



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

La atribución de la vivienda familiar

Presentado por:

María Ferrer Rodríguez

Tutelado por:

Cristina Guilarte Martín-Calero

Valladolid, 11 de julio de 2021

RESUMEN

El presente trabajo de fin de grado tiene como objetivo principal analizar la evolución jurisprudencial acaecida con el transcurso de los años en relación con la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial. En la actualidad, se trata de un tema especialmente relevante dado el aumento de separaciones y divorcios que acontecen en nuestra sociedad, además de la presencia de un contenido especialmente casuístico que se ha de analizar con especial rigor atendiendo a las circunstancias concurrentes de cada caso en particular.

PALABRAS CLAVE

Derecho de uso; vivienda familiar; crisis matrimonial; separaciones y divorcios; casuística.

ABSTRACT

The present dissertation is made with the objective of analyze the precedent evolution occurred with the passing of the years in relation with the attribution of right of usufruct over family home in case of married crisis. At present, it concerns to a primarily relevant matter due to the rise of separations and divorces that happened in our community, besides the witness of a especially casuistic contents that it must be analyzed with special rigour attending to concurrent situations of every matter.

KEY WORDS

Right of usufruct; family home; married crisis; separations and divorces; casuistic contents.

ABREVIATURAS

AP: Audiencia Provincial

Art.: Artículo

CDFA: Código de Derecho Foral de Aragón

CC: Código Civil

CCat: Código Civil Catalán

IBI: Impuesto sobre bienes inmuebles

LeCrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LO: Ley Orgánica

SS: siguientes

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN

2. LA VIVIENDA FAMILIAR

2.1. Concepto general y requisitos de habitabilidad y habitualidad

3. CRITERIOS LEGALES DE ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR, ESPECIAL REFERENCIA A LOS ARTÍCULOS 90 Y 96 DEL CÓDIGO CIVIL

3.1. En caso de ruptura por mutuo acuerdo

3.2. En caso de ruptura contenciosa

4. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIONES NO REGULADAS POR LA LEY

4.1. Habiendo hijos

4.1.1. *Existiendo custodia partida o distributiva*

4.1.2. *Existiendo custodia compartida*

4.2. A falta de hijos o siendo estos mayores de edad

4.3. Existencia de terceros titulares de la vivienda familiar

4.3.1. *Vivienda familiar en arrendamiento*

4.3.2. *Vivienda familiar cuyos titulares son los padres de uno de los cónyuges*

4.4. Situaciones especiales

4.4.1. *Hijos mayores de edad no independientes económicamente*

4.4.2. *Hijos mayores de edad con discapacidad*

4.4.3. *Hijos extramatrimoniales*

4.4.4. *Supuestos de violencia doméstica o de género*

4.4.5. *Atribución conjunta con división material de la vivienda*

4.4.6. *Alternancia temporal o vivienda nido*

4.4.7. *Atribución a otros familiares por razón de la custodia de los hijos menores*

5. ASUNCIÓN DE LOS GASTOS DE LA VIVIENDA FAMILIAR

6. COMPENSACIÓN ECONÓMICA AL CÓNYUGE PRIVADO DEL USO

7. EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA

8. SITUACIONES ANÁLOGAS EN LA RUPTURA DE PAREJAS DE HECHO

9. DERECHO COMPARADO Y NORMATIVA FORAL EN ESPAÑA

10. REFORMA DE LOS ARTÍCULOS 91 Y 96 DEL CÓDIGO CIVIL

11. CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

ANEXO LEGAL

ANEXO JURISPRUDENCIAL

LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

1. INTRODUCCIÓN

Cuando nos enfrentamos a un supuesto de crisis matrimonial se han de tomar una serie de consideraciones y medidas que regirán sobre la nueva situación a la que se enfrenta el matrimonio. Una de las circunstancias más elementales sobre la que se han de pronunciar los Tribunales es la atribución de la vivienda familiar, aquella sobre la que los cónyuges y los hijos, si los hubiere, han venido desarrollándose como unidad familiar. Asimismo, el trabajo ha sido desarrollado en atención a la jurisprudencia más reciente de nuestro país, pues nos encontramos ante una materia especialmente casuística en donde los Jueces poseen una amplia facultad decisiva ya que el contenido de la normativa legal general es claramente insuficiente, y, además, a través de esta óptica tan práctica podremos analizar la evolución que han ido presentando las diferentes líneas jurisprudenciales utilizadas a lo largo de los años.

Como podremos comprobar, la existencia de hijos en el matrimonio, especialmente si se trata de menores de edad, es uno de los hechos que más trascendencia remite, puesto que nuestro Ordenamiento Jurídico se rige en la toma de decisiones por el principio de interés superior del menor. Del mismo modo, la guarda y custodia de los menores será una de las coyunturas más determinantes en la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar.

Nos enfrentamos entonces a casos especialmente particulares, bien sea porque la vivienda es propiedad en exclusiva de uno de los cónyuges; porque existan cargas hipotecarias sobre el inmueble que han de ser abonadas a pesar de la disolución matrimonial; porque en la pareja cohabiten hijos menores extramatrimoniales junto a hijos comunes; o porque alguno de los menores presente alguna discapacidad; entre otras muchas circunstancias que se habrán de analizar, dado, como ya hemos dicho, la amplia variedad de situaciones que nos encontramos en esta sociedad tan desarrollada.

A lo largo del trabajo se analizarán diversas cuestiones, comenzando por un concepto general de la vivienda familiar y la caracterización del derecho de uso que se viene a atribuir a uno de los cónyuges o a los hijos una vez acaecida la disolución del matrimonio. Posteriormente, nos adentraremos en el estudio jurisprudencial de las situaciones a las que nos podemos

enfrentar, para terminar de desarrollar el contenido central con menciones a ciertos aspectos más específicos que configuran los detalles de esta nueva situación, como es la asunción de los gastos por parte de los cónyuges derivados del uso de la vivienda o las causas de extinción del derecho.

Para finalizar con el análisis de este tema, he considerado oportuno hacer referencia a tres aspectos interrelacionados con el asunto central y que se encuentran a la orden del día en nuestros Tribunales. En primer lugar, una comparativa a la situación en que se encuentran las parejas de hecho; en segundo lugar, un comentario a la regulación existente en los países de nuestro entorno y a la normativa foral en España; y, por último, una breve mención a la exigencia por parte de la doctrina de una actualización del artículo 96 CC, así como a la modificación vigente acaecida por la Ley 8/2021, de 2 de junio que entrará en vigor el próximo día 3 de septiembre.

2. LA VIVIENDA FAMILIAR

2.1. Concepto general y requisitos de habitabilidad y habitualidad

El concepto general sobre la vivienda familiar no aparece bien definido en ninguno de los textos legales que componen nuestro Ordenamiento Jurídico, no obstante, encontramos recurrentes menciones indirectas¹ que nos permiten hacernos una idea acerca de la importancia que recobra este término más allá de la institución familiar.

Es por ello por lo que, con el transcurso de los años, gracias a la doctrina y jurisprudencia hemos podido ir perfilando y ajustando a las situaciones actuales el concepto de vivienda familiar, circunstancia esencial en aras de proceder a la correcta aplicación de los citados preceptos.

Asimismo, cabe destacar que el concepto de vivienda familiar se corresponde con “el domicilio conyugal o en pareja, residencia habitual, en la que se desenvuelven las actividades familiares y con la que se cubre la necesidad de alojamiento permanente de los miembros que

¹ Vid. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE 206, de 25 de julio de 1889 (Ref.: BOE-A-1889-4763). Arts. 90, 91, 96, 103, 1320, 1357, 1406 y 1407.

conforman la familia” (Cfr. González Coloma G., *“Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución del uso de la vivienda familiar”*, 2018, pág. 109).

Con el fin de configurar un concepto concreto, la jurisprudencia ha considerado que se deben presentar diferentes requisitos o notas características en torno a la vivienda. El elemento objetivo lo encontramos en la habitabilidad de esta, pues ha de tratarse de un espacio en donde a familia pueda habitar dignamente en condiciones adecuadas², aceptándose incluso por la jurisprudencia otros espacios como barcos o autocaravanas que satisfacen las necesidades primarias de la familia, pero no cabañas, chozas, solares o chabolas que no mantienen las condiciones adecuadas para ser ocupadas.

Por otro lado, para considerar la vivienda “familiar”, tal y como así ha venido a interpretar la doctrina a lo largo del tiempo, la familia que en ella habite lo ha de hacer de manera habitual, con una intención de permanencia, es decir, es necesario que se encuentren presentes las notas de habitualidad y de convivencia, bien sea marital o no³.

En la misma línea, hemos de destacar resoluciones judiciales, como la Sentencia del TS de 31 de mayo de 2012 que reitera la necesidad de apreciar los requisitos mencionados, afirmando, en relación con la vivienda familiar, que “debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. (...) Es un concepto no definido en el Código civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el artículo 70 CC , en relación al domicilio de los cónyuges”⁴, así como la Sentencia del TS de 19 de noviembre de 2013, en donde se recoge que la vivienda familiar “no es otra que aquella en que la familia ha convivido como tal, con una voluntad de permanencia”⁵.

Es por ello por lo que este requisito de habitualidad excluye de la consideración de vivienda familiar las segundas viviendas destinadas al uso vacacional o estacional, en las que se habrá de atender al convenio regulador de divorcio pactado por los cónyuges aun cuando este no fuese ratificado posteriormente por un Tribunal, siempre que concurren consentimiento,

² Vid. Pinto Andrade C., *“La atribución del uso de la vivienda familiar”*, Ed. Bosch, 2011, pág. 41.

³ Vid. González Coloma G., *“Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución del uso de la vivienda familiar”*, Ed. Dykinson, 2018, pág. 111.

⁴ Vid. STS 3850/2012, Núm. Res.: 340/2012, Núm. Rec.: 1057/2011. FJ 3.

⁵ Vid. STS 5509/2013, Núm. Res.: 726/2013, Núm. Rec.: 357/2012. FJ 2.

objeto, causa, y no existan motivos de invalidez; o, en caso de divorcio contencioso, se atribuirá el derecho de uso de este tipo de viviendas en función de lo acordado por el Juez.

En conclusión, se unifica doctrina por el TS afirmando en la Sentencia de 9 de mayo de 2012 que “la atribución de otras residencias de la familia o de otros locales debe efectuarse de acuerdo con las reglas del régimen económico matrimonial”⁶ y se mantiene en resoluciones más recientes, como la Sentencia de 3 de marzo de 2016, en la que se establece que “en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar”⁷.

A continuación, se ha de hacer referencia a los espacios anexos a la vivienda principal como trasteros, garajes y buhardillas. En este sentido, se ha de atender en exclusiva a la casuística, ya que la doctrina y la jurisprudencia han venido adoptando posturas diferenciadas en función de la situación a la que nos hayamos de enfrentar.

De este modo, se ha entendido que, si nos encontramos ante viviendas unifamiliares donde tales anexos conforman un todo inseparable, parece que la solución más adecuada será extender un único derecho de uso sobre todo ello; mientras que, si los espacios anexos son independientes a la vivienda familiar y los mismos se encuentran separados, pudiendo el cónyuge privado del uso disfrutarlos y obtener algún tipo de aprovechamiento, parece que lo más razonable será litigar acerca del derecho a uso de cada uno de esos espacios anejos a la vivienda, debiendo tener presentes las circunstancias concretas de cada situación.⁸

A tal efecto podemos encontrar jurisprudencia menor contradictoria; a destacar la Sentencia de la AP de La Coruña de 22 de marzo de 2013 que mantiene el criterio de indivisibilidad al entender que “la vivienda familiar cuyo uso se atribuye debe considerarse como una unidad, con todos los anexos inherentes, como parte de los elementos que utilizaba la familia en la situación ordinaria de convivencia. Hacer distinciones sobre el uso de elementos anejos,

⁶ Vid. STS 3057/2012, Núm. Res.: 284/2012, Núm. Rec.: 1781/2010. FJ 4.

⁷ Vid. STS 800/2016, Núm. Res.: 129/2016, Núm. Rec.: 2581/2014. FJ 1.

⁸ Vid. González Coloma G., “*Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución del uso de la vivienda familiar*”, Ed. Dykinson, 2018, pág. 122.

cuando no hay un acuerdo entre las partes y la convivencia posterior discurre por unos cauces muy normalizados, supone alterar el concepto de domicilio familiar”.⁹

Sin embargo, en oposición a lo expuesto, la Sentencia de la AP de Cuenca de 28 de noviembre de 2006 permite la atribución diferenciada del uso de la cochera con respecto a la vivienda que el cónyuge privado del uso utilizaba como almacén de los materiales de su profesión, ya que “la cochera se puede independizar mediante la colocación de un sistema de cierre que impida la comunicación con el resto de la vivienda”.¹⁰

A pesar de la ausencia de una Jurisprudencia pacífica y uniforme al respecto, la doctrina no encuentra ningún tipo de duda acerca de la postura que se ha de adoptar en caso de no solicitar la atribución del uso de tales espacios por ninguno de los cónyuges, y que, además, se encuentran calificados registralmente como espacios anexos a la vivienda. Ante ello, se ha considerado unánimemente que estos elementos conforman la vivienda familiar como un “todo” indivisible y unitario¹¹, modo de actuar que se ve respaldada por resoluciones del Alto Tribunal en las que se prohíbe -tal y como hemos visto anteriormente- la atribución del uso de locales distintos a la propia vivienda familiar, concepto con el que, de cierto modo, podríamos abarcar estos espacios anejos que aquí estamos tratando.

Otra de las situaciones que causa verdaderas discrepancias entre la doctrina y jurisprudencia menor son las viviendas en construcción. Algunas audiencias han venido a defender la atribución del uso sobre un inmueble no terminado por considerar que, a pesar de verse frustrado por el divorcio o separación, había sido comprado con el objetivo de establecerse en ella -con los requisitos de habitualidad y permanencia- para constituirse como familia. Así se refleja en la Sentencia de la AP de Jaén de 28 de abril de 2005, donde se establece que “esta vivienda nunca ha sido la vivienda familiar entre otras cosas porque todavía no está terminada, no obstante de (...) pruebas practicadas se desprende, que esta casa estaba llamada a ser el nuevo domicilio de la familia (...). Es por estas razones que esta vivienda se debe de adjudicar, su uso, pues se considera que por su ubicación, (...) como por su habitabilidad, es la idónea para que sea el domicilio familiar”¹²; sin embargo, en contra de esta argumentación encontramos aquellas audiencias que defienden la imposibilidad de incluirlas dentro del

⁹ Vid. SAP C 705/2013, Núm. Res.: 140/2013, Núm. Rec.: 439/2013. FJ 13.

¹⁰ Vid. SAP CU 421/2006, Núm. Res.: 251/2006, Núm. Rec.: 153/2006. FJ 1.

¹¹ Vid. Pinto Andrade C., “*La atribución del uso de la vivienda familiar*”, Ed. Bosch, 2011, págs. 41-42.

