya que de la familia anterior se pasa a dos familias monoparentales con los mismos ingresos que antes, pero a la vez más gastos derivados de las necesidades habitacionales de cada parte⁷⁸.

5.3. Existencia de hijos con discapacidad

Este apartado cobra especial relevancia derivada de la última reforma del Código Civil que ha afectado al artículo 96 CC en materia de hijos con discapacidad, así en el primer párrafo ahora se establece que *“si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.”*

⁷⁷ STS de 24 de octubre de 2014 [RJ 4249/2014]. En el mismo sentido la STS de 13 de noviembre de 2018 [RJ 4930/2018]

⁷⁸ LÓPEZ- BREA MARTÍNEZ, M. C., “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial”, *El derecho de familia ante la crisis económica: la liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 295-296

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

Como precedente a esta modificación hay que resaltar dos sentencias del Tribunal Supremo que llegan a distinta conclusión partiendo de premisas bastante similares. La primera es la de 30 de mayo de 2012⁷⁹ que atribuye la vivienda familiar indefinidamente a la madre y al hijo mayor de edad incapacitado judicialmente, derivado de equipararlo jurídicamente con un menor del antiguo artículo.

Mientras que la segunda de 2017⁸⁰ otorga el inmueble por un periodo de tres años a la madre y su hija con discapacidad no reconocida judicialmente, al no considerar que deba equiparse el tratamiento de asistencia y protección de los menores con el de apoyo de los mayores de edad discapacitados.

Sin embargo, actualmente con la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica ya no se hace ninguna distinción entre las personas con discapacidad según tengan la capacidad modificada judicialmente o no, por lo que el nuevo artículo 96.1 CC se refiere a los hijos discapacitados de forma general, sin atender al grado tampoco.

En estas condiciones la palabra “conveniente” mencionada en ambos párrafos debe entenderse, por un lado, referido a los recursos económicos de los que se disponga y, por otro, a las necesidades concretas del hijo por la discapacidad que presente, es decir, a si la vivienda es adecuada en condiciones de accesibilidad y adaptación. El ejemplo más claro podría ser el de un inmueble habilitado y con ascensor y rampa en el portal teniendo un hijo con discapacidad física, ya que la búsqueda de otro con similares características podría ser complicada nada más producirse la ruptura familiar⁸¹.

⁷⁹ STS de 30 de mayo de 2012 [RJ 3791/2012]

⁸⁰ STS de 19 de enero de 2017 [RJ 113/2017]

⁸¹ CHAPARRO MATAMOROS, P., “La atribución...”, op. cit., p. 56

Por tanto, será el juez el encargado de valorar las circunstancias del caso en atención al tiempo de uso de la vivienda familiar, especialmente importante cuando los hijos discapacitados sean mayores de edad o próximos a serlo, ya que, siendo menores, tienen cabida perfectamente al amparo del primer párrafo del artículo 96.1 CC.

5.4. Ausencia de hijos comunes

Estamos ante el caso de que se produce la crisis matrimonial y en ese momento ya no hay hijos conviviendo en el domicilio familiar, ya sea porque no los tienen, ya sea porque se han independizado ya. En su origen se buscaba proteger a la mujer cuidadora del hogar y dependiente económicamente del marido que, una vez se producía la ruptura, quedaba en una posición débil, por lo que una de las medidas pensadas para remediarlo era la atribución de la vivienda que había venido siendo familiar.

En la nueva redacción del mencionado artículo este supuesto tiene cabida en el segundo párrafo, sin atender ya al interés superior de los hijos, sino a la necesidad habitacional del otro cónyuge que carece de medios económicos suficientes, aunque la regla general en este caso debe ser que el titular de los derechos sobre el inmueble mantenga su uso.

Igualmente, en opinión de GARCÍA MAYO⁸², no debemos olvidar que el derecho a la propiedad privada queda amparado en la Constitución, por lo que una limitación a la misma debe proceder si no hay otras formas alternativas de protección y no solo atendiendo a criterios económicos, también sociales como el estado de salud.

En lo referente a la atribución del uso de este derecho, el propio artículo indica que se debe fijar un tiempo prudencial, ya que el proceso matrimonial no puede acabar siendo una carga perpetua en el tiempo⁸³. Por ello, el Tribunal Supremo revoca aquellas sentencias en las que este no se concrete en un plazo, como ocurre en la de 29 de mayo de 2015⁸⁴: *“en el caso, la atribución del uso de la vivienda sin limitación temporal alguna, vulnera lo dispuesto en el art. 96.3 y la jurisprudencia de esta Sala que lo interpreta, puesto que existe una previsión legal del tiempo de uso”*.

