

VNIVERSITAT DE VALÈNCIA



FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Civil

Programa de Doctorado en Derechos Humanos, Democracia y
Justicia Internacional

Instituto de Derechos Humanos (IDH)

TESIS DOCTORAL

**Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en
los supuestos de crisis familiares**

Presentada por:

D. Pedro Chaparro Matamoros

Dirigida por:

Prof. Dr. Dr. José Ramón de Verda y Beamonte

Catedrático de Derecho Civil

Valencia, diciembre de 2016

ÍNDICE SISTEMÁTICO

ABREVIATURAS	I
INTRODUZIONE	1
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	13
1. Premisa de partida: la necesidad de superar los criterios clásicos de atribución de la custodia de los hijos menores y del uso de la vivienda familiar por otros que se compadezcan mejor con la nueva realidad social -----	13
2. Concepto y características de la ‘vivienda familiar’-----	30
2.1. La relevancia de la vivienda desde el punto de vista sociológico.....	30
2.2. La ‘vivienda familiar’ y sus elementos definitorios.....	33
2.3. La ‘vivienda familiar’ como domicilio conyugal	43
3. El interés superior de los menores o <i>favor filii</i>-----	46
3.1. Fundamento	47
3.2. Marco normativo de la protección del menor.....	48
3.3. Repensando el interés superior del menor en nuestro tiempo	52
CAPÍTULO II: EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR	63
1. La naturaleza jurídica del derecho de uso-----	64
1.1. El derecho de uso de la vivienda familiar en el supuesto del que parte el art. 96.I CC: vivienda común o privativa de uno de los cónyuges	70
1.2. El derecho de uso de la vivienda familiar con base en un derecho personal	74
1.2.1. El derecho de uso con origen en un contrato de arrendamiento.....	74
1.2.2. La adjudicación del uso de la vivienda familiar al cónyuge no arrendatario	77

1.2.3. El arrendamiento por razón del cargo como límite a la atribución del uso de la vivienda arrendada al cónyuge no arrendatario	83
1.3. El derecho de uso de la vivienda familiar derivado de una situación de precario.....	85
1.3.1. La difícil delimitación práctica del precario respecto del comodato .	89
1.3.2. ¿Se salvaguarda el interés superior del menor atribuyendo al cónyuge custodio el uso de una vivienda propiedad de un tercero ajeno al matrimonio?	99
1.3.3. ¿Puede el precarista oponer el derecho de uso de la vivienda familiar al ex cónyuge que deviene propietario por la herencia del inmueble?	103
2. La constitución del derecho de uso de la vivienda familiar -----	106
2.1. El derecho de uso de la vivienda familiar constituido mediante resolución judicial	107
2.2. El derecho de uso de la vivienda familiar como medida acordada en el convenio regulador	107
2.3. La necesidad de título previo de ocupación a efectos de la constitución del derecho de uso de la vivienda familiar	109
2.4. El uso de la vivienda familiar atribuido al cónyuge propietario o copropietario de la misma.....	110
3. La titularidad del derecho de uso de la vivienda familiar -----	111
4. El contenido del derecho de uso de la vivienda familiar -----	114
5. La temporalidad del derecho de uso de la vivienda familiar -----	116
5.1. La temporalidad del derecho de uso de la vivienda familiar existiendo hijos económicamente dependientes	117
5.1.1. En el Anteproyecto	124
5.1.2. En las leyes autonómicas	126
A) Aragón	127
B) Comunidad Valenciana.....	132

ÍNDICE SISTEMÁTICO

C) País Vasco.....	134
5.2. La temporalidad del derecho de uso de la vivienda familiar en caso de ausencia de hijos económicamente dependientes.....	135
5.2.1. En el Anteproyecto	141
5.2.2. En las leyes autonómicas.....	142
6. La oponibilidad a terceros del derecho de uso y su posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad-----	143
6.1. ¿Puede oponerse el derecho de uso de la vivienda familiar aun cuando no conste inscrito en el Registro de la Propiedad?	147
6.2. El contenido del derecho de uso que resulta inscribible en el Registro de la Propiedad	151
6.3. Requisitos y vías por las que se ha canalizado en la práctica el acceso del derecho de uso al Registro de la Propiedad	154
6.4. Diferentes supuestos de inscripción del derecho de uso en el Registro de la Propiedad	157
6.5. La división de la cosa común: el ejercicio de la <i>actio communi dividundo</i>	161
7. La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar -----	166
CAPÍTULO III: APUNTES DE DERECHO COMPARADO: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE NUESTRO ENTORNO	178
1. Italia-----	178
1.1. La discusión sobre la naturaleza real o personal del derecho de uso de la vivienda familiar	179
1.2. ¿A qué hijos protege el derecho de uso de la vivienda familiar en Italia?	180
1.3. La oponibilidad a terceros del derecho de uso.....	181