¹² Vid. SAP J 235/2005, Núm. Res.: 96/2005, Núm. Rec.: 116/2005. FJ 2.

concepto de vivienda familiar, dada la ausencia de los requisitos de habitabilidad y habitualidad a los que nos hemos venido refiriendo con anterioridad, así como la inexistencia de naturaleza “familiar” de la que han de gozar estos inmuebles y que deriva, concretamente, del desarrollo personal del conjunto de los miembros que la integran. En este sentido, se manifiesta la Sentencia de la AP de Madrid de 22 de junio de 2012, donde se expresa que “no merece esta calificación el solar aunque esté iniciada la construcción ni tampoco el edificio terminado pero no habitado todavía por los miembros del grupo familiar”¹³.

Asimismo, ocurre un hecho semejante con respecto a las conocidas como viviendas mixtas, es decir, aquellas en que una parte del inmueble se utiliza para desarrollar la actividad profesional de uno de los cónyuges. En estos casos, los Tribunales utilizan este hecho para determinar la existencia de un interés especial necesitado de protección, como así ocurre en la Sentencia del TS de 27 de febrero de 2012, en donde, dado que el marido utilizaba la vivienda para ejercer su profesión y el hijo residía fuera de la ciudad, se entiende que, a través de la atribución del derecho de uso, se facilitaría el mantenimiento de las condiciones que había poseído hasta la crisis matrimonial, así, la resolución expresa que “La casa que constituyó el hogar familiar se adjudicó al marido en la sentencia de divorcio, no en virtud del Art. 96 CC , porque el hijo está viviendo en Segovia, sino porque era el despacho profesional del marido (...) la adjudicación es temporal y nunca puede constituir un abuso de derecho”¹⁴.

Por último, en cuanto a la naturaleza del derecho de uso que se atribuye a uno de los cónyuges sobre la vivienda familiar, tampoco encontramos una postura generalizada o uniforme. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha evolucionado con el transcurso de los años, desde primeras resoluciones, como la Sentencia del TS de 11 de noviembre de 1992 que lo calificaba como un derecho real al considerar que “no parece dudoso que dicho uso deba configurarse como un derecho oponible a terceros que como tal debe tener acceso al registro de la propiedad”¹⁵; modificándose posteriormente y caracterizándolo como un *ius ad rem*, tal y como así expresa la Sentencia del TS de 18 de enero de 2010 al afirmar que “el Código Civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real”¹⁶.

¹³ Vid. SAP M 10000/2012, Núm. Res.: 465/2012, Núm. Rec.: 33/2012. FJ 2.

¹⁴ Vid. STS 1082/2012, Núm. Res.: 78/2012, Núm. Rec.: 2258/2008. FJ 2.

¹⁵ Vid. STS 9004/1992, Núm. Res.: 1149, Núm. Rec.: 1554/90. FJ 2.

¹⁶ Vid. STS 776/2010, Núm. Res.: 861/2009, Núm. Rec.: 1994/2005. FJ 6.

Asimismo, encontramos resoluciones de la DGRN referentes a la naturaleza de este derecho, como la Resolución de 14 de mayo de 2009 en la que se afirma que “el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar”.¹⁷

En definitiva, la atribución del uso de la vivienda familiar no constituye actualmente un derecho real, sino que se trata de un derecho de carácter familiar que se desarrolla en la esfera de las relaciones matrimoniales y que la Sentencia que sobre ello resuelve lo hace con total independencia de la titularidad, pues se trata de un derecho de un cónyuge frente al otro, no de un derecho nuevo que antes no existiera. No obstante, no cabe duda de que se trata de un derecho *erga omnes* y accesible al Registro de la Propiedad.

3. CRITERIOS LEGALES DE ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR, ESPECIAL REFERENCIA A LOS ARTÍCULOS 90 Y 96 DEL CÓDIGO CIVIL

Cuando nos encontramos ante una crisis matrimonial abarcamos un conjunto diverso de supuestos que presentan una característica común; la ineficacia del matrimonio, que deriva en la disolución de la convivencia y la unidad que esta institución presupone. Ante la ausencia de un concepto concreto en el Código Civil, la jurisprudencia se ha encargado de perfilar las hipótesis en que así hayamos de denominarlo, considerando entonces la nulidad, la separación y el divorcio como supuestos de crisis matrimoniales.

Los efectos comunes derivados de las crisis matrimoniales los recoge nuestro Código Civil en los artículos 90 y ss., en el Capítulo IX. Con relación al tema que aquí nos interesa, el artículo 90 se limita a indicar la necesidad de hacer constar en el convenio regulador la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, si existiera¹⁸, pues se trata de uno de los contenidos mínimos que este ha de contemplar; mientras que, el artículo 96 ya nos sitúa

¹⁷ Vid. Res. de 14 de mayo de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. BOE-A-2009-9590.

¹⁸ Vid. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE 206, de 25 de julio de 1889 (Ref.: BOE-A-1889-4763). Art. 90.

-aunque de forma incompleta- en los diferentes escenarios en que nos podemos encontrar con la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar.

3.1. En caso de ruptura por mutuo acuerdo

El primero de los criterios legales que podemos aplicar deriva de la literalidad del artículo 96, al indicar que “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez (...)”. Esta lectura nos remite al convenio regulador, entendido como un “negocio jurídico familiar de carácter mixto por intervenir en él los particulares y la autoridad pública” (Cfr. González Coloma G., *“Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución del uso de la vivienda familiar”*, 2018, pág. 128) con el objetivo de que sean los cónyuges de común acuerdo quienes se atribuyan, con cierta libertad, el uso de la vivienda familiar.

No obstante, el convenio regulador no es vinculante para el Juez que será quien, limitado por el interés superior del menor -si existiesen hijos menores- y la protección que ha de otorgarse al cónyuge más necesitado de protección, deberá valorar las circunstancias reales familiares para proceder, o no, a la ratificación del convenio.

El interés superior del menor se trata de una cuestión determinante en toda normativa, ya sea internacional o estatal, que se ha de tener en consideración si se desea adoptar alguna medida que pueda afectar directa o indirectamente a un menor de edad.¹⁹

En el mismo orden de cosas, se ha de destacar la LO de Protección Jurídica del Menor, en la que se incluyen una serie de criterios generales que se han de tener presentes para valorar esta circunstancia, así como los elementos necesarios para sopesar el caso concreto²⁰. Asimismo, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 17 de junio de 2013, reafirma que “Sin

¹⁹ Vid. Naciones Unidas, Art. 3.1 Convención sobre los Derechos del niño, 1989: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

²⁰ Vid. LO 1/1996, de 15 de enero de 1996 de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE 15, de 17 de enero de 1996 (Ref.: BOE-A-1996-1069). Art. 2.1: “Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

duda, el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, (...) sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño”.²¹

3.2. En caso de ruptura contenciosa

Ante la inexistencia de consenso entre los cónyuges, la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar se constituirá por resolución judicial, situándonos ante diferentes alternativas.

En primer lugar, tal y como así lo indica el artículo 96, “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”. En este sentido, la doctrina y jurisprudencia han respaldado esta idea y reafirman que el criterio fundamental que justifica la atribución automática e imperativa del derecho de uso de la vivienda corresponde a los hijos y al cónyuge que dispone de su guarda y custodia.²²

No obstante, en ausencia de acuerdo previo entre cónyuges y, a pesar de existir custodia exclusiva, los Tribunales han apreciado excepciones, ya que, si no nos encontramos ante la vivienda familiar, o el hijo menor no necesita de esta para desarrollar su vida con plena dignidad, no se ha de aplicar el contenido literal de la norma. Esta circunstancia puede verse ejemplificada en la Sentencia del TS de 3 de mayo de 2016, donde se afirma que se ha de atender al “carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, (...) y que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor”²³, situaciones que, sin lugar a duda, permitirían eliminar el rigor de la norma y atribuir el derecho de uso de la vivienda al cónyuge no custodio.

²¹ Vid. STS 3347/2013, Núm. Res.: 426/2013, Núm. Rec.: 1789/2011. FJ 1.

²² Vid. González Coloma G., “*Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución del uso de la vivienda familiar*”, Ed. Dykinson, 2018, pág. 149.

²³ Vid. STS 1889/2016, Núm. Res.: 284/2016, Núm. Rec.: 129/2015. FJ 2.

4. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIONES NO REGULADAS POR LA LEY

En los sucesivos párrafos del artículo 96, el precepto se remite a la doctrina y jurisprudencia para colmar la laguna existente en torno a situaciones muy asiduas en la práctica, como pueden ser la custodia compartida; la existencia de hijos mayores de edad; o la custodia partida o repartida, indicando simplemente que “el Juez resolverá lo procedente”.

4.1. Habiendo hijos

4.1.1. *Existiendo custodia partida o distributiva*

La custodia partida o distributiva se permite en cuanto el Código Civil establece que “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” (Cfr. *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil*. BOE 206, de 25 de julio de 1889 (Ref.: BOE-A-1889-4763). Art. 96, párrafo 2).

Frente estas situaciones se ha mantenido una línea jurisprudencial muy clara al respecto, indicando la Sentencia del TS de 9 de mayo de 2018, entre otras, que “Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso”.²⁴

La tendencia en estos casos es la atribución del derecho de uso al cónyuge que queda con la guarda y custodia del hijo menor de edad, siempre que el otro hijo sea mayor de edad, aunque dependa económicamente de su progenitor²⁵. No obstante, se trata de una inclinación

²⁴ Vid. STS 1627/2018, Núm. Res.: 268/2018, Núm. Rec.: 3232/2017. FJ 2.

²⁵ Vid. Montero Aroca J., “*El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales*”, Ed. Tirant lo Blanch, 2002, pág. 115.

fácilmente discutible, puesto que el párrafo segundo del artículo 96 CC no distingue entre hijos mayores o menores de edad.

Sin embargo, no hemos de olvidar que nos encontramos ante una alternativa poco frecuente y que ha de ser subsidiaria al mantenimiento de los hermanos en un mismo domicilio a causa de la limitación a la que se ve sometida por el principio de unidad familiar, tal y como así ha mantenido el TS en numerosas ocasiones, como en la Sentencia de 25 de septiembre de 2015, donde se indica que “los hermanos sólo deben separarse en caso imprescindible (...) y si bien puede optarse por que los hermanos se separen, esa medida se tomarán de forma excepcional y especialmente motivada, demostrando ser más beneficio para los hijos como marco convivencia más adecuado para su desarrollo integral”²⁶.

4.1.2. *Existiendo custodia compartida*

La custodia compartida no se encuentra bien definida en nuestro Código Civil, pues se recoge de forma genérica dentro de los efectos comunes de las crisis matrimoniales, en donde “Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento” (Cfr. *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil*. BOE 206, de 25 de julio de 1889 (Ref.: BOE-A-1889-4763). Art. 96.5).

Es por ello por lo que, frente a la ausencia de una conceptualización clara al respecto, han tenido la doctrina y jurisprudencia diversas posturas al respecto. Se ha de destacar la posición de Lefebvre al indicar que se trata de aquella situación donde ambos progenitores se ocupan conjunta, periódica o rotatoriamente del cuidado de los hijos, lo que en consecuencia implica la distribución de las responsabilidades parentales, sea rotando en el ejercicio de esas funciones, o alternándose según su disponibilidad e interés del menor.²⁷

En tales casos, la jurisprudencia ha optado por la vía de la analogía con relación a la custodia partida, pues, como así viene a recoger la Sentencia del TS de 12 de mayo de 2017, “en el caso de la custodia compartida (...) la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que, existiendo varios hijos, unos quedan bajo

²⁶ Vid. STS 3890/2015, Núm. Res.: 530/2015, Núm. Rec.: 1537/2014. FJ 4.

²⁷ Vid. Lefebvre F., “*Relaciones paterno-filiales*”, Colección Derecho de Familia, 2016, pág. 90.

la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver lo procedente”.²⁸

Asimismo, se ha de hacer especial referencia a la LO de protección jurídica del menor, ya mencionada con anterioridad y sobre la cual numerosas sentencias basan su argumentación, recurriendo para ello al artículo 2 de la mencionada Ley, relativo al interés superior del menor. Para ello, se tendrán en cuenta, entre otros criterios generales, la satisfacción de las necesidades básicas del menor, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas²⁹.

Así, la Sentencia del TS de 12 de junio de 2020 ha venido indicando que “en casos de custodia compartida, es posible la atribución del uso de la vivienda a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (...) para que de esta forma pueda llevarse a cabo la convivencia durante los períodos en los que le corresponda tener a los hijos en su compañía”.³⁰

Sin embargo, más adelante, continúa diciendo que “cuando se valora que (...) el progenitor está en condiciones (...) de proporcionar una vivienda adecuada a sus necesidades, el criterio de la sala es el de que no procede hacer la atribución indefinida de uso de la que fue la vivienda familiar y deben armonizarse los intereses contrapuestos”. Es por ello por lo que se abre la posibilidad de limitar temporalmente el derecho de uso con el objetivo de facilitar la transición a la situación de custodia compartida y a que el cónyuge no titular de la vivienda a quien se le ha atribuido el uso temporal cuente con un período para organizarse y procurarse una vivienda en la que residir con los hijos cuando le corresponda su guarda tras la finalización del tiempo marcado en la sentencia, momento en el que la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales, si la hubiera.

En definitiva, en caso de custodia compartida, procede atribuir el uso de la vivienda familiar atendiendo a tres criterios esenciales. En primer lugar, en función del cónyuge más necesitado de protección -por aplicación analógica del segundo párrafo del artículo 96 CC-; en segundo

²⁸ Vid. STS 1896/2017, Núm. Res.: 294/2017, Núm. Rec.: 204/2016. FJ 1.

²⁹ Vid. LO 1/1996, de 15 de enero de 1996 de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE 15, de 17 de enero de 1996 (Ref.: BOE-A-1996-1069).

³⁰ Vid. STS 1688/2020, Núm. Res.: 295/2020, Núm. Rec.: 3855/2019. FJ 3.

lugar, atendiendo al interés superior del menor -tal y como así lo obliga la LO 1/1996-; y, en tercer lugar, atendiendo siempre a un límite temporal si las particularidades del caso lo exigen -como ha reafirmado la jurisprudencia a lo largo de los años-.

4.2. A falta de hijos o siendo estos mayores de edad

Recoge el artículo 96 en su párrafo tercero que “No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”.

Se trata de una referencia insuficiente, pues deja puerta abierta a la interpretación por parte de los Tribunales, tanto en lo que se refiere a la posibilidad -o no- de atribuir el derecho de uso al cónyuge no titular, como, en caso de que así sea, la concreción de la delimitación temporal sobre la que este podrá disfrutarla.

En primer lugar, se ha de indicar que inexistencia de hijos que proclama el precepto se ha equiparado jurisprudencialmente a la existencia de hijos mayores de edad. Así podemos observarlo en la Sentencia del TS de 11 de noviembre de 2013 en donde se afirma 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 (...). La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección”.³¹

Del mismo modo, los Tribunales han asentado que este criterio de atribución del uso al cónyuge no titular procede sin lugar a duda si nos encontramos ante un bien privativo, pero que, además, se extiende aun si nos encontramos ante un bien ganancial, tal y como así se refleja en la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del TS de 23 de noviembre de 1998³² y sobre la que se ha mantenido la misma opinión hasta resoluciones más recientes, como la Sentencia del TS de 20 de junio de 2017 que afirma que “Esta doctrina es aplicable

³¹ Vid. STS 5468/2013, Núm. Res.: 707/2013, Núm. Rec.: 2590/2011. FJ 3.