⁸² GARCÍA MAYO, M., “Vivienda familiar...”, op. cit., p. 93

⁸³ ANGUIA RÍOS, R.M, “El acceso a la vivienda...”, op. cit., p. 120

⁸⁴ STS de 29 de mayo de 2015 [RJ 2220/2015]

El Alto Tribunal también acude a este precepto cuando en el matrimonio hay hijos comunes, pero son ya mayores de edad, debido a que las necesidades de estos deben cubrirse al amparo del derecho de alimentos que se contempla en el artículo 142 y siguientes CC, ya que su elección de con quién irse a vivir no puede condicionar el uso que se le vaya a dar al domicilio familiar⁸⁵.

Un caso práctico lo encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo 624/2011⁸⁶ en el que la mujer pide que se le devuelva el derecho de uso sobre la vivienda familiar que ha sido adjudicada a su expareja porque sus hijos mayores de edad deciden vivir con él, incluso quedando probado que ella se quedó fuera del mercado laboral durante un largo periodo por dedicarse al cuidado del hogar y ahora dependía económicamente de este.

Así queda fijada doctrina jurisprudencial de que *“la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del artículo 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.”*

6. ANÁLISIS DE LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO CIVIL

La reciente Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica es un esfuerzo por el legislador de adaptarse a lo acordado en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York en 2006.

En lo que se refiere al artículo 96 CC, que se ha visto modificado por la misma, había sido ya criticado por muchos autores su falta de adecuación al tiempo actual, más en un momento en que el precio de la vivienda no ha parado de crecer. Además, han sido demasiadas las veces que se ha tenido que recurrir a la jurisprudencia para completar su sentido, llegando incluso a veces a pronunciamientos contradictorios, por lo que una modificación urgente era bastante necesaria.

⁸⁵ RUBIO TORRANO, E., “El interés más necesitado...”, op. cit., pp. 11-13

⁸⁶ STS de 5 de septiembre de 2011 [RJ 6237/2011]

6.1. Aclaración sobre los hijos menores comunes

En la antigua redacción del artículo se aludía al término “hijos” con carácter genérico, por lo que la primera duda que podía surgir era si entre ellos se incluía a los no comunes, ya que podría darse el caso de que uno de los cónyuges se viera privado de su propiedad por proteger el interés de un hijo que no es suyo.

Mayoritariamente se entendía por la doctrina y jurisprudencia que este solo debía hacer referencia a los comunes, como ahora se recoge expresamente en la letra del precepto. Sin embargo, en opinión de ORDÁS ALONSO⁸⁷ sería conveniente también incluir a los no comunes que sean del que ostenta la propiedad del inmueble, ya que, de lo contrario, podría alcanzarse una solución injusta como en el caso de un padre titular del mismo y con dos hijos de una relación anterior, pues tendrían que abandonar la vivienda si se le atribuye la guarda y custodia del hijo común junto con el domicilio familiar a la madre.

Otro debate que finalmente queda aclarado al indicarse expresamente que el primer párrafo del nuevo 96.1 CC solo alude a los menores, es el relativo a los mayores de edad económicamente dependientes. En este sentido, el Tribunal Supremo sentó jurisprudencia en la sentencia de 5 de septiembre de 2011 ya mencionada, estableciendo que estos no se incluían en el precepto, sino que, para decidir el destino de la vivienda familiar había que acudir al antiguo 96.3 CC en el caso de ausencia de hijos en el matrimonio en el que habrá que estar a cuál es el interés más necesitado de protección y no al superior del menor.

Sin embargo, una parte de la doctrina seguía defendiendo la tesis de que estos no alcanzaban la independencia solo por cumplir dieciocho años, por lo que, probando que realmente se encuentran en situación de necesidad, sería posible una atribución temporal de la vivienda al progenitor que quedara en su compañía mientras esta se mantenga⁸⁸.