³² Vid. STS 6950/1998, Núm. Res.: 1067/1998, Núm. Rec.: 1123/1994. FJ 3.

tanto cuando se adjudica el uso de la vivienda al «cónyuge no titular» (...) porque la vivienda es privativa del otro, como cuando la vivienda tiene el carácter de bien ganancial”³³.

Por lo tanto, la justificación para la atribución del derecho de uso sobre la vivienda a uno u otro cónyuge se encuentra en el interés más necesitado de protección, hecho que habrá de ser concretado tras un análisis de los datos y circunstancias personales y económicas de cada uno de ellos. De este modo se podrá atender a las necesidades inmediatas de la parte más desprotegida o con más cargas familiares que afrontar tras la crisis matrimonial, llegando a desconocer incluso lo dispuesto en el artículo 96, justificando este hecho por un verdadero estado de necesidad.³⁴

No obstante, no resulta suficiente con la única existencia de un interés digno de protección, sino que además se considera necesario que tal interés se satisfaga gracias a la atribución del uso de la vivienda familiar, implicando la titularidad de ese derecho un beneficio directo sobre esa situación.³⁵

En cuanto al límite temporal que se ha de establecer para el disfrute y el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado de protección, no cabe duda de que se considera contenido esencial sobre el cual la sentencia ha de pronunciarse.

La jurisprudencia ha avalado este sentido en numerosas ocasiones, como así lo confirma la Sentencia del TS de 27 de septiembre de 2017 en que se recoge que “Las circunstancias señaladas (...) pueden ponderarse para valorar si, no existiendo hijos menores, o alcanzada la mayoría de edad por los hijos, puede adjudicarse el uso de la vivienda al cónyuge más necesitado de protección, pero las mismas no confieren un derecho ilimitado ni justifican la atribución del uso de la vivienda por tiempo indefinido”³⁶; o la Sentencia del TS de 29 de mayo de 2015, al indicar de forma concisa que “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”³⁷.

³³ Vid. STS 2504/2017, Núm. Res.: 390/2017, Núm. Rec.: 2345/2016. FJ 3.

³⁴ Vid. Montero Aroca J., “*El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales*”, Ed. Tirant lo Blanch, 2002, pág. 70.

³⁵ Vid. Gil Membrado C., “*La vivienda familiar*”, Ed. Reus, 2013, pág. 160.

³⁶ Vid. STS 3439/2017, Núm. Res.: 527/2017, Núm. Rec.: 3114/2015. FJ 3.

³⁷ Vid. STS 2220/2015, Núm. Res.: 315/2015, Núm. Rec.: 66/2014. FJ 2.

En definitiva, la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar en aquellos casos en que no existan hijos menores o los que hubiere fueran menores de edad procede incluso sobre el cónyuge no titular del inmueble si las circunstancias del caso así lo aconsejan y el mismo se confiere durante un período temporal concreto, pues, su atribución de forma indefinida vulnera lo dispuesto en el artículo 96.III del CC. Esta situación podemos observarla con claridad por lo así dispuesto en la Sentencia del TS de 16 de octubre de 2019, en la que se aclara que “el juez podrá atribuir el uso al cónyuge no titular de la vivienda, si las circunstancias aconsejasen dicha atribución y su interés fuera el más necesitado de protección, solución que también parece razonable para el caso de vivienda ganancial. Aunque se suele atender a la situación económica de cada uno de los cónyuges o a la disponibilidad de otra vivienda, también se tienen en cuenta circunstancias personales como son las referidas al estado de salud”³⁸.

4.3. Existencia de terceros titulares de la vivienda familiar

Nos referimos a continuación a dos supuestos en los que la vivienda familiar objeto de litigio en un proceso de crisis matrimonial es propiedad de un tercero ajeno a la relación conyugal; sin embargo, el inmueble se ha venido ocupando por la familia durante la estabilidad matrimonial, bien sea en virtud de un contrato de arrendamiento, o bien de manera gratuita, sin ningún tipo de contraprestación por su parte.

4.3.1. Vivienda familiar en arrendamiento

En caso de que exista un contrato de arrendamiento, el problema surge en aquellos supuestos en que el mismo ha sido suscrito exclusivamente por el cónyuge al que se le ha excluido del uso de la vivienda tras la crisis matrimonial, ya que, si se hubiese firmado conjuntamente por ambos cónyuges, se resolverá a través de la concentración de la titularidad sobre aquel cónyuge que vaya a disponer del derecho de uso del inmueble.³⁹

Para analizar este supuesto de hecho se ha de conocer, aunque de manera sucinta, las diferentes modificaciones legislativas que se han ido produciendo con el transcurso de los

³⁸ Vid. STS 3309/2019, Núm. Res.: 545/2019, Núm. Rec.: 272/2019. FJ 3.

³⁹ Vid. García Mayo M., “*Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*”, Ed. Reus, 2019, pág. 183.

años en materia arrendaticia en relación con la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar.

En vigor la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964⁴⁰ no se contemplaban referencias al arrendamiento existente sobre las viviendas familiares en los casos de crisis matrimoniales, por lo que la doctrina fue adoptando medidas cuanto menos imprecisas y forzadas con el objetivo de resolver los conflictos derivados de tales situaciones.

Posteriormente, con la derogación generada tras la aprobación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994⁴¹ y sus posteriores modificaciones se incluye en su artículo 15 la regulación necesaria al respecto. En primer lugar, se establece el carácter privativo del régimen arrendaticio, y por tanto, su supremacía sobre el régimen económico matrimonial, tal y como así ha reiterado la jurisprudencia en numerosas ocasiones, como la Sentencia del TS de 22 de octubre de 2013, “el contrato de arrendamiento, suscrito por uno de los cónyuges constante matrimonio, no forma parte de los bienes gananciales (...) El fundamento de esta decisión se encuentra en la naturaleza del contrato de arrendamiento, generador de derechos personales y celebrado entre dos partes que (...) afectan solo a las mismas y sus herederos”.⁴²

Y, en segundo lugar, tras la modificación del precepto anteriormente mencionado con la entrada en vigor de la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas⁴³ se aclaró todo lo relativo al *modus operandi* que habría de llevarse a cabo cuando el titular del contrato de arrendamiento fuere el cónyuge privado del derecho de uso tras la sentencia dictada en el proceso matrimonial. Frente a ello, y cumpliéndose los requisitos legales, se produce una subrogación *ex lege* del cónyuge que disfrutará de la vivienda sobre la posición contractual de la parte arrendataria, asumiendo todos los derechos y obligaciones intrínsecos a la relación contractual.

En este sentido, y dado que ya se otorga una solución legal, los Tribunales se han pronunciado en menores ocasiones, presentando ya todas ellas una misma línea de actuación.

⁴⁰ Vid. Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos. BOE 312, de 29 de diciembre de 1964.

⁴¹ Vid. Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. BOE 282, de 25 de noviembre de 1994. (Ref.: BOE-A-1994-26003).

⁴² Vid. STS 5023/2013, Núm. Res.: 614/2013, Núm. Rec.: 1301/2011. FJ 3.

⁴³ Vid. Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. BOE 134, de 5 de junio de 2013. (Ref.: BOE-A-2013-5941).

En relación con ello, se ha de destacar la Sentencia de 26 de octubre de 2015 del TS en la que se expresa con claridad que “el artículo 15 LAU permite que se produzca subrogación, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo segundo”.⁴⁴

4.3.2. *Vivienda familiar cuyos titulares son los padres de uno de los cónyuges*

Nos encontramos en este caso ante una situación especial, una cesión en el uso de la vivienda al matrimonio de forma gratuita por parte de su propietario, generalmente los padres de uno de los cónyuges, o un amigo cercano.

Frente a ello encontramos dos casos diferenciados. Por un lado, una situación de precario en donde se produce “la tenencia o disfrute de una cosa ajena sin pago de renta o merced ni razón en derecho distinta de la mera liberalidad de su propietario”⁴⁵, ergo, la concesión de la posesión de la vivienda sin especificar su uso o su duración.

En esta situación la sentencia dictada en el proceso matrimonial no puede originar un derecho *ex novo*, inexistente con anterioridad, por lo que el matrimonio ocupante de la vivienda no podrá obtener una mayor protección posesoria que la anterior.⁴⁶ Se trata, en definitiva, de la imposibilidad que tiene la sentencia dictada en el proceso matrimonial de ser oponible frente a terceros, y, por tanto, la insuficiencia del título para ejercer su derecho de uso.

Por otro lado, la situación derivada de un contrato de comodato que, a pesar de encontrar similitudes con el precario, puesto que se cede la vivienda sin ninguna contraprestación, en este caso se especifica el tiempo o destino que se otorga al uso de la vivienda.

A nivel práctico, la diferencia esencial que encontramos entre uno y otro se aprecia en la posibilidad de reclamar el inmueble por parte del propietario al cónyuge a quien tras la crisis matrimonial se le ha adjudicado, si se trata de una situación de precario. En cambio, si existiese un contrato de comodato, el propietario, aun en contra de su voluntad, habrá de

⁴⁴ Vid. STS 4584/2015, Núm. Res.: 587/2015, Núm. Rec.: 1704/2013. FJ 3.

⁴⁵ Vid. Francis Lefebvre, “*Vivienda familiar y cargas del matrimonio*”, Colección Derecho de Familia, 2020, pág. 77.

⁴⁶ Vid. Montero Aroca J., “*El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales*”, Ed. Tirant lo Blanch, 2002, pág. 174.

acatar la atribución del inmueble a quien corresponda y no podrá, hasta transcurrido el tiempo o uso pactado, reclamar la vivienda.⁴⁷

Finalmente, debemos saber que la línea jurisprudencia ha variado con el transcurso de los años. Al principio, como ocurre en la Sentencia del TS de 2 de diciembre de 1992, viene a considerarse que toda cesión gratuita de la vivienda a un matrimonio por parte de los padres se circunscribe en la figura del comodato, pues “la proyección unilateral que al comodato se le inviste (...) consiste en servir de habitación a la familia (...) y como tal uso determinado (...) diferencia al comodato del precario, pues aun cuando no se haya especificado el tiempo de su duración, éste viene circunscrito y reflejado por esa necesidad familiar”⁴⁸.

En cambio, a partir de la Sentencia del TS de 26 de diciembre de 2005, se estableció que “cuando exista un contrato, que debe probarse por cualquiera de los medios aceptados en derecho, se aplicarán los efectos de este contrato; a falta de prueba del mismo, nos hallaremos ante un precario”⁴⁹; línea jurisprudencial que continuó en resoluciones como la Sentencia del TS de 30 de junio de 2009 afirmando que “La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia”⁵⁰.

Por lo tanto, y hasta la actualidad, se procede a ejecutar desahucios por precario entre familiares en aquellas situaciones en que los padres propietarios no desean que el cónyuge a quien se le ha atribuido el uso de la vivienda familiar continúe disfrutándolo. Uno de los ejemplos más recientes se puede observar en la Sentencia del TS de 17 de noviembre de 2020, en la que se afirma que “debe prosperar la acción de desahucio por precario cuando la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista”⁵¹.

⁴⁷ Vid. González Coloma G., “*Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución del uso de la vivienda familiar*”, Ed. Dykinson, 2018, pág. 99.

⁴⁸ Vid. STS 18951/1992, ECLI:ES:TS:1992:18951. FJ 3.

⁴⁹ Vid. STS 7530/2005, Núm. Res.: 1022/2005, Núm. Rec.: 1551/1999. FJ 5.

⁵⁰ Vid. STS 3899/2009, Núm. Res.: 474/2009, Núm. Rec.: 1738/2009. FJ 2.

⁵¹ Vid. STS 3805/2020, Núm. Res.: 614/2020, Núm. Rec.: 2038/2018. FJ 2.

4.4. Situaciones especiales

4.4.1. Hijos mayores de edad no independientes económicamente

Se ha venido a considerar, tal y como así se ha manifestado en el transcurso de los años, que la mayoría de edad de los hijos no implica consecuentemente su independencia económica, sino que, continúan necesitando de la vivienda representando el interés más necesitado de protección en cuanto a la atribución del uso del domicilio familiar se refiere. En estas situaciones, algunos Tribunales han aceptado una aplicación analógica del supuesto en que existen hijos menores; aunque en la mayoría de las ocasiones se ha de temporalizar la atribución del derecho durante un periodo de tiempo determinado, o bien hasta alcanzar la independencia económica.⁵²

Generalmente, en estos casos, el derecho de uso sobre la vivienda familiar se revisa cuando los hijos han alcanzado la mayoría de edad, justificándose la posible prórroga en el interés superior de protección del cónyuge que decida seguir manteniendo al hijo dependiente económicamente. Y esto es porque el Alto Tribunal ha establecido que una vez superada la minoría de edad, los cónyuges se encuentran en idénticas condiciones y en consecuencia se habrá de atender al consorte más necesitado de protección, como podemos observar en la Sentencia del TS de 25 de octubre de 2016, donde se establece que “Ningún alimentista mayor de edad (...) tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir (...) la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1º sino del párrafo 3º del artículo 96 CC”⁵³.

En este sentido se fija jurisprudencia consolidada con la Sentencia del TS de 23 de enero de 2017 en la que se afirma que “El uso se atribuye al progenitor (...) por el tiempo que prudencialmente se fije (...) aunque pueda valorarse la circunstancia no solo de que convivan con ella los hijos, sino de que aquella custodia que se había establecido a su favor durante su minoría de edad desaparece por la mayoría de edad y si estos necesitaran alimentos, en los que se incluye la vivienda, pueden pasar a residir con cualquiera de sus progenitores en

⁵² Vid. Francis Lefebvre, “*Vivienda familiar y cargas del matrimonio*”, Colección Derecho de Familia, 2020, págs. 59-60.

⁵³ Vid. STS 4640/2016, Núm. Res.: 635/2016, Núm. Rec.: 2142/2015. FJ 3.

función de que el alimentante decida proporcionarlos manteniéndolos en su propia casa al que tiene derecho a ellos”.⁵⁴

En definitiva, frente a aquellas situaciones en que nos encontremos que existen hijos mayores de edad, pero que aún no han sido capaces de independizarse económicamente, se habrá de aplicar con automaticidad lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 96; no obstante, se deja puerta abierta a la posibilidad de otorgar el derecho de uso sobre la vivienda familiar a aquel cónyuge que se comprometa a mantener a los hijos en el inmueble, incluso si se trata de cónyuge no titular del mismo, pues se considera una causa a analizar en atención al interés más necesitado de protección, como así se ve reflejado en la Sentencia de la AP de Navarra de 3 de noviembre de 2006, en la que se establece que “Con arreglo a este precepto es posible, aunque no necesario, que el uso de la vivienda se atribuya, por vía de excepción, y no como una regla general, al cónyuge que no sea su titular, siempre que su interés sea el más necesitado de protección y si así lo aconsejen las circunstancias del caso, de modo que para la adopción de esta medida no será suficiente con que concurra ese interés preferente, sino que se requiere algo más para que finalmente acabe por prevalecer sobre el del cónyuge titular; y aquí entrarán en juego muy diversas circunstancias, como, por ejemplo, la permanencia en la vivienda familiar de hijos mayores de edad sin ingresos propios cuya voluntad sea la de seguir conviviendo con este progenitor”⁵⁵.

4.4.2. *Hijos mayores de edad con discapacidad*

Nos encontramos ante un supuesto de hecho ciertamente novedoso acerca del cual no encontramos ningún pronunciamiento al respecto previo al año 2017 por parte de los Tribunales, ni disposición legal referente a ello, pues ni el artículo 96 del Código Civil tiene en cuenta esta condición.

No es hasta la Sentencia del TS de 19 de enero de 2017 en la que se fija doctrina al respecto, afirmando que “Una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra distinta que en todo caso haya que imponer limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando hay otras formas de protección en ningún caso discriminatorias. (...) Con la mayoría de edad alcanzada por alguno de ellos el interés superior

⁵⁴ Vid. STS 117/2017, Núm. Res.: 43/2017, Núm. Rec.: 755/2016. FJ 2.

⁵⁵ Vid. SAP NA 693/2006, Núm. Res.: 134/2006, Núm. Rec.: 193/2006. FJ 4.

del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae automática y definitivamente, y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación”.⁵⁶ Además, la propia resolución aclara que nos encontramos ante una situación que no ha de confundirse con la prórroga de la patria potestad recogida en el artículo 171 del Código Civil⁵⁷, sino que nos situamos ante una esfera de protección más reducida.⁵⁸

Se trata de una resolución autoritaria que muestra con claridad la imposibilidad de prescindir del límite temporal que el artículo 96 expresa, independientemente de las circunstancias que rodeen el caso, sino como una medida de exclusiva protección hacia los menores de edad. En esta misma línea se han dictado posteriores resoluciones, como la Sentencia del TS de 8 de marzo de 2017 en la que, reiterando la doctrina jurisprudencial expuesta, añade “De la referida doctrina se deduce que la discapacidad de un hijo mayor de edad puede posibilitar la fijación de una prestación alimenticia, pero no la atribución de la vivienda familiar”.⁵⁹

Este hecho es determinante en futuras resoluciones, pues la rigidez del artículo 96 hace imposible la adaptación a las situaciones tan variables que rodean a la sociedad en la actualidad, hecho que pudiera verse atendido si el precepto otorgase una mayor flexibilidad y campo de actuación a los Tribunales.

Como veremos con mayor detenimiento en apartados posteriores, esta situación se ha visto solventada a través de la modificación acaecida en el precepto a través de la Ley 8/2021⁶⁰, de 2 de junio, cuya entrada en vigor se producirá en el próximo mes de septiembre y que permite -a grandes rasgos- equiparar la posición de los hijos mayores de edad con discapacidad a aquella en que se encuentran los hijos menores de edad, otorgando la consecuente y necesaria protección.

⁵⁶ Vid. STS 113/2017, Núm. Res.: 31/2017, Núm. Rec.: 1222/2015. FJ 2.

⁵⁷ Vid. Art. 171 CC: “La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos a la mayor edad”.

⁵⁸ Vid. Francis Lefebvre, “*Vivienda familiar y cargas del matrimonio*”, Colección Derecho de Familia, 2020, pág. 62.

⁵⁹ Vid. STS 856/2017, Núm. Res.: 167/2017, Núm. Rec.: 3431/2015. FJ 4.

⁶⁰ Vid. 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 132, de 3 de junio de 2021 (Ref.: BOE-A-2021-9233).

4.4.3. *Hijos extramatrimoniales*

La existencia de hijos extramatrimoniales bien sea por una o ambas partes de la relación matrimonial, que incluso en ocasiones puede concurrir con la presencia de hijos menores en común, se trata de una cuestión no prevista a nivel legal y que no puede equipararse automáticamente con lo establecido en el artículo 96 CC; puesto que, si bien es cierto que procede su aplicación con respecto al hijo común, no se ha de obviar una situación tan fundamental como lo es la existencia de una posible guarda y custodia de uno de los cónyuges sobre menores ajenos a la relación conyugal.

En este sentido, la Sentencia del TS de 14 de febrero de 2018, ha venido a establecer que “El artículo 96 del Código Civil no contempla la situación familiar que deriva del interés de dos hijas de madres diferentes por mantenerse en la misma casa (...), lo que pone en evidencia una vez más la necesidad de un cambio legislativo que se adapte a estas nuevas realidades. La aplicación analógica incardinando la medida de uso en el párrafo 2.º y no en el 1.º del artículo 96, es correcta: solo en caso de pluralidad de hijos y custodia dividida se concede normativamente al juez la decisión de atribuir el uso de la vivienda familiar a uno y otro progenitor en la que ha existido una convivencia estable”⁶¹.

En definitiva, nos encontramos frente una situación donde la solución se mantendrá al arbitrio del juez, atendiendo a la casuística y habida cuenta de las circunstancias concurrentes en cada uno de los casos, analizando, entre otros aspectos, la posible tenencia de otras viviendas por cualquiera de los cónyuges, su situación económica, o, incluso, las necesidades primarias y sociales de ambos, sin dejar de atender, no obstante, al interés superior del menor.

4.4.4. *Supuestos de violencia doméstica o de género*

En la actualidad crece de manera exponencial la coexistencia de la violencia de género con el derecho de familia, circunstancia de obliga a entrelazar la normativa penal con la normativa civil, siendo tramitados estos casos, en una primera instancia, por los Juzgados de Violencia,

⁶¹ Vid. STS 413/2018, Núm. Res.: 79/2018, Núm. Rec.: 1630/2017. FJ 3.

en donde se acuerda la aplicación de medidas provisionales respecto al uso de la vivienda familiar⁶².

Se han de destacar en este sentido la promulgación de numerosas leyes cuyo objetivo es la protección de las mujeres víctimas de violencia, como la Ley reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica⁶³, o la LO de medidas de protección integral contra la violencia de género⁶⁴; así como la LECrim, que, en su artículo 544 ter apartado 7 indica que una de las medidas cautelares que pueden ser adoptadas por el Juez de Instrucción es el uso y disfrute de la vivienda familiar⁶⁵.

En estos casos se aplica de forma automática el criterio del interés más digno de protección para proceder a la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar. Si nos encontramos ante un supuesto en el que conviven hijos menores, atenderemos al interés de estos; y, si no los hubiera, o los mismos fueren mayores de edad, primará el interés de la víctima.

4.4.5. *Atribución conjunta con división material de la vivienda*

Esta solución, aunque pueda generar ciertas dudas, se ha aceptado por parte de la doctrina jurisprudencial si se atiende a la casuística del proceso y se cumplen los presupuestos exigidos, puesto que, no debemos olvidar, que la vivienda familiar ha de ser en todo caso independiente y susceptible de ser usada individualmente y de modo autónomo, excluyendo -como ya hemos hecho referencia- los anexos al inmueble principal.⁶⁶

Así lo prevé la Sentencia del TSJ de Cataluña de 18 de enero de 2010, al indicar que “aunque sea anómalo el pacto en el que, tras la ruptura matrimonial, los ex-consortes acuerden seguir habitando en la misma vivienda, (...) no es ilegal, pues es perfectamente viable y posible,

⁶² Vid. González Coloma G., “*Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución del uso de la vivienda familiar*”, Ed. Dykinson, 2018, pág. 259.

⁶³ Vid. Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica. BOE 183, de 1 de agosto de 2003 (Ref.: BOE-A-2003-15411).

⁶⁴ Vid. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. BOE 313, de 29 de diciembre de 2004 (Ref.: BOE-A-2004-21760).

⁶⁵ Vid. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. BOE 260, de 17 de septiembre de 1882 (Ref.: BOE-A-1882-6036). Art. 544.7 ter: “Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar”.

⁶⁶ Vid. Gil Menbrado C., “*La vivienda familiar*”, Ed. Reus, 2013, Págs. 139-140.

sobre la base de que ambos ex-esposos se hallen contestes en tal situación y la misma no resulte perjudicial para los hijos de éstos”, a pesar de que continúa informando de que “basta con que uno de los dos ex-esposos no quiera continuar conviviendo con el otro (...) para que se estime que concurre una circunstancia de modificación de la medida en su día acordada que (...) puede ejercitarse y materializarse en cualquier momento por cualquiera de ellos”.⁶⁷

Finalmente, tras numerosas sentencias de jurisprudencia menor, el alto Tribunal en la Sentencia de 30 de abril de 2012 unificó doctrina al respecto, indicando 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”.⁶⁸

No obstante lo anterior, esta solución se encuentra vedada en los procedimientos de familia en que haya existido cualquier tipo de violencia, bien sea doméstica o de género, puesto que la cercanía entre los excónyuges podría acarrear no solo una tensiones y conflictos, sino incluso un quebrantamiento de la condena impuesta.⁶⁹

4.4.6. *Alternancia temporal o vivienda nido*

La atribución conjunta del uso de la vivienda familiar a ambos cónyuges debe mantenerse reservada con exclusividad a supuestos excepcionales y siempre que, analizadas las circunstancias de cada caso, estas puedan llevar a aconsejar la aplicación de este método. La conocida como vivienda nido viene a reflejar un sistema basado en la custodia compartida a través del cual los hijos permanecen en la vivienda familiar mientras que son los progenitores quienes deben entrar y salir en función de los períodos alternos que se hayan establecido para su cuidado y educación, bien en el convenio regulador, bien por sentencia judicial.⁷⁰

⁶⁷ Vid. STSJ CAT 1/2010, Núm. Res.: 4/2010, Núm. Rec.: 43/2009. FJ 2.

⁶⁸ Vid. STS 3056/2012, Núm. Res.: 262/2012, Núm. Rec.: 84/2011. FJ 4.

⁶⁹ Vid. González Coloma G., “*Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución del uso de la vivienda familiar*”, Ed. Dykinson, 2018, pág. 170.

⁷⁰ Vid. Francis Lefebvre, “*Vivienda familiar y cargas del matrimonio*”, Colección Derecho de Familia, 2020, págs. 75-76.

El Tribunal Supremo en determinadas ocasiones se ha situado a favor de este modelo, como así puede verse reflejado en la Sentencia del TS de 29 de noviembre de 2013 al señalar que con ello se pretende “asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor y (...) garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos”.⁷¹

Sin embargo, con el transcurso de los años se ha presentado como una fuente de conflictos entre la pareja, lo que ha generado importantes desórdenes organizativos y la doctrina se ha mostrado reticente a su aplicación. Por ello, en resoluciones como la Sentencia del TS de 16 de enero de 2020 indica “que los progenitores se alternen en la vivienda familiar, para que el niño no salga de la misma, es un sistema no compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común”.⁷²

En definitiva, actualmente esta alternativa se viene a aplicar -prácticamente en la totalidad de los casos- como medida transitoria, como puede observarse en la Sentencia del TS de 7 de junio de 2018, donde se expresa que “por acuerdo inicial de los progenitores ambos se alternaron en el uso de la vivienda. (...) La sentencia recurrida determina que esta situación se mantendrá hasta que los ex esposos liquiden la sociedad de gananciales y lo hace porque pondera las circunstancias: el interés más necesitado de protección, que en el caso es el de los menores, las tensiones que pueden producirse en su perjuicio con la excesiva prolongación de la situación de uso alterno de la vivienda y la conveniencia por ello de facilitar el tránsito a dos viviendas.”⁷³; así como la Sentencia del TS de 6 de julio de 2020 cuando decide que “procede fijar la atribución temporal de la vivienda familiar a las hijas y madre por un plazo de transición máximo de un año, salvo que antes se procediera a la liquidación de la sociedad de gananciales”⁷⁴.

⁷¹ Vid. STS 5641/2013, Núm. Res.: 757/2013, Núm. Rec.: 494/2012. FJ 3.

⁷² Vid. STS 61/2020, Núm. Res.: 15/2020, Núm. Rec.: 826/2019. FJ 5.

⁷³ Vid. STS 2104/2018, Núm. Res.: 343/2018, Núm. Rec.: 3553/2017. FJ 3.

⁷⁴ Vid. STS 2093/2020, Núm. Res.: 396/2020, Núm. Rec.: 1754/2019. FJ 3.

4.4.7. *Atribución a otros familiares por razón de la custodia de los hijos menores*

Se trata este de un caso extremo y excepcional que, a pesar de no frecuentarse en la práctica, existen ocasiones en que la custodia de los hijos menores es asignada a un tercero -generalmente un familiar- y, dadas las circunstancias, se hace necesario atribuir el derecho de uso de la vivienda familiar a las nuevas personas custodias.

Esta situación se encuentra recogida en el artículo 103.1^a.II CC⁷⁵, por lo que, desde el punto de vista de los intereses en juego y teniendo en cuenta que en numerosas ocasiones el cónyuge custodio no posee ningún derecho de propiedad sobre la vivienda familiar que se le atribuye, parece razonable aplicar de forma analógica el artículo 96.I CC y proyectarse esta medida al tercero custodio que no es parte en el proceso matrimonial. Además, la atribución de la vivienda familiar será en ciertos casos necesaria para el correcto desarrollo de la guarda y custodia del menor, pues al tercero custodio se le habrá de ofrecer los medios suficientes para llevarla a cabo de forma adecuada si carece de ellos, debido a que si no fuese así, la atribución de la custodia no sería la medida más conveniente para el menor, lo que iría en detrimento de su interés superior.⁷⁶

En este sentido podemos destacar la Sentencia del TS de 13 de febrero de 2015, donde, una vez atribuida la custodia a la tía del menor, se reitera la necesaria protección del interés superior del hijo, puesto que “se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso”.⁷⁷

5. ASUNCIÓN DE LOS GASTOS DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Previo análisis de los gastos derivados del uso de la vivienda, se han de señalar dos conceptos esenciales vinculados con la presente materia, las cargas del matrimonio y las cargas de la familia. Si bien el primero de ellos se encuentra mencionado en numerosos preceptos de

⁷⁵ Vid. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil. BOE 206, de 25 de julio de 1889 (Ref.: BOE-A-1889-4763). Art. 103.1^a.II: “Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez”.

⁷⁶ Vid. Chaparro Matamoros, P. “*Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*”, Ed.: Tirant lo Blanch, 2018, págs. 446-447.

⁷⁷ Vid. STS 253/2015, Núm. Res.: 47/2015, Núm. Rec.: 2339/2013. FJ 3.

nuestro Código Civil⁷⁸, las cargas familiares no aparecen definidas legalmente, por lo que ha sido la jurisprudencia quien ha tratado ambos conceptos como complementarios, puesto que ambas cargas conforman el conjunto de las necesidades que constituyen el entorno familiar y cuyo contenido está compuesto por los alimentos, la salud, o los gastos ordinarios que pudieran originarse por el desarrollo en condiciones dignas que han de llevar a cabo los miembros de la familia.