Por ello, ahora el legislador también se ha preocupado de indicar cuál es el régimen que se les debe aplicar a los mayores que continúan viviendo en el domicilio familiar y siguen dependiendo económicamente de los progenitores. De manera que hay que acudir al

⁸⁷ ORDÁS ALONSO, M., “La atribución del uso de la vivienda familiar en la nueva redacción del art. 96”, *La vivienda en las crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 287-288

⁸⁸ CERVILLA GARZÓN, M. D., “La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular”, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 39

párrafo tercero del actual 96.1 CC, que nos deriva al artículo 142 y siguientes CC, relativos al deber de alimentos entre parientes dentro de los que se incluye la habitación.

El régimen que en esta serie de preceptos se contempla es que el progenitor del mayor de edad puede satisfacer esta obligación de dos maneras, por un lado, teniéndolo en cuenta a la hora de fijar la cantidad en concepto de alimentos y, por otro, manteniendo a este en su domicilio; en ningún caso será su decisión acerca de con cuál de los dos padres vivir la que marque el destino de atribución de la vivienda⁸⁹.

La duda podría venir ahora de ver qué se entiende en el texto del 96.3 CC por “independencia económica”. Parece claro que no se trata solamente de equipararlo al acceso al mercado laboral, sino que el puesto de trabajo debe permitir llevar un nivel de vida similar al anterior o, al menos a uno digno; igualmente no se considerará una necesidad si el hijo por simple desidia es el que decide no esforzarse en encontrar o desarrollar un oficio.

6.2. La situación de los hijos discapacitados

En el antiguo texto del artículo 96 CC no se hacía referencia ninguna a los hijos discapacitados, sino que hubo que acudir a la jurisprudencia para determinar cuál era su régimen aplicable. Por eso, en la sentencia ya mencionada de 30 de mayo de 2012, se concretó que estos debían equipararse a los menores de edad en lo relativo a la atribución de la vivienda familiar, recogido en el primer párrafo del artículo, argumentando que su interés también necesitaba especial protección.

Sin embargo, hay que poner de relieve que los términos incapacidad y discapacidad no eran conceptos equivalentes, ya que, para considerarse esto primero, se debía tener la capacidad modificada judicialmente y para lo segundo no, como se pone de manifiesto en la sentencia 31/2017 de 19 de enero en la que no se estima la petición de la madre que solicitaba la atribución de la vivienda familiar indefinidamente por vivir con la hija discapacitada.

El principal argumento para no equiparar a los menores de edad con los mayores discapacitados hacía referencia a la temporalidad del derecho. Esto es, se atribuye la

⁸⁹ GARCÍA MAYO, M., “El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art. 96 CC”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 3, 2021, pp. 190-191

vivienda al progenitor custodio de los primeros porque se sabe que hay un límite en el tiempo que será, al menos, la mayoría de edad, pero en el caso de la discapacidad no existe este plazo debido a que esta situación en principio se va a seguir manteniendo de forma indefinida y lo que no se puede es pretender que el artículo 96 CC actúe como expropiatorio de una de las partes⁹⁰. Aunque en opinión de ORDÁS ALONSO⁹¹, esto mismo debería llevar al Tribunal a rechazarlo también en el caso de incapacidad, algo que no ocurre en la primera sentencia de 2012.

Así, en la propia sentencia se indica *“prescindir de este límite temporal en el caso de hijos discapacitados o con la capacidad judicialmente modificada en razón a dicho gravamen o limitación sería contrario al artículo 96 CC, y con ello dejaría de estar justificada la limitación que este precepto prevé a otros derechos constitucionalmente protegidos, pues impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida, que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad”*.

Por lo que indica que no puede haber una equiparación total entre el interés superior del menor y el del mayor con discapacidad, y atribuye el uso de la vivienda a la madre durante tres años, periodo tras el cual el deber de habitación se satisfará mediante los artículos 142 y siguientes CC, relativos a los alimentos, entre ambos progenitores.

En conclusión, para el Tribunal Supremo, respecto a la atribución de la vivienda familiar pensada para los hijos menores del antiguo artículo 96.1 CC, estos debían equipararse con los que tienen la capacidad judicialmente modificada o incapacitados, por tratarse de un nuevo estado civil, pero no con los que tienen discapacidad, por no haber sido parte de un proceso especial de incapacitación⁹².