En este sentido destacan resoluciones como la Sentencia del TS de 17 de febrero de 2014, en la que se especifica el hecho de que “La noción de cargas del matrimonio debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar”.⁷⁹

Una vez definido el marco conceptual hemos de entrar a conocer cuáles son los gastos derivados de la titularidad o el uso de la vivienda familiar, puesto que, todos estos gastos que recaen sobre el matrimonio durante la convivencia conyugal se continúan produciendo una vez acaecida la crisis matrimonial, lo que genera el interrogante acerca de quién ha de continuar abonándolos.⁸⁰

Dado que no encontramos una referencia legal que dé respuesta a esta situación la doctrina y jurisprudencia han optado por dissociar los gastos. De este modo, puede observarse cómo en la Sentencia del TS de 27 de junio de 2018, se especifica que “Hemos de partir de la distinción entre gastos que se derivan del uso del inmueble y gastos correspondientes a la propiedad del inmueble. Respecto de los primeros (...) han de ser asumidos por el cónyuge usuario (...). En relación con los gastos derivados de la propiedad, (...) que tienen carácter *propter rem*, corresponden al propietario”⁸¹. No obstante, y tal y como a continuación observaremos, la dificultad radica en distinguir entre una y otra clase de gastos; sin olvidar,

⁷⁸ Vid. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE 206, de 25 de julio de 1889 (Ref.: BOE-A-1889-4763). Arts. 91, 103, 143, 1318, 1362, 1363, 1367, 1438, entre otros.

⁷⁹ Vid. STS 494/2014, Núm. Res.: 72/2014, Núm. Rec.: 313/2012. FJ 3.

⁸⁰ Vid. Pinto Andrade C., “*La atribución del uso de la vivienda familiar*”, Ed. Bosch, 2011, pág. 92.

⁸¹ Vid. STS 2474/2018, Núm. Res.: 399/2018, Núm. Rec.: 298/2016. FJ 2.

que ello podrá venir preestablecido en el convenio regulador que los cónyuges de mutuo acuerdo hayan adoptado⁸².

En primer lugar, encontramos algunos gastos que no generan ninguna discusión al respecto, como pudieran ser los gastos derivados de los suministros de luz, agua y gas, que en esencia solo se producen por el uso de los mismos y por ello han de ser sufragados por el cónyuge que tiene atribuido el uso temporal y mientras que se mantenga la situación de privilegio⁸³; así como los gastos derivados del seguro del hogar, que ha venido a ser reconocido directamente por los Tribunales como un gasto derivado de la propiedad de un inmueble, por lo que será abonado por su propietario.

No es del mismo modo lo que ocurre con las cuotas de comunidad de propietarios, ya que se trata de un tema bastante controvertido en donde el artículo 9 LPH⁸⁴ entra en juego en numerosas ocasiones. La jurisprudencia menor presenta argumentos coincidentes y por lo general refleja una solución común en sus resoluciones, así, podemos observar cómo la gran mayoría de Audiencias Provinciales optan por considerar que las cuotas de las comunidades de propietarios habrían de ser incluidos en los gastos derivados del uso del inmueble, tal y como ocurre en la Sentencia de la AP de Madrid de 28 de noviembre de 2014, al indicar que “ha de entenderse que las cuotas de comunidad forman parte de los gastos que derivan del mantenimiento y uso del inmueble que dicho consorte, con exclusión del otro, hace del mismo y de sus instalaciones comunes, por lo que no parece forzado incluir aquellos gastos dentro de las obligaciones que incumben al usuario”⁸⁵; y, en otras situaciones, como así se expresa en la Sentencia de la AP de Guadalajara de 31 de marzo de 2017, reflejando que “las cuotas ordinarias de comunidad tienen por objeto cubrir económicamente una serie de

⁸² Vid. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil. BOE 206, de 25 de julio de 1889 (Ref.: BOE-A-1889-4763). Art. 1255: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

⁸³ Vid. Francis Lefebvre, “*Vivienda familiar y cargas del matrimonio*”, Colección Derecho de Familia, 2020, pág. 99.

⁸⁴ Vid. Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal. BOE 176, de 23 de julio de 1960 (Ref.: BOE-A-1960-10906). Art. 9.1.e): “Contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización”.

⁸⁵ Vid. SAP M 16584/2014, Núm. Res.: 1054/2014, Núm. Rec.: 247/2014. FJ 2.

servicios, (...) que tan sólo benefician de modo directo y personal al excónyuge que vive en el domicilio, esto es, a quien ostenta el derecho, exclusivo y excluyente, de uso”⁸⁶.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, y a pesar de haberse mostrado irresoluto en numerosas ocasiones, finalmente unifica doctrina en la Sentencia de 25 de septiembre de 2014 haciendo dos consideraciones esenciales. En primer lugar, que “de acuerdo con el art. 9.5 de la LPH el pago de los gastos de comunidad corresponde al propietario/os” lo que consecuentemente obliga a incluirlos en la tipología de gastos correspondientes a la propiedad del inmueble; y, en segundo lugar, que ello no impide que pudiera ser el cónyuge titular del derecho del uso quien deba abonar tales cantidades, puesto que “nada obsta a que un Tribunal de familia acuerde (...) que el excónyuge que utilice la vivienda ganancial, sea el que deba afrontar los gastos ordinarios de conservación (...) si bien frente a terceros, esto es la Comunidad de Propietarios, no se puede alterar el que es el titular de la vivienda obligado al pago de los gastos, en las relaciones internas entre los cónyuges (...) puede la sentencia matrimonial (...) alterar el responsable de su pago en las relaciones internas que surgen entre los titulares del uso y de la propiedad”⁸⁷.

En definitiva, la línea que ha mantenido el Alto Tribunal es entender que los gastos derivados de las cuotas de la comunidad de propietarios corresponde abonarlos al propietario del inmueble si nos encontramos ante un régimen económico en separación de bienes, puesto que, de encontrarnos en un régimen matrimonial de gananciales, y como así se ha establecido posteriormente por la Sentencia del TS de 27 de junio de 2018 “los gastos de comunidad correspondientes a la vivienda familiar han de ser a cargo de la sociedad de gananciales”⁸⁸ hasta la liquidación de la misma, momento en que el cónyuge que haya realizado los ingresos podrá recuperar lo que corresponda, ya que la cantidad abonada integra el pasivo en la liquidación de la comunidad⁸⁹.

En tercer lugar, con relación a los gastos derivados del pago del IBI el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones ha reconocido que se trata de un gasto vinculado a la propiedad de la vivienda familiar, además así se ha unificado doctrina a raíz de la Sentencia de 1 de junio de 2006, indicando que “el impuesto sobre bienes inmuebles es un gravamen que recae sobre

⁸⁶ Vid. SAP GU 58/2017, Núm. Res.: 69/2017, Núm. Rec.: 394/2016. FJ 2.

⁸⁷ Vid. STS 3819/2014, Núm. Res.: 508/2014, Núm. Rec.: 2417/2012. FJ 2.

⁸⁸ Vid. STS 2474/2018, Núm. Res.: 399/2018, Núm. Rec.: 298/2016. FJ 2.

⁸⁹ Vid. García Mayo, M. “*Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*”, Ed. Reus, 2019, pág. 402.

la propiedad, no sobre la posesión”⁹⁰ y continúa manteniendo la misma línea jurisprudencial en situaciones más recientes como la Sentencia de 24 de abril de 2018, en la que se afirma que “Se trata de obligaciones *propter rem* derivadas de la titularidad del bien que, por ello, corresponde satisfacer al propietario”.⁹¹

Finalmente, y, posiblemente, uno de los gastos que más litigios ha generado y que más repercusión práctica y vinculación con la vivienda familiar posee son las cuotas hipotecarias derivadas de la constitución de un préstamo de hipoteca que ha sido concedido en un pasado para la adquisición del inmueble. En este caso, el debate principal se centra en la determinación de si se trata de una carga matrimonial, o, por el contrario, debe quedar excluida de las mismas.⁹²

Con respecto a esa determinación la jurisprudencia menor se ha mostrado discordante a lo largo de los años, puesto que, por un lado nos encontramos ante situaciones en las que se excluye la naturaleza de carga familiar de las cuotas hipotecarias, como la Sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 12 de julio de 2010 la cual indica expresamente que “el pago de los plazos de hipoteca para la adquisición de bienes inmuebles aunque suponga el domicilio familiar, no puede comprenderse dentro del concepto de cargas del matrimonio”⁹³; mientras que, en otras ocasiones, las cuotas conforman esas cargas a las que ambos cónyuges han de hacer frente una vez disuelto el matrimonio, como sucede en la Sentencia de la AP de Murcia de 25 de junio de 2009 en la que se indica que “la contribución a una carga económica de la sociedad de gananciales, caso del préstamo hipotecario que pesa sobre la vivienda. Es una carga del matrimonio de la que ambos cónyuges son deudores. Esa deuda frente a tercero nada tiene que ver con el uso de la vivienda (...) por lo que ninguna relevancia tiene quién sea el usuario”⁹⁴.

Dada la desavenencia entre las diferentes audiencias, el Tribunal Supremo se pronunció y unificó doctrina afirmando que las cuotas hipotecarias no se constituyen como cargas matrimoniales. Tal efecto se estableció en las Sentencias del TS de 31 de mayo de 2006⁹⁵, o

⁹⁰ Vid. STS 3326/2006, Núm. Res.: 563/2006, Núm. Rec.: 4097/1999. FJ 5.

⁹¹ Vid. STS 1479/2018, Núm. Res.: 246/2018, Núm. Rec.: 3845/2017. FJ 4.

⁹² Vid. García Mayo, M. “*Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*”, Ed. Reus, 2019, pág. 405.

⁹³ Vid. SAP TF 229/2010, Núm. Res.: 322/2010, Núm. Rec.: 24/2010. FJ 2.

⁹⁴ Vid. SAP MU 811/2009, Núm. Res.: 377/2009, Núm. Rec.: 295/2009. FJ 2.

⁹⁵ Vid. STS 3331/2006, Núm. Res.: 564/2006, Núm. Rec.: 4112/1999. FJ 3.

en la Sentencia del TS de 5 de noviembre de 2008⁹⁶, entre otras, línea jurisprudencial que se ha mantenido con el transcurso de los años como podemos observar en resoluciones tan recientes como la Sentencia del TS de 5 de noviembre de 2019 donde se afirma que “las cuotas de amortización del préstamo hipotecario con el que se sufraga la adquisición de la vivienda, a través de la cual se satisfacen las necesidades de habitación del matrimonio, no se reputan cargas del mismo”⁹⁷.

En definitiva, a modo de conclusión, podemos afirmar que las cuotas hipotecarias pendientes serán abonadas en función del régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio, puesto que, si se trata de un bien ganancial, la misma habrá de ser pagada por ambos cónyuges ya que se trata de una deuda de la sociedad, como así estipula la Sentencia del TS de 28 de marzo de 2011 al declarar que “el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y (...) no constituye carga del matrimonio”⁹⁸ y que, una vez liquidada la sociedad, se repartirá el abono de las mismas por mitad entre ambos cónyuges; mientras que, si la vivienda es privativa de uno de los consortes, habrá de ser abonada por aquel que contrató el préstamo hipotecario, aun cuando no sea titular del derecho de uso sobre la misma, circunstancia que así se prevé en la Sentencia del TS de 20 de marzo de 2013, en cuanto establece que “la hipoteca (...) se trata de una deuda contraída (...) que debe satisfacerse por quienes ostentan título de dominio sobre el mismo de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria, (...) con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario”⁹⁹.

6. COMPENSACIÓN ECONÓMICA AL CÓNYUGE PRIVADO DEL USO

Atendiendo al tenor literal del artículo 96 del CC, donde no encontramos ninguna referencia a la onerosidad que pudiere conllevar el derecho de uso sobre la vivienda familiar, se ha de considerar, en principio, un derecho de carácter gratuito derivado de la naturaleza asistencial

⁹⁶ Vid. STS 5805/2008, Núm. Res.: : 991/2008, Núm. Rec.: 962/2002. FJ 3.

⁹⁷ Vid. STS 3549/2019, Núm. Res.: 583/2019, Núm. Rec.: 196/2017. FJ 2.

⁹⁸ Vid. STS 1659/2011, Núm. Res.: 188/2011, Núm. Rec.: 2177/2007. FJ 3.

⁹⁹ Vid. STS 3121/2013, Núm. Res.: 206/2013, Núm. Rec.: 1548/2010. FJ 6.

que envuelve su atribución; lo que no obsta a que el mismo incida, por ejemplo, sobre la pensión de alimentos sobre los hijos.¹⁰⁰

Se trata de una cuestión enormemente discutida en la doctrina donde los argumentos a favor y en contra de la solicitud de una compensación por la privación de ese derecho de uso sobre la vivienda familiar y la libre disposición sobre la misma que sufre uno de los cónyuges se enfrentan en un escenario no regulado legalmente.

Oliva Blázquez, siguiendo una de las líneas doctrinales existentes considera que, dado el carácter patrimonial que envuelve al derecho de uso sobre la vivienda familiar y las ocasionales situaciones de inequidad que pudieran derivarse de la privación del disfrute del inmueble incluso hacia aquel que fuere el propietario, considera que se hace necesario atender a posibles contraprestaciones directas e independientes de las que pudieran derivarse de la pensión alimenticia o compensatoria¹⁰¹. Del mismo modo, García Cantero considera que “la gratuidad no se presume -y menos en situaciones de conflicto familiar- y si el legislador hubiera querido que tales contratos fueran gratuitos, lo hubiera dicho expresamente” (Cfr. Albaladejo, M. “*Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*”, (Vol. II), Ed. Revista de Derecho Privado, 1982).

En la práctica se ha optado por considerar que existe una contraprestación *in natura* al pago de alimentos, situación que se ve respaldada por lo recogido en el artículo 142 CC¹⁰² y que el Tribunal Supremo ha contemplado en numerosas ocasiones, como podemos observar en la Sentencia de 19 de enero de 2017 donde se establece, que “la vivienda forma parte integrante del concepto de alimentos, conforme el artículo 142 del Código Civil, obligación que recae sobre ambos progenitores; y por lo tanto, al beneficiarse el progenitor custodio de la ocupación, por uso atribuido a los hijos anteriores de la vivienda, propiedad por indiviso de ambos litigantes, ello debe tener también su transcendencia económica a los efectos de la mencionada contribución del progenitor custodio”¹⁰³.

¹⁰⁰ Vid. García Mayo, M. “*Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*”, Ed. Reus, 2019, págs. 159-160.

¹⁰¹ Vid. Cerdeira Bravo de Mansilla, G. “*Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*”, Ed. Reus, 2017, págs. 301 y ss.

¹⁰² Vid. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil. BOE 206, de 25 de julio de 1889 (Ref.: BOE-A-1889-4763). Art. 142: “Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”.

¹⁰³ Vid. STS 114/2017, Núm. Res.: 33/2017, Núm. Rec.: : 212/2015. FJ 1.

En definitiva, existe una laguna legal que puede generar gran inseguridad jurídica, puesto que, para que efectivamente pudiésemos contemplar la existencia de una contraprestación indirecta a través de la reducción de la pensión alimenticia, deberíamos encontrar reglas proporcionales -tal y como rigen en relación con las pensiones- recogidas expresamente en un cuerpo legal común o a través de criterios jurisprudenciales concretos, tal y como ocurre en los regímenes forales que en apartados posteriores analizaremos.

7. EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA

El Código Civil no regula ninguna causa de extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar atribuido a uno de los cónyuges durante un proceso de familia. Dado que su atribución se caracteriza por las notas de provisionalidad y temporalidad, como hemos tenido ocasión de ver, este derecho se extingue en función de las particularidades que concurren en cada caso, atendiendo esencialmente a la casuística¹⁰⁴. Por ende, se ha de tener presente que, tras la atribución del derecho de uso a uno de los cónyuges, pueden acaecer novedades que deriven en la modificación o extinción de este, por lo que “las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los cónyuges”¹⁰⁵.

Esta posibilidad de cambio en las circunstancias originales se ha expresado en numerosas ocasiones en las que se han establecido los requisitos que han de concurrir para proceder a la modificación o extinción de las medidas. Así, lo podemos observar en la Sentencia del TS de 16 de junio de 2019, donde se indica con claridad que “jurisprudencialmente se ha determinado que el cambio no necesariamente ha de ser sustancial, pero sí cierto, y en interés de los menores”¹⁰⁶, o en la más reciente Sentencia del TS de 26 de octubre de 2020 en la que se reitera que “la modificación de medidas, tal como el cambio de sistema de custodia, exige un cambio "cierto" de las circunstancias y que se adopte en interés de los menores”¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Vid. Francis Lefebvre, “*Vivienda familiar y cargas del matrimonio*”, Colección Derecho de Familia, 2020, pág. 66.

¹⁰⁵ Vid. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil. BOE 206, de 25 de julio de 1889 (Ref.: BOE-A-1889-4763). Art. 90.3.

¹⁰⁶ Vid. STS 2197/2020, Núm. Res.: 311/2020, Núm. Rec.: : 2560/2019. FJ 3.

¹⁰⁷ Vid. STS 3561/2020, Núm. Res.: 559/2020, Núm. Rec.: : 802/2020. FJ 3.

Para analizar las causas de extinción del derecho de uso se ha de acudir a la doctrina y jurisprudencia que se ha pronunciado al respecto, no siendo unánime en muchas de las ocasiones y sobre lo que el Derecho foral, como veremos próximamente, resuelve expresamente sin discrepancias. Lo más conveniente será enumerar -no como un *numerus clausus*- las causas más habituales de extinción del derecho y observar cómo los Tribunales se han pronunciado sobre ello.

En puridad, la única causa prevista que genera *per se* la extinción del derecho es el vencimiento del plazo fijado en la sentencia o en el convenio matrimonial establecido por mutuo acuerdo. Esta situación acontece en numerosas resoluciones, que generalmente indican el período temporal durante el cual el cónyuge podrá disponer del uso del inmueble, bien indicando un plazo determinado, como ocurre en la Sentencia del TS de 24 de junio de 2020, al establecer que “el derecho del uso de la vivienda familiar, en modo alguno tiene carácter indefinido, ni es esencialmente vitalicio. Actualmente, (...) se configura como un derecho provisional y temporal (...) Por tanto, la atribución del uso de la vivienda debe ser limitada a 6 meses”¹⁰⁸; o bien estableciendo un término fijo o condición resolutoria, como ejemplifica la Sentencia de la AP de Valladolid de 28 de mayo de 2019, indicando que “procede atribuir el uso y disfrute del domicilio familiar (...) a las hijas Elena y Guadalupe, para que vivan en el mismo con su madre D^a Rosa, hasta que la menor de las dos hijas cumpla los dieciocho años de edad”¹⁰⁹.

Otra de las causas principales que generan la extinción del derecho de uso sobre la vivienda, aunque no de manera automática, es el cese de la convivencia de los hijos menores de edad con el cónyuge custodio que tiene atribuido el derecho en virtud del artículo 96.I del CC, bien porque los hijos hayan podido fallecer, o porque se haya privado al progenitor de la custodia de los mismos, entre otras situaciones. Dado que el interés superior de los menores fue el motivo determinante que atribuyó al cónyuge custodio el derecho de uso, parece oportuno que, ante la ausencia de la condición *sine qua non*, se abra la posibilidad de optar por una modificación de las medias o, incluso por la extinción de estas.¹¹⁰

Se ha de destacar en este sentido la Sentencia del TS de 25 de noviembre de 2013, a través de la cual se declara que “se se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario (...)

¹⁰⁸ Vid. STS 2039/2020, Núm. Res.: 351/2020, Núm. Rec.: : 4122/2019. FJ 1.

¹⁰⁹ Vid. SAP VA 760/2019, Núm. Res.: 224/2019, Núm. Rec.: : 629/2018. FJ 4.

¹¹⁰ Vid. García Mayo, M. “*Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*”, Ed. Reus, 2019, pág. 465.

tras la jurisprudencia citada del Tribunal Constitucional hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional”¹¹¹; este cambio de criterio tan drástico generó numerosas modificaciones de custodia que hasta el momento habían otorgado la atribución de la vivienda familiar al cónyuge custodio.

Frente esta situación, y una vez determinado que los menores habitarán con ambos progenitores en períodos alternos e iguales, se habrá de atender al interés más necesitado de protección con el propósito de modificar -si procede- las medidas hasta entonces vigentes. Actualmente el Alto Tribunal continúa manteniendo una postura intermedia y admite la extinción del derecho de uso del cónyuge no titular que hasta entonces había venido disfrutando del inmueble, pero concediendo un período de tiempo para que el mismo pueda procurarse una vivienda digna en la que los menores sean capaces de desarrollarse en condiciones adecuadas. Esta circunstancia la podemos observar en la Sentencia del TS de 9 de mayo de 2018 en el momento en que establece que “de acuerdo con el art. 96.2 C. Civil, aplicado analógicamente (...) se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año con el fin de facilitar a ella y a los menores la transición a una nueva residencia”¹¹².

En tercer lugar, se ha de enunciar el fallecimiento del cónyuge beneficiario del derecho de uso sobre la vivienda familiar cuya extinción acontece automáticamente dadas las circunstancias naturales; no obstante, para proceder de nuevo a su atribución se han de diferenciar dos situaciones, bien si nos situáramos ante un beneficiario en virtud del artículo 96.I, o bien a través del artículo 96.III del CC. Ello es así puesto que, de encontrarnos en el primer supuesto, el derecho de uso se atribuirá dado el cambio de circunstancias al nuevo custodio de los menores, que, previsiblemente -de no acontecer ningún supuesto de privación de la patria potestad- será del cónyuge superviviente; mientras que, frente al segundo de los supuestos, se reintegrará el derecho de uso en el propietario del inmueble.¹¹³

Asimismo, se ha de mencionar el cambio en la situación económica de los cónyuges, lo que puede implicar un desplazamiento o incluso la extinción del interés más necesitado de protección, ya sea porque el beneficiario del derecho de uso sobre la vivienda familiar haya

¹¹¹ Vid. STS 5710/2013, Núm. Res.: 758/2013, Núm. Rec.: : 2637/2012. FJ 4.

¹¹² Vid. STS 1627/2018, Núm. Res.: 268/2018, Núm. Rec.: : 3232/2017. FJ 2.

¹¹³ Vid. González Coloma G., “*Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución del uso de la vivienda familiar*”, Ed. Dykinson, 2018, págs. 231-232.

venido en mejor fortuna, o bien porque aquel que fue privado de este ha empeorado su posición a nivel económico. Esta posibilidad se prevé en numerosas resoluciones, tal y como ocurre en la Sentencia del TS de 12 de junio de 2020, en la que se indica que “siempre queda abierta la posibilidad de una modificación de medidas si fuera precisa para ajustar la satisfacción de las necesidades de los menores a la capacidad económica de cada progenitor en la situación que derivará tras la extinción del uso de la vivienda”¹¹⁴.

A continuación, otra de las circunstancias que genera la extinción del derecho deriva de la propia finalidad por la que este se atribuyó. El artículo 96 CC obedece a la protección del interés del menor o a razones asistenciales que, si bien es cierto que en ningún modo puede restringir o limitar derecho fundamental alguno, tales como la libertad de residencia¹¹⁵, sí puede considerarse un hecho pernicioso el no uso o el abandono del inmueble por sus habitantes desde el punto de vista del procedimiento familiar, puesto que, al desaparecer el fin o la necesidad por el que el derecho fue atribuido, no cabe sino deducir que tal asignación ya no tiene razón de ser y ha de acaecer una modificación de medidas, o, en su caso, proceder a la extinción de las mismas.¹¹⁶

En este sentido, la jurisprudencia menor se ha pronunciado en numerosas ocasiones, como puede observarse con claridad en la Sentencia de la AP de Castellón de 7 de julio de 2014, donde se indica que “lo dispuesto en el art. 96 párr. 1º del C. Civil , tan sólo tiene sentido y tan sólo se justifica cuando el progenitor custodio y los hijos menores que con él convivan vivan en la que fue vivienda familiar, esto es, cuando es a través del uso de la vivienda familiar como dicha progenitora y los hijos menores satisfacen sus necesidades ordinarias de vivienda. Por tanto, si se acredita que el progenitor custodio y los menores que tiene bajo su guarda no viven en el domicilio familiar, no ejercitan el derecho de uso que les fue atribuido, no existe inconveniente para asignar dicho uso al otro progenitor cotitular de la vivienda familiar”¹¹⁷.

¹¹⁴ Vid. STS 1688/2020, Núm. Res.: 295/2020, Núm. Rec.: : 3855/2019. FJ 3.

¹¹⁵ Vid. Constitución Española. BOE 311, de 29 de diciembre de 1978 (Ref.: BOE-A-1978-31229). Art. 19: “Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional”.

¹¹⁶ Vid. Ordás Alonso, M. “*La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*”, Ed. Bosch, 2018, pág. 522.

¹¹⁷ Vid. SAP CS 877/2014, Núm. Res.: 97/2014, Núm. Rec.: : 38/2014. FJ 1.

En todo caso, la jurisprudencia se ha encargado de perfilar las características que se han de reunir en cada uno de los casos para considerar que se ha producido un verdadero abandono de la vivienda familiar, puesto que ha de realizarse de forma libremente, sin coacciones, por un tiempo prolongado y de manera definitiva, lo que consecuentemente conlleva un abandono voluntario que generaría la pérdida de la naturaleza del derecho de uso, frente al abandono que viene motivado por las circunstancias concurrentes de la crisis matrimonial¹¹⁸, que puede ocurrir, por ejemplo, ni nos encontramos frente a episodios de violencia de género, situación que se ve plasmada en la Sentencia del TS de 15 de marzo de 2013, donde se expresa que “no abandonaron de forma voluntaria, y menos aún con vocación de permanencia, sino habida cuenta las males relaciones entre los cónyuges que desembocarían posteriormente en procedimientos penales”¹¹⁹.

Seguidamente, hemos de referirnos a una de las cuestiones más recientemente discutidas que ha generado un cambio de doctrina jurisprudencial en los últimos años motivado por una sentencia dictada por el Alto Tribunal que rompe con lo preestablecido al respecto. Se trata de la convivencia con un tercero en la vivienda que fue declarada familiar, acerca de lo cual la Sentencia del TS de 20 de noviembre de 2018 establece que “La introducción de un tercero en la vivienda en manifiesta relación estable de pareja con la progenitora que se benefició del uso por habersele asignado la custodia de los hijos cambia el estatus del domicilio familiar (...) La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza por servir en su uso a una familia distinta y diferente”¹²⁰; línea jurisprudencial que se ha mantenido hasta resoluciones mucho más recientes, como la Sentencia del TS de 23 de septiembre de 2020, en la que se reitera la doctrina jurisprudencial expuesta y reafirma que “El derecho de uso de la vivienda familiar (...) se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar (...) En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio”¹²¹.

Con esta resolución no se limita el derecho a la libertad personal, pues no se impide al cónyuge beneficiario del uso iniciar una nueva relación sentimental; no obstante, esta nueva

¹¹⁸ Vid. Ordás Alonso, M. “*La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*”, Ed. Bosch, 2018, págs. 80-81.

¹¹⁹ Vid. STS 1021/2013, Núm. Res.: 193/2013, Núm. Rec.: 864/2011. FJ 3.

¹²⁰ Vid. STS 3882/2018, Núm. Res.: 641/2018, Núm. Rec.: 982/2018. FJ 2.

¹²¹ Vid. STS 3033/2020, Núm. Res.: 488/2020, Núm. Rec.: 4122/2019. FJ 2.

situación conlleva a nivel estrictamente jurídico un perjuicio del otro cónyuge, pues la convivencia con un tercero influye considerablemente en la pensión compensatoria e incluso en el interés superior de los menores, desde el momento en que se introducen nuevas circunstancias que no se tuvieron en cuenta inicialmente.¹²²

Tras este pronunciamiento no han sido pocas las resoluciones que han continuado manteniendo esta línea jurisprudencial, así como otras que han ido perfilando las consecuencias que necesariamente se derivan de ello. Así, se han pronunciado con respecto al período de tiempo que generalmente se otorga al cónyuge custodio para que proceda a abandonar la vivienda, entendiendo que 12 meses son prudenciales y suficientes para procurarse de un nuevo inmueble. De este modo, la Sentencia del TS de 29 de octubre de 2019 establece que “la vivienda que fue familiar ha dejado de serlo, por lo que dejamos sin efecto la atribución de la misma a la menor y a la madre que la custodia, las cuales podrán permanecer en la misma por un tiempo prudencial de un año, tras el cual deberán desalojarla”¹²³.

Finalmente, para terminar con el análisis de las circunstancias que generan la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, se ha de mencionar que encontramos otras situaciones menos asiduas en la práctica, pero que generan las mismas consecuencias que las ya analizadas -bien de forma inmediata, bien a través de una modificación de las medidas-. Entre ellas podemos mencionar la reclamación de la vivienda por los terceros propietarios, en caso de situarnos frente a una cesión gratuita como pudiere ser un precario -aspecto que ya ha sido analizado en apartados previos-; la extinción por acuerdo mutuo, como la que viene generada por una compraventa del inmueble, y siempre atendiendo al debido respeto del interés superior del menor, si los hubiere¹²⁴; o, debido a la destrucción total del bien sobre el que se plasma el derecho, en este caso, la vivienda familiar¹²⁵; entre otros supuestos.

¹²² Vid. Francis Lefebvre, “*Vivienda familiar y cargas del matrimonio*”, Colección Derecho de Familia, 2020, pág. 67.

¹²³ Vid. STS 3489/2019, Núm. Res.: 568/2019, Núm. Rec.: : 1153/2019. FJ 3.

¹²⁴ Vid. González Coloma G., “*Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución del uso de la vivienda familiar*”, Ed. Dykinson, 2018, pág. 238.

¹²⁵ Vid. Ordás Alonso, M. “*La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*”, Ed. Bosch, 2018, págs. 516-517.

8. SITUACIONES ANÁLOGAS EN LA RUPTURA DE PAREJAS DE HECHO

Las parejas de hecho o la convivencia *more uxorio* es reconocido por el Tribunal Constitucional, pues deriva del propio derecho constitucional al libre derecho de la personalidad ¹²⁶; sin embargo, ha establecido un límite determinante entre ambas instituciones, al indicar en su Sentencia de 23 de mayo de 2013 que “en la Constitución, el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por nuestra norma suprema, y el derecho a contraerlo es un derecho constitucional (...), mientras que “nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”¹²⁷.

El problema principal se suscita entonces en aquellos casos en que la titularidad del inmueble recae en exclusiva sobre uno de los miembros de la pareja, no encontramos normativa legal concreta o no es posible aplicar legislación autonómica específica, y no existe un acuerdo previo entre ambos. Frente a esta situación habremos de analizar la evolución jurisprudencial que ha existido al respecto con el transcurso de los años.