Actualmente, con la aprobación de la nueva Ley se sustituye la incapacitación por un régimen de apoyo a los discapacitados y el marco normativo del artículo 96 CC contempla dos supuestos: por un lado, que existan hijos discapacitados menores que se espera que al alcanzar la mayoría de edad sigan necesitando hacer uso de la vivienda familiar, en

⁹⁰ GARCÍA MAYO, M., “El uso de la vivienda...”, op. cit., pp. 200-202

⁹¹ ORDÁS ALONSO, M., “La atribución del uso...”, op. cit., pp. 305

⁹² ORDÁS ALONSO, M., “La atribución del uso...”, op. cit., pp. 303-304

cuyo caso se fijará un plazo de duración y, por otro, que estos sean ya mayores de edad pero continúen necesitando este apoyo, con lo que se equipararían a los primeros.

Así, seguir en el domicilio familiar no va a tener lugar siempre, sino solo cuando se crea “conveniente” por la autoridad judicial, lo que le dará un amplio margen de estudio del caso concreto y se estimará solo en las situaciones en las que la necesidad habitacional del discapacitado no sea posible satisfacerse de otra manera, ponderándolo con el derecho de propiedad del progenitor no custodio⁹³.

6.3. Modificación del artículo 96.3 del Código Civil

El cuarto párrafo del referido artículo es el que se encargaba de la protección del derecho de uso de la vivienda familiar mediante la limitación de la facultad de disponer de la misma por el cónyuge titular, que tiene por finalidad proteger el interés de la familia, algo que ya se materializaba durante el matrimonio por medio del artículo 1320 CC y que puede destruirse con autorización judicial o del no propietario.

Con la nueva Ley se incluye en el mismo una línea dedicada a su inscripción en el Registro de la Propiedad, algo que se había debatido en torno a la naturaleza jurídica del derecho de uso y a lo que eran favorables tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de los Registros y del Notariado. Con ello se busca evitar que aparezca un posible adquirente de buena fe que quedara protegido al amparo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ya que al quedar inscrito es un derecho oponible frente a terceros.

Como tampoco se indicaba en la primera redacción qué ocurría con el negocio jurídico hecho por el que no tenía poder de disposición, una parte de la doctrina consideró, aplicando por analogía el artículo 1322 CC, que se trataba de un acto anulable, pero no se decía nada acerca de la protección del adquirente de buena fe, algo que ahora se recoge expresamente en la línea final del precepto⁹⁴.

⁹³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “ONCE. El artículo 96 CC”, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 157-158

⁹⁴ ORDÁS ALONSO, M., “La atribución del uso...”, *op. cit.*, pp. 308-309

Aunque para GARCÍA MAYO⁹⁵ se trata de una prohibición de disponer que deriva de la ley, por lo que, mediante la publicidad posesoria en el Registro, el tercero quedaría obligado a comprobar en base a qué título, no siendo posible ya alegar la buena fe sobre el acto.

6.4. Deficiencias en la reforma

Esta modificación tan pedida por la doctrina tenía como finalidad la adaptación del precepto al tiempo actual, sin embargo, no puede ser así sin una mención en el mismo a la guarda y custodia compartida que cada vez alcanza más relevancia en las resoluciones de nulidad, separación y divorcio.

Igualmente se sigue vinculando en todo caso la custodia monoparental con la atribución del uso de la vivienda, sin que sea posible una ponderación de los intereses en juego o de la capacidad económica de los progenitores con soluciones como la compensación económica al que se ve privado del uso u otras vías mediante las que el menor pueda seguir en su entorno, pero sin residir hasta la mayoría de edad en el domicilio familiar, prohibiendo a la otra parte su total uso y disposición.

Además, se sigue sin resolver la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda por el cónyuge no propietario, ya que, a pesar de contemplar ahora su inscripción en el Registro de forma explícita, no hace lo propio sobre si es real o personal, ni acerca de la patrimonialidad del mismo, dejando el debate abierto de nuevo⁹⁶.

7. CONCLUSIONES

PRIMERA. A la vivienda familiar se le otorga una protección especial por parte del legislador, pero ante la ausencia de una definición legal de la misma, podemos concluir a través de distintos pronunciamientos de doctrina y jurisprudencia que es el lugar donde

⁹⁵ GARCÍA MAYO, M., “El uso de la vivienda...”, op. cit., p. 209

⁹⁶ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “ONCE. El artículo 96 CC”, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 162

la familia reside de forma habitual y permanente y, por ende, cumple sus responsabilidades domésticas y satisface sus necesidades primarias⁹⁷.

Así, de la misma podemos observar la exigencia de habitabilidad y habitualidad, por lo que hay que valorar los casos en los que la familia posee más de una vivienda, siendo distinto del caso en que es solo uno de los cónyuges el que habita temporalmente en otra residencia, y también si en ella se realiza algún tipo de actividad profesional. La regla general establecida por el Tribunal Supremo es que, si no hay acuerdo entre las partes, será la no atribución de un domicilio distinto del familiar como podría ser la de recreo y la no consideración como tal de un local de negocios independiente, pero sí si se trata de un uso profesional de forma subsidiaria en el principal es responder al interés familiar.

Igualmente, es posible que surjan dudas en lo relativo a si considerar otras dependencias anexas a la vivienda familiar como partes de la misma como podría ser un garaje o trastero, tendremos que atender a si estas tienen una funcionalidad separada o si solo pueden usarse a través del paso por el inmueble, en cuyo caso se atribuirá su uso junto con el de la vivienda.

SEGUNDA. Respecto al debate surgido en los últimos tiempos acerca de la naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar, la jurisprudencia concluye que tiene un carácter familiar, por lo que al descartar la patrimonialidad ya no sería necesario distinguir entre si es real o personal.

Sin embargo, para una gran parte de la doctrina esta solución no es satisfactoria ya que uno de los cónyuges va a poder seguir haciendo uso de la vivienda familiar, lo que le va a reportar un enriquecimiento directo, algo que la jurisprudencia considera que no se debe tener en cuenta por darle a este derecho un carácter asistencial, es decir, la atribución de la vivienda familiar vendrá condicionada siempre por la protección del interés de más necesitado de protección, que como regla general será el de los menores.

TERCERA. Con motivo de la crisis matrimonial se va a iniciar un proceso para modificar la relación jurídica entre los cónyuges, para ello será necesario adoptar una serie de medidas entre las que se encuentra la adjudicación de la vivienda familiar. Las previas tienen lugar en un momento anterior a la presentación de la demanda y son de carácter temporal al ser necesaria su ratificación posterior; en segundo lugar, con la presentación

⁹⁷ GARCÍA MAYO, M., “Vivienda familiar...”, op. cit., p. 47

de la misma ya serán medidas provisionales en las que, con carácter general, se atribuye la vivienda familiar al progenitor custodio de los hijos menores.

Por último, entran en juego las medidas definitivas una vez que la sentencia ya es firme. Estas pueden modificar lo que se acordara en sede de medidas provisionales o ser totalmente nuevas porque no se hubieran previsto antes. Si hay acuerdo entre los cónyuges se plasmará a quién le corresponde el uso de la vivienda familiar en el convenio regulador y, de lo contrario, se adjudicará judicialmente aplicando los criterios del artículo 96 CC partiendo de la presunción de que el interés de los hijos será el más necesitado de protección.

CUARTA. En la práctica la adjudicación de la vivienda familiar va a estar muy ligada a la persona que vaya a tener la guarda y custodia de los hijos menores después de la crisis familiar, es decir, se le atribuye un derecho de uso al progenitor sin tener en cuenta de quién sea propiedad. Sin embargo, en los últimos tiempos la jurisprudencia está flexibilizando este criterio teniendo en cuenta los intereses en juego de todas las partes.

Así, aunque el Tribunal Supremo se mostró contrario a limitar la extensión temporal del derecho, ya hay pronunciamientos en los que se considera que, a pesar de fijar un tiempo de uso, la necesidad habitacional del menor va a seguir estando cubierta. Igualmente, si las condiciones de la vivienda lo permiten, se podrá considerar también una división física de la misma que haga que las dos partes queden separadas, pero sigan siendo habitables y que facilitará la comunicación entre padres y madres e hijos.

Otras soluciones menos frecuentes podrían ser la atribución de una vivienda distinta de la familiar, siempre que esta pertenezca a un tercero y con ello se proteja el interés del menor o que esta se otorgue al cónyuge no custodio si el otro dispone de medios para asegurar la necesidad habitacional de los hijos.

QUINTA. A pesar de que la custodia compartida de los menores entre ambos progenitores es una solución cada vez más común, el artículo 96 CC no la prevé literalmente, por lo que la jurisprudencia ha tenido que completar su contenido con soluciones como la adjudicación de la vivienda de forma alterna entre los dos sin que los hijos tengan que salir del domicilio familiar, aunque hay que tener en cuenta que supone un alto coste económico para las partes.