En los años 90 se realizaba una equiparación prácticamente total entre las parejas de hecho y el matrimonio, y, como se puede observar en la Sentencia del TS de 16 de diciembre de 1996, se prevé la aplicación analógica de las normas contenidas en el Código Civil, indicando que “las normas que sobre el uso de la vivienda familiar, contiene el Código civil en relación con el matrimonio y sus crisis, entre ellas, la ruptura del vínculo, se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja ya que las razones que abonan y justifican aquellas valen también en este último caso”¹²⁸. Sin embargo, desde el año 2005 decae esta percepción y los Tribunales comienzan a determinar que las parejas de hecho no pueden equipararse en ningún caso a la institución matrimonial, pues, quien no contrae matrimonio es sencillamente porque no desea someterse

¹²⁶ Vid. Constitución española. BOE 311, de 29 de diciembre de 1978 (Ref.: BOE-A-1978-31229) Art. 10.1: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

¹²⁷ Vid. STC 93/2013. BOE 123, de 23 de mayo de 2013. FJ 5.

¹²⁸ Vid. STS 7256/1996, Núm. Res.: 1085/1996, Núm. Rec.: : 2016/1993. FJ 7.

a tal régimen jurídico¹²⁹. En este sentido se expresa la reciente Sentencia del TS de 15 de enero de 2018, donde se establece que “no cabe aplicar por *analogía legis* las normas del matrimonio a los supuestos de ruptura de la convivencia *more uxorio* o unión de hecho (...) debe excluirse la aplicación analógica (...) al solucionar otros problemas jurídicos planteados con ocasión del cese de la convivencia de parejas”¹³⁰.

Frente a esta situación, actualmente se ha determinado que la atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de parejas de hecho vendrá determinada por la existencia o no de hijos menores de edad comunes en la relación, pues se admite la aplicación automática del artículo 96.I CC, ya que todos los hijos son iguales frente a la Ley, independientemente de su filiación, impidiendo la aplicación de soluciones diferenciadas entre los menores de edad¹³¹. En este sentido se manifiesta la Sentencia del TS de 1 de abril de 2011 en la que se afirma que “la relación de analogía entre ambas situaciones existe, de acuerdo con lo establecido en el art. 4 CC (...) la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el Art. 96 CC”¹³²; así como la Sentencia del TS de 31 de mayo de 2012, reiterando que “Cuando se trata de una pareja que convive sin haber contraído matrimonio, la atribución del domicilio familiar se rige por las mismas reglas que en la ruptura matrimonial”¹³³.

Por lo tanto, ante la inexistencia de hijos comunes menores de edad en la relación y frente a la imposibilidad de aplicar analógicamente el artículo 96.III CC parece que nos enfrentamos a una situación de vacío legal donde la jurisprudencia se ha mostrado incierta en numerosas ocasiones, pues, cuando el inmueble es titularidad de ambos, parece que lo más razonable será distribuir en proporción a sus cuotas el derecho de goce como si de cualquier comunidad se tratase¹³⁴; sin embargo, cuando la vivienda es de titularidad exclusiva de uno solo, los Tribunales se han visto desamparados ante la inexistencia de regulación legal al respecto, y limitados por la opinión del Tribunal Constitucional, por lo que se ha generado una amplia

¹²⁹ Vid. García Mayo, M. “*Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*”, Ed. Reus, 2019, pág. 346.

¹³⁰ Vid. STS 37/2018, Núm. Res.: 17/2018, Núm. Rec.: : 2305/2016. FJ 5.

¹³¹ Vid. Chaparro Matamoros, P. “*Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*”, Ed.: Tirant lo Blanch, 2018, págs. 275-276.

¹³² Vid. STS 2053/2011, Núm. Res.: 221/2011, Núm. Rec.: 1456/2008. FJ 3 y 5.

¹³³ Vid. STS 3850/2012, Núm. Res.: 340/2012, Núm. Rec.: 1057/2011. FJ 3.

¹³⁴ Vid. García Mayo, M. “*Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*”, Ed. Reus, 2019, pág. 348.

jurisprudencia dispar en donde en numerosas ocasiones se ha forzado la interpretación y se ha efectuado un notorio esfuerzo para proporcionar soluciones viables¹³⁵.

En definitiva, y a modo de resumen parece conveniente citar la Sentencia del TS de 17 de enero de 2003, en donde se expresa con claridad que “si ha carecido de expresa consideración jurídica, ello no significa que sea contraria a la ley: es alegal, no ilegal; no está prevista, pero tampoco prohibida; es ajurídica, no antijurídica; sus indudables efectos, *inter partes* en la convivencia y por la disolución y respecto a la filiación, no son ignorados por el jurista en general, ni por el juez en particular. La Constitución española no contempla directamente la unión de hecho, pero sus normas le pueden afectar directa o indirectamente”¹³⁶.

9. DERECHO COMPARADO Y NORMATIVA FORAL EN ESPAÑA

En los países de nuestro entorno encontramos una regulación normativa muy amplia en la que observamos numerosas diferencias y similitudes con respecto a nuestra legislación. En el caso de Italia se aplica un tratamiento semejante donde la doctrina interpreta el derecho de uso sobre la vivienda familiar como un “derecho de disfrute atípico, oponible a tercero” (Cfr. García Mayo M., “*Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*”, 2019, pág. 113).

No obstante, en el caso de Francia y Portugal encontramos diferencias más notables con relación a la legislación nacional. En el primero de ellos, se presenta la posibilidad bien de atribuir el derecho de uso al cónyuge no titular a cambio de una renta, o bien otorgar el derecho sometido a las reglas sobre sucesiones si el inmueble pertenece a la sociedad matrimonial¹³⁷; y, en el caso de Portugal, a falta de mutuo acuerdo por los cónyuges, será el Juez quien atribuirá el derecho de uso sobre la vivienda familiar a uno de los consortes otorgando el inmueble en arrendamiento¹³⁸. En definitiva, podemos observar como la principal diferencia radica en la gratuidad que en nuestro país rodea a esta institución, a pesar

¹³⁵ Vid. Ordás Alonso, M. “*La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*”, Ed. Bosch, 2018, págs. 361.

¹³⁶ Vid. STS 122/2003, Núm. Res.: 5/2003, Núm. Rec.: 1270/1998. FJ 2.

¹³⁷ Vid. Code Civil des Français. Titre VI, Chapitre III, Section 1^a.

¹³⁸ Vid. Código Civil Português. Livro IV, Título II, Capítulo XII, Secção I.

-como ya hemos hecho referencia- de la posible incidencia que pudiera tener en las pensiones establecidas a raíz de la crisis matrimonial.

Con respecto a la normativa foral en aquello relacionado con la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar, hemos de reconocer la legislación catalana, aragonesa, vasca y navarra; aunque no sin antes mencionar que la Comunidad Valenciana hasta el año 2016 poseía una normativa específica recogida en la Ley 5/2011¹³⁹ que fue declarada inconstitucional a través de la Sentencia del TC de 26 de diciembre de 2016, por conflictos competenciales con la jurisdicción estatal, y, en la que se establece que “De todo lo hasta aquí expuesto se deriva la falta de competencia de la Comunidad Valenciana, en este caso, para regular las consecuencias civiles de las relaciones paterno-filiales tras la ruptura de la convivencia de los progenitores. Lo cual debe conducir a declarar la inconstitucionalidad de la totalidad de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”¹⁴⁰.

En cuanto a la legislación catalana, hemos de remitirnos a los artículos 233-20 y ss. CCat¹⁴¹ en donde se disponen el conjunto de normas relativas a la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar. Brevemente, indicar que los aspectos que difieren con relación a la normativa civil general son, en primer lugar, la subsidiariedad que presenta la atribución del derecho a los menores y al cónyuge custodio frente a cualquier acuerdo al que puedan llegar los cónyuges, como así lo manifiesta la Sentencia de la AP de Barcelona de 28 de mayo de 2018, en la que se expresa que “el artículo 233-9 del Codi Civil de Catalunya concede a los progenitores la facultad de establecer un plan de parentalidad en el que se concrete la manera en que los dos ejercerán las responsabilidades parentales, así como los compromisos que sumen respecto a la guarda , cuidado y educación de los hijos, y entre estos, el lugar o los lugares en que los hijos vivirán habitualmente”¹⁴².

En segundo lugar, se destaca la posibilidad de atribuir el derecho de uso no sobre la vivienda familiar, sino sobre otro inmueble que sea idóneo y capaz para cubrir las necesidades de habitación de los menores, situación que podemos ver reflejada por lo así dispuesto en la

¹³⁹ Vid. Ley 5/2011 , de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. BOE 98, de 25 de abril de 2011 (Ref.: BOE-A-2011-7329).

¹⁴⁰ Vid. STC 192/2016, de 16 de noviembre. BOE 311, de 26 de diciembre de 2016. FJ 4.

¹⁴¹ Vid. Ley 25/2010 , de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia. BOE 203, de 21 de agosto de 2010 (Ref.: BOE-A-2010-13312).

¹⁴² Vid. SAP B 5869/2018, Núm. Res.: 388/2018, Núm. Rec.: 1367/2017. FJ 1.

Sentencia del TSJ de Cataluña de 30 de julio de 2012, donde se establece que “Es cierto que el Codi parte de la atribución al esposo o a la esposa del "habitatge familiar", pero si éste es atribuido, expresa o tácitamente, al primero, nada obsta que a la esposa -con las hijas- el Juez le otorgue la segunda residencia (porque así lo permite la Ley) (...) Estas residencias pueden ser tanto las viviendas que se usan transitoria o estacionalmente, como otras que sean susceptibles de uso aunque vengán siendo rentabilizadas por los cónyuges mientras no son necesarias para la familia”¹⁴³.

Finalmente, se hace expresa referencia en el cuerpo legal a las obligaciones relativas al pago de los gastos que pudieran derivarse del ejercicio de este derecho; a los motivos de extinción del mismo; y, a la solución que ha de otorgarse en caso de situarnos frente a una unión *more uxorio* o pareja de hecho.¹⁴⁴

A continuación, en lo que respecta a la normativa foral aragonesa, recogida en el CDFA¹⁴⁵ en su artículo 81, podemos observar cómo uno de los hechos más destacables es la existencia de una solución normativa frente a las situaciones de custodia compartida, hecho que en la legislación general no encontramos puesto que el Código Civil se limita a atribuir tal decisión al arbitrio del Juez; así como la expresa referencia al carácter temporal del derecho que habrá de ser determinada por la sentencia, sin permitirse expresiones tales como “mientras dure la guarda y custodia de los menores” circunstancia que se puede observar con claridad en la Sentencia del TSJ de Aragón de 18 de julio de 2014, al indicar que “la atribución del uso de la vivienda a uno solo de los progenitores debe tener una limitación temporal, sin excepción. El plazo podrá ser más o menos dilatado a juicio del tribunal de instancia en función de las circunstancias concretas de cada familia, pero debe ser establecido”¹⁴⁶.

Como hemos dicho con anterioridad, otra de las legislaciones forales referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar la encontramos en el País Vasco, a través de la Ley

¹⁴³ Vid. STSJ CAT 8898/2012, Núm. Res.: 50/2012, Núm. Rec.: 227/2011. FJ 5.

¹⁴⁴ Vid. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia. BOE 203, de 21 de agosto de 2010 (Ref.: BOE-A-2010-13312). Artículos 233-23, 233-24 y 234-8, respectivamente.

¹⁴⁵ Vid. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de <Código del Derecho Foral de Aragón>, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. BOE 67, de 29 de marzo de 2011 (Ref.: BOA-d-2011-90007).

¹⁴⁶ Vid. STSJ AR 895/2014, Núm. Res.: 27/2014, Núm. Rec.: 1/2014. FJ 5.

7/2015¹⁴⁷ que recoge tal contenido en su extenso artículo 12. En este caso, la atribución se realizará atendiendo simultáneamente al interés superior del menor; la necesidad de los miembros de la pareja; y la titularidad de la vivienda¹⁴⁸.

Otra de las circunstancias más destacables es la referencia directa que se realiza en cuanto a la compensación por pérdida de uso que se ha de fijar en la sentencia a favor del cónyuge que, siendo titular del inmueble, no podrá disfrutar de la misma, siempre y cuando se cumplan determinados requisitos. Así, podemos observarlo en la Sentencia de la AP de Bilbao de 14 de diciembre de 2018, en la que se manifiesta que “respecto a la compensación a quien no se atribuya el uso, por ser procedente ya que la vivienda familiar no se atribuye a los hijos, sino al hoy recurrente, de manera que tiene que compensar a quien no puede usarla en el modo que dispone la norma”¹⁴⁹.

Asimismo, se recoge en el texto legal las consecuencias jurídicas que derivan del ejercicio abusivo o la mala fe del derecho; la posibilidad de atribuir otra vivienda diferente a la categorizada como vivienda familiar -del mismo modo que ocurre con la normativa foral de Cataluña-; la distribución de las obligaciones derivadas de los gastos ocasionados por el ejercicio del derecho; y, las causas tasadas de la extinción del uso sobre el inmueble.¹⁵⁰

Para terminar, se ha de mencionar la normativa foral de Navarra, contenida en la Ley 21/2019¹⁵¹, y cuya Ley 72 atribuye la facultad de su decisión al Juez, que “decidirá sobre el uso y destino de la vivienda familiar con la finalidad prioritaria de garantizar la necesidad de habitación y estabilidad de los menores y su convivencia, contactos y estancias con uno y otro progenitor”. Se trata en definitiva de una regulación legal ciertamente insuficiente que se limita a otorgar los límites necesarios en que se ha de desenvolver el Tribunal en la toma de decisiones.

¹⁴⁷ Vid. Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. BOE 176, de 24 de julio de 2015 (Ref.: BOE-A-2015-8275).

¹⁴⁸ Vid. Francis Lefebvre, “*Vivienda familiar y cargas del matrimonio*”, Colección Derecho de Familia, 2020, pág. 53.

¹⁴⁹ Vid. SAP BI 2246/2018, Núm. Res.: 891/2018, Núm. Rec.: 1154/2018. FJ 5.

¹⁵⁰ Vid. Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. BOE 176, de 24 de julio de 2015 (Ref.: BOE-A-2015-8275). Artículo 12, apartados 5, 6, 9 y 11, respectivamente.

¹⁵¹ Vid. Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. BOE 137, de 8 de junio de 2019 (Ref.: BOE-A-2019-8512).

10. REFORMA DE LOS ARTÍCULOS 91 Y 96 DEL CÓDIGO CIVIL

A lo largo de los años la doctrina ha ido argumentando la necesidad perentoria de una reforma del artículo 96 CC, puesto que la institución matrimonial sobre la que se refleja el contenido del precepto se basa en las necesidades de la sociedad de los años 80 -pues ha permanecido inalterado desde las reformas efectuadas en el Código Civil en el año 1981-, donde la mujer, en muchas ocasiones, no se había incorporado al mercado laboral; sin embargo, la sociedad ha evolucionado y los cambios sociológicos han sido cada vez mayores.¹⁵²

Las principales críticas se centran en la restrictiva interpretación que se le otorga al concepto de vivienda, debido a que el Tribunal Supremo, como hemos podido comprobar en apartados anteriores, parece que en ocasiones antepone el carácter familiar del inmueble frente al interés superior del menor, puesto que, un sector doctrinal considera que existen casos en que podría verse satisfecha la necesidad de habitación aun atribuyendo el derecho de uso sobre una segunda vivienda, sin necesidad de que se concrete sobre la vivienda que fue familiar durante el matrimonio; circunstancia que, como hemos podido comprobar, se observa como resolutive en numerosas legislaciones forales de nuestro país.