También será posible que esta se le asigne a uno de los progenitores si se encuentra más necesitado y sean los hijos los que roten entre ambas viviendas, siendo muy deseable que estén próximas entre sí y pudiéndose establecer un tiempo de uso limitado; así como que se opte por enajenar la vivienda familiar o que uno compre al otro la mitad del valor de la misma.

SEXTA. El caso en que hay hijos con discapacidad en el matrimonio cobra especial importancia en este momento derivado de la Ley 8/2021 de 2 de junio debido a que ya no se distingue entre los que tienen la capacidad modificada judicialmente o no, sino que solo se atiende a si son discapacitados. Así, el juez valorará las necesidades particulares del hijo discapaz y los recursos económicos de los que se disponga.

Cuando no haya hijos comunes en el matrimonio habrá que observar si uno de los dos cónyuges tiene un interés necesitado de especial protección, en cuyo caso una solución podría ser atribuirle el uso de la vivienda familiar por un tiempo concreto, aunque esto solo procederá si no hay otros medios de protección. De forma analógica se adopta este criterio cuando los hijos comunes son mayores de edad, ya que su necesidad habitacional debe cubrirse al amparo del artículo 142 y siguientes CC.

SÉPTIMA. La Ley 8/2021 ha traído consigo la reforma del artículo 96 CC para aclarar términos que hasta ahora tenían que ser interpretados por la doctrina, pero que para muchos autores sigue sin permitir adaptarse a la realidad social actual, ya que no hace mención alguna a la guardia y custodia compartida, ni se permite al juez valorar otras vías de satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos sin estar en el domicilio familiar hasta la mayoría de edad.

Así, se indica expresamente que el primer párrafo del mismo solo alude a los hijos comunes menores de edad, remitiendo en el tercero al régimen del artículo 142 y siguientes CC para los mayores de edad económicamente dependientes.

En un momento anterior a la reforma no había ninguna mención que hiciera referencia a los hijos discapacitados, pero actualmente se contempla un tiempo de uso para el caso de que estos sean menores y se prevea que sigan necesitando de la vivienda familiar una vez sean mayores o que directamente ya lo sean, pero continúen necesitando de esta ayuda, en cuyo caso será el juez el que valore el supuesto concreto.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los artículos 40 y 41”, *Comentarios al Código Civil*, t. I, vol. III, Edersa, Madrid, 2004

ÁLVAREZ VIGARAY, R., “El domicilio”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2, 1972.

ANGUITA RÍOS, R.M., “El acceso a la vivienda: algunas situaciones problemáticas en torno a la pareja”, *Universitas. Revista de filosofía, derecho y política*, 14, 2011.

AÑÓN LARREY, A., “El derecho sobre la vivienda familiar establecido por acuerdo entre los cónyuges como derecho real de uso y habitación en los casos de crisis matrimonial”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2020.

Asociación Española de Abogados de Familia. (2008, 28, 29 y 30 de octubre). III Encuentro de magistrados y jueces de familia y asociaciones de abogados de familia [Comunicado de prensa]. <https://www.reicaz.org/agrupcol/sfamilia/3enjuasf.pdf>

BAÑÓN GONZÁLEZ, A. M., “La atribución del uso de la vivienda familiar. Aspectos registrales”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 bis, 2015.

BLANCO GARCÍA, A. I., “La atribución de la vivienda familiar común en la LEC”, *La vivienda en las crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

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

CERVILLA GARZÓN, M. D., “Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día”, *Indret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2017.

CHAPARRO MATAMOROS, P., “La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España”, *La vivienda en las crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

CUENA CASAS, M., “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2, 2014.

CUENA CASAS, M., “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, *Tratado de derecho de la familia*, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2011.

DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Comentario al art. 96 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, Madrid, Tomo I, 2013.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “ONCE. El artículo 96 CC”, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, Pamplona, 2021.

ELORRIAGA DE BONÍS, F., “*Régimen jurídico de la vivienda familiar*”, Aranzadi Thomson Reuters, 1996.

ESPIAU ESPIAU, S., “*La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*”, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992.

GARCÍA MAYO, M., “*Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*”, Reus, Madrid, 2019.

GARCÍA MAYO, M., “El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art. 96 CC”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 3, 2021.