Es por ello por lo que parece que, a través de una reforma de estos artículos podría otorgarse una conceptualización más individualizada, que atendiese caso por caso a las situaciones en las que se desenvuelven los menores y que de este modo el contenido normativo fuese mucho más flexible.

Aun cuando no deriva exactamente de esta necesidad manifiesta, se ha procedido a realizar a través de la Ley 8/2021¹⁵³ una modificación de los artículos 91 y 96 CC con el objetivo de ampliar la protección hacia las personas con discapacidad y que puedan, en condiciones de igualdad, desarrollar su plena capacidad jurídica. Esta modificación entra en vigor el 3 de

¹⁵² Vid. Ordás Alonso, M. “*La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*”, Ed. Bosch, 2018, pág. 557.

¹⁵³ Vid. 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 132, de 3 de junio de 2021 (Ref.: BOE-A-2021-9233).

septiembre de este mismo año y establece un cambio significativo en la toma de decisiones de estas personas.

Con relación al contenido que aquí nos interesa, esta nueva ley introduce en el artículo 96 las siguientes precisiones. En primer lugar, determina que el uso de la vivienda familiar “corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. 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” y continúa diciendo que “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”, situación que limita por un lado *ex lege* la temporalidad de la atribución del uso -mayoría de edad de todos los hijos comunes-, y, por otro lado, incluye la posibilidad de que ello se extienda más allá de los 18 años si nos encontramos ante un hijo con discapacidad, hecho especialmente novedoso dado que en la legislación actual, y como así reiteran los Tribunales y hemos tenido ocasión de analizar en este trabajo, la mera existencia de una discapacidad no posibilitaba *per se* prescindir de la limitación temporal¹⁵⁴, por lo que, a partir de la entrada en vigor y gracias a esta flexibilización en su contenido, se ve tan protegida esta situación como si del interés superior del menor se tratase.

En segundo lugar, se incluye que “Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes”, circunstancia que otorga claridad en cuanto a su regulación a través de una materia sobre la que existen criterios de proporcionalidad que se aplican automáticamente y otorgan una solución exacta, pues, hasta el momento en estos casos la atribución del derecho se revisaba cumplida la mayoría de edad de los hijos y permitiendo -aunque no de forma taxativa- una posible prórroga dado el interés más necesitado de protección del cónyuge que decida mantener al hijo mayor de edad dependiente económicamente.

¹⁵⁴ Vid. STS 113/2017, Núm. Res.: 31/2017, Núm. Rec.: 1222/2015. FJ 2.

Finalmente, se añade un inciso al apartado tercero en el que se indica que “Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”, anexo preceptivo que otorga mayor seguridad jurídica frente a terceros y que elimina ese carácter voluntario que anteriormente poseía.

En definitiva, la reforma acaecida a través de la mencionada Ley tiene especial influencia a lo largo de todo el texto del Código Civil en donde se establecen las bases de un novedoso sistema que opta por la libre voluntad ejercida por las personas con discapacidad. Además, la circunstancia de que se les equipare a los menores de edad les otorga la necesaria seguridad jurídica e impide la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar por un tiempo determinado, constituyéndose por lo tanto como un derecho indefinido, que en ningún caso -salvo un cambio determinante en las circunstancias, como hemos visto en anteriores apartados- podrá ser limitado, dado el principio del interés superior del menor.

11. CONCLUSIONES

- I.** La vivienda familiar se constituye como uno de los bienes más valiosos que conforman la sociedad matrimonial, y por ello han de tomarse las medidas convenientes para que la atribución de su uso no cause un perjuicio irreparable a ninguno de los cónyuges tras la crisis.
- II.** Los hijos menores de edad han de gozar de forma indiscutible de una sobreprotección, primando el interés superior del menor sobre cualquier otro interés que pudiese verse afectado con la atribución del derecho de uso, tal y como así lo establece la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor.
- III.** La atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar se contempla como una medida asistencial y gratuita -aunque de carácter patrimonial- que se justifica por el auxilio habitacional otorgado a los menores o al cónyuge más necesitado de protección.

- IV.** Se trata igualmente de una medida temporal, debido a que la atribución indefinida del derecho a uno de los cónyuges podría suponer una privación absoluta de los derechos dominicales al propietario de la misma, aun cuando fuese cotitular.

No obstante, la atribución del derecho de uso a los menores no podrá limitarse temporalmente, sino que se extenderá hasta su mayoría de edad o independencia económica.

- V.** El objeto sobre el que se ejercita este derecho es la vivienda familiar, entendida con un carácter restrictivo donde la jurisprudencia ha limitado su atribución sobre otro tipo de inmuebles.

- VI.** Las necesidades cubiertas a través de la atribución de este derecho son de carácter habitacional y social que no es sustituible por la toma de otro tipo de medidas como pudiera ser una compensación económica.

- VII.** La atribución del derecho de uso al cónyuge más necesitado de protección en caso de ausencia de hijos menores se justifica por la confianza depositada en la institución matrimonial.

- VIII.** La sentencia dictada en el proceso matrimonial no podrá generar ningún derecho *ex novo* o diferente del que existía durante la relación conyugal, por lo que la naturaleza del derecho viene limitada por el título preexistente a través del cual los cónyuges residían en la vivienda familiar.

- IX.** En caso de situarnos ante una pareja de hecho, la convivencia continuada no es justificación suficiente para aplicar analógicamente lo recogido en el cuerpo legal del Código Civil, por lo que es especialmente conveniente la existencia de un convenio regulador previo en este tipo de relaciones.

Sin embargo, de encontrar hijos menores de edad en común, serán protegidos a través de la aplicación automática del artículo 96.I, con el objeto de que no se vea perjudicado su interés superior.

- X.** Las causas de extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar no se recogen taxativamente en el Código Civil, aunque el artículo 513 CC realiza una amplia aproximación. Debido a ello, con el transcurso de los años, pueden acaecer nuevas situaciones que deriven en la extinción o modificación de la medida establecida, tal y como ha ocurrido recientemente con la convivencia marital con un tercero.

- XI.** La reforma acaecida por la Ley 8/2021, de 2 de junio dota de mayor flexibilidad al artículo 96, lo que genera una mejor aplicación del mismo dado el ambiente mudable en que nos situamos.

- XII.** Nos encontramos frente una materia íntegramente casuística, dada la incompleta normativa legal existente al respecto, por lo que se habrá de atender a las circunstancias de cada caso y analizar la doctrina jurisprudencial existente al respecto.

BIBLIOGRAFÍA

- Albaladejo, M. (1982). *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (Vol. II). Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (2017). *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*. Madrid: Reus.
- Chaparro Matamoros, P. (2018). *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Francis Lefebvre. (2016). *Relaciones paterno-filiales*. Madrid: Colección Derecho de Familia.
- Francis Lefebvre. (2020). *Vivienda familiar y cargas del matrimonio* (Quinta ed.). Madrid: Colección Derecho de Familia.
- García Mayo, M. (2019). *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*. Madrid: Reus.
- Gil Membrado, C. (2013). *La vivienda familiar*. Madrid: Reus.
- González Coloma, G. (2018). *Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución del uso de la vivienda familiar*. Madrid: Dykinson.
- González Vicente, J. L. (2017). Tesis doctoral. *Crisis familiar y vivienda: examen crítico de la atribución del domicilio en los supuestos de menores de edad*.
- Linacero de la Fuente, M., Sánchez Alonso, M., & Beltrá Cabello, C. (2016). *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Marta, O. A. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*. Madrid: Bosch.
- Moreno Quesada, B., González Porras, J. M., Ossorio Serrano, J. M., Ruiz-Rico Ruiz-Morón, J., González García, J., Herrera Campos, R., & Moreno Quesada, L. (2017). *Curso de Derecho Civil IV Derechos de Familia y Sucesiones*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Pinto Andrade, C. (2011). *La atribución del uso de la vivienda familiar: aplicación práctica de la medida en los procesos de separación y divorcio*. Barcelona: Bosch.
- Roca i Trias, E. (2014). *Libertad y Familia*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Ruiz-Rico Ruiz-Morón, J., Orozco Pardo, G., & Rodríguez Marín, C. (2019). *Curso de Derecho Civil I Bis Derecho de Familia*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Santos Morón, M. J. (2014). 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*, 1-36.

ANEXO LEGAL

- Código Civil: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE 206, de 25 de julio de 1889 (Ref.: BOE-A-1889-4763)
- Código del Derecho Foral de Aragón: Decreto Legislativo 1/2011 , de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de <Código del Derecho Foral de Aragón>, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. BOE 67, de 29 de marzo de 2011 (Ref.: BOA-d-2011-90007)
- Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra: Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. BOE 137, de 8 de junio de 2019 (Ref.: BOE-A-2019-8512).
- Constitución Española: Constitución Española. BOE 311, de 29 de diciembre de 1978 (Ref.: BOE-A-1978-31229).
- Convención sobre los Derechos del Niño: Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos del niño*, 1989
- Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964: Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos. BOE 312, de 29 de diciembre de 1964.
- Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994: Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. BOE 282, de 25 de noviembre de 1994. (Ref.: BOE-A-1994-26003)
- Ley de Enjuiciamiento Criminal: Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. BOE 260, de 17 de septiembre de 1882 (Ref.: BOE-A-1882-6036)
- Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas: Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. BOE 134, de 5 de junio de 2013. (Ref.: BOE-A-2013-5941)
- Ley de relaciones familiares de los hijos e hijas (...): Ley 5/2011 , de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. BOE 98, de 25 de abril de 2011 (Ref.: BOE-A-2011-7329)
- Ley de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura (...): Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. BOE 176, de 24 de julio de 2015 (Ref.: BOE-A-2015-8275).

- Ley del libro segundo del Código Civil de Cataluña (...): Ley 25/2010 , de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia. BOE 203, de 21 de agosto de 2010 (Ref.: BOE-A-2010-13312)
- Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad (...): 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 132, de 3 de junio de 2021 (Ref.: BOE-A-2021-9233)
- Ley reguladora de la Orden de Protección (...): Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica. BOE 183, de 1 de agosto de 2003 (Ref.: BOE-A-2003-15411)
- Ley sobre propiedad horizontal: Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal. BOE 176, de 23 de julio de 1960 (Ref.: BOE-A-1960-10906)
- Ley Orgánica de Medidas de Protección integral contra la violencia de género: Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. BOE 313, de 29 de diciembre de 2004 (Ref.: BOE-A-2004-21760)
- Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor: LO 1/1996, de 17 de enero de 1996 de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil

ANEXO JURISPRUDENCIAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 192/2016, de 16 de noviembre de 2016
- STC 93/2013, de 23 de mayo de 2013

TRIBUNAL SUPREMO

- STS 3805/2020, de 17 de noviembre de 2020
- STS 3561/2020, de 26 de octubre de 2020
- STS 3033/2020, de 23 de septiembre de 2020
- STS 2093/2020, de 6 de julio de 2020
- STS 2039/2020, de 24 de junio de 2020
- STS 1688/2020, de 12 de junio de 2020
- STS 61/2020, de 16 de enero de 2020
- STS 3549/2019, de 5 de noviembre de 2019
- STS 3489/2019, de 29 de octubre de 2019
- STS 3309/2019, de 16 de octubre de 2019
- STS 2197/2020, de 16 de junio de 2019
- STS 3882/2018, de 20 de noviembre de 2018
- STS 2474/2018, de 27 de junio de 2018
- STS 2104/2018, de 7 de junio de 2018
- STS 1627/2018, de 9 de mayo de 2018
- STS 1479/2018, de 24 de abril de 2018
- STS 413/2018, de 14 de febrero de 2018
- STS 37/2018, de 15 de enero de 2018
- STS 3439/2017, de 27 de septiembre de 2017
- STS 2504/2017, de 20 de junio de 2017
- STS 1896/2017, de 12 de mayo de 2017
- STS 856/2017, de 8 de marzo de 2017
- STS 117/2017, de 23 de enero de 2017
- STS 114/2017, de 19 de enero de 2017
- STS 113/2017, de 19 de enero de 2017

- STS 4640/2016, de 25 de octubre de 2016
- STS 1889/2016, de 3 de mayo de 2016
- STS 800/2016, de 3 de marzo de 2016
- STS 4584/2015, de 26 de octubre de 2015
- STS 3890/2015, de 25 de septiembre de 2015
- STS 2220/2015, de 29 de mayo de 2015
- STS 253/2015, de 13 de febrero de 2015
- STS 3819/2014, de 25 de septiembre de 2014
- STS 494/2014, de 17 de febrero de 2014
- STS 5641/2013, de 29 de noviembre de 2013
- STS 5710/2013, de 25 de noviembre de 2013
- STS 5509/2013, de 19 de noviembre de 2013
- STS 5468/2013, de 11 de noviembre de 2013
- STS 5023/2013, de 22 de octubre de 2013
- STS 3347/2013, de 17 de junio de 2013
- STS 3121/2013, de 20 de marzo de 2013
- STS 1021/2013, de 15 de marzo de 2013
- STS 3850/2012, de 31 de mayo de 2012
- STS 3057/2012, de 9 de mayo de 2012
- STS 3056/2012, de 30 de abril de 2012
- STS 1082/2012, de 27 de febrero de 2012
- STS 2053/2011, de 1 de abril de 2011
- STS 1659/2011, de 28 de marzo de 2011
- STS 776/2010, de 18 de enero de 2010
- STS 3899/2009, de 30 de junio de 2009
- STS 5805/2008, de 5 de noviembre de 2008
- STS 3326/2006, de 1 de junio de 2006
- STS 3331/2006, de 31 de mayo de 2006
- STS 7530/2005, de 26 de diciembre de 2005
- STS 122/2003, de 17 de enero de 2003
- STS 6950/1998, de 23 de noviembre de 1998
- STS 18951/1992, de 22 de diciembre de 1992
- STS 9004/1992, de 11 de noviembre de 1992

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

- STSJ AR 895/2014, de 18 de julio de 2014
- STSJ CAT 8898/2012, de 30 de julio de 2012
- STSJ CAT 1/2010, de 18 de enero de 2010

AUDIENCIA PROVINCIAL

- SAP VA 760/2019, de 28 de mayo de 2019
- SAP BI 2246/2018, de 14 de diciembre de 2018
- SAP B 5869/2018, de 28 de mayo de 2018
- SAP GU 58/2017, de 31 de marzo de 2017
- SAP M 16584/2014, de 28 de noviembre de 2014
- SAP CS 877/2014, de 7 de julio de 2014
- SAP C 705/2013, de 22 de marzo de 2013
- SAP M 10000/2012, de 22 de junio de 2012
- SAP TF 229/2010, de 12 de julio de 2010
- SAP MU 811/2009, de 25 de junio de 2009
- SAP CU 421/2006, de 28 de noviembre de 2006
- SAP NA 693/2006, de 3 de noviembre de 2006
- SAP J 235/2005, de 28 de abril de 2005

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Resolución de 14 de mayo de 2009 (BOE-A-2009-9590)