GARCÍA PRESAS, I., “*Los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis de pareja*”, Reus Editorial, Madrid, 2019.

GIL MEMBRADO, C., “*La vivienda familiar*”, Reus, 2013.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “ONCE. El artículo 96 CC”, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, Pamplona, 2021.

Instituto Nacional de Estadística. (2021, 27 de septiembre). Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios (ENSD) Año 2020 [Comunicado de prensa]. https://www.ine.es/prensa/ensd_2020.pdf

LÓPEZ- BREA MARTÍNEZ, M. C., “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial”, *El derecho de familia ante la crisis económica: la liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Dykinson, Madrid, 2010.

LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, M. C., “*El Derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad legal de gananciales*”, Dykinson, Madrid, 2020.

LUQUE JIMÉNEZ, M. C., “*La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*”, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2012.

MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “*Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art.96, P.I, 2 Y 3 CC)*”, Civitas, Navarra, 2005.

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

MORENO VELASCO, V., “Atribución del uso de inmuebles distintos de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de parejas de hecho”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, núm. 7105, 2009.

MUÑOZ DE DIOS, M., “La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 CC”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, EDERSA, Madrid, Tomo 27, 1987

ORDÁS ALONSO, M., “*La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*”, Wolters Kluwer, 2018.

ROCA TRÍAS, E., “Comentario al artículo 39 de la Constitución española”, *Comentarios a la Constitución española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

RUBIO TORRANO, E., “El interés más necesitado de protección en la atribución del uso de la vivienda familiar”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil.*, núm. 8, 2011.

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

SERRANO GÓMEZ, E., “*La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*”, Tecnos, Madrid, 1999.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo:

STS de 31 de diciembre de 1994 [RJ 20231/1994]

STS de 20 de febrero de 1995 [RJ 892/1995]

STS de 13 de julio de 1996 [RJ 4336/1996]

STS de 14 de enero de 2010 [RJ 1894/2010]

STS de 1 de abril de 2011 [RJ 2053/2011]

STS de 5 de septiembre de 2011 [RJ 6237/2011]

STS de 10 de octubre de 2011 [RJ 6496/2011]

STS de 30 de abril de 2012 [RJ 3056/2012]

STS de 9 de mayo de 2012 [RJ 3057/2012]

STS de 30 de mayo de 2012 [RJ 3791/2012]

STS de 31 de mayo de 2012 [RJ 3850/2012]

STS de 5 de noviembre de 2012 [RJ 7071/2012]

STS de 15 de marzo de 2013 [RJ 1021/2013]

STS de 16 de junio de 2013 [RJ 3347/2013]

STS de 19 de noviembre de 2013 [RJ 5509/2013]

STS de 24 de octubre de 2014 [RJ 4249/2014]

STS de 29 de mayo de 2015 [RJ 2220/2015]

STS de 22 de julio de 2015 [RJ 3827/2015]

STS de 19 de enero de 2017 [RJ 113/2017]

STS de 17 de febrero de 2017 [RJ 474/2017]

STS de 19 de octubre de 2017 [RJ 3724/2017]

STS de 13 de noviembre de 2018 [RJ 4930/2018]

STS de 20 de noviembre de 2018 [RJ 3882/2018]

STS de 26 de octubre de 2020 [RJ 3562/2020]

STS de 23 de septiembre de 2020 [RJ 3033/2020]

STS de 24 de mayo de 2021 [RJ 2163/2021]

Audiencias Provinciales:

STS de 29 de abril de 1994 [RJ 22264/1994]

SAP de Barcelona de 11 de noviembre de 2004 [Roj: SAP B 13575/2004]

SAP de Jaén de 28 de abril de 2005 [Roj: SAP J 235/2005]

SAP de Murcia de 3 de julio de 2006 [Roj: SAP MU 1491/2006]

SAP de Madrid de 12 de febrero de 2007 [Roj: SAP M 3758/2007]

SAP de Valencia de 4 de diciembre de 2012 [Roj: SAP V 6855/2002]

SAP de Cáceres de 7 de mayo de 2018 [SAP CC 384/2018]

Resoluciones de la DGRN:

DGRN de 20 de febrero de 2004

LEGISLACIÓN

Código Civil

Constitución Española

Código Civil Catalán

Ley de Enjuiciamiento Civil

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

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

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021