1.4. La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por convivencia <i>more uxorio</i> del cónyuge usuario	188
2. Portugal	190
2.1. La atribución del uso de la vivienda familiar: vivienda familiar dada en arrendamiento a uno de los cónyuges	190
2.2. Los criterios de atribución del arrendamiento de la vivienda familiar: la necesidad de los cónyuges y el interés de los hijos a continuar residiendo en aquélla.....	196
2.3. La aplicación de la solución contemplada en el art. 1793.1 CCP a las uniones de hecho	200
CAPÍTULO IV: ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CRISIS DE LA CONVIVENCIA <i>MORE UXORIO</i>	202
1. La inclusión de las uniones de hecho dentro del concepto constitucional de “familia”	204
2. El distinto grado de protección constitucional de las uniones de hecho y del matrimonio	206
2.1. El acceso a las pensiones de viudedad por parte de las uniones de hecho	209
2.2. La imposibilidad, por parte de las parejas de hecho, de acceder a la pensión compensatoria prevista en el art. 97 CC	212
3. La atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis de la unión de hecho	214
3.1. Uniones de hecho con hijos: la aplicación analógica del art. 96.I CC.....	218
3.2. Uniones de hecho con hijos (sigue): soluciones autonómicas existentes, basadas en el art. 96.I CC	223
3.2.1. Cataluña	223
3.2.2. Aragón	224

ÍNDICE SISTEMÁTICO

3.2.3. Comunidad Valenciana.....	228
3.2.4. País Vasco.....	232
3.3. Uniones de hecho sin hijos económicamente dependientes.....	236
3.3.1. La inaplicación, a este supuesto, del art. 96.III CC.....	236
3.3.2. Los pactos alcanzados por los convivientes.....	242
3.3.3. La inexistencia de soluciones en las legislaciones autonómicas sobre uniones de hecho y relaciones familiares.....	245
3.3.4. Las soluciones brindadas por la jurisprudencia a la hora de decidir el destino de la vivienda familiar: la constitución tácita de una comunidad de bienes sobre la vivienda en la que había tenido lugar la convivencia constante la unión.....	250
A) La existencia de una comunidad de bienes tácitamente pactada: la cuenta corriente bancaria conjunta en la que ambos convivientes realizan aportaciones periódicas y con cargo a la cual se paga el precio de la vivienda (o el préstamo hipotecario concedido para su adquisición)	253
B) La inexistencia de una comunidad de bienes tácitamente pactada: la cuenta corriente de titularidad exclusiva de uno de los convivientes con cargo a la cual se paga el precio de la vivienda (o el préstamo hipotecario concedido para su adquisición)	255
C) La posibilidad de apreciar la existencia de una comunidad de bienes sobre la vivienda familiar en los casos en que existe un pacto tácito de valorar las labores domésticas como contribución de carácter económico al sostenimiento de las cargas familiares.....	256

CAPÍTULO V: LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA

258

1. El uso alternativo (o rotatorio) de la vivienda familiar durante los periodos de tiempo en que los progenitores tengan a los hijos en su compañía	269
--	-----

2. La atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor que tenga más necesidad de ella -----	276
2.1. La compensación económica por la pérdida del uso de la vivienda familiar que sufre el progenitor propietario o copropietario de la misma	282
2.2. La limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor cuyo interés sea el más necesitado de protección	286
3. La no atribución del uso de la vivienda familiar -----	291
4. La enajenación de la vivienda familiar propiedad de ambos cónyuges -----	294

CAPÍTULO VI: LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA MONOPARENTAL..... 296

1. La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio -----	298
1.1. La limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar 299	
1.2. El valor patrimonial del derecho de uso de la vivienda familiar: la compensación	306
1.3. La posibilidad de dividir materialmente la vivienda familiar	309
2. La posibilidad de atribuir otras viviendas distintas a la vivienda familiar --	313
3. La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio cuando el cónyuge custodio disponga de medios suficientes para garantizar de forma satisfactoria la necesidad de vivienda propia y de sus hijos -----	318

CAPÍTULO VII: LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN AUSENCIA DE HIJOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES..... 327

1. La atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos económicamente dependientes en las legislaciones autonómicas sobre relaciones familiares: la regulación catalana -----	330
2. La atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos económicamente dependientes en la jurisprudencia -----	333

ÍNDICE SISTEMÁTICO

2.1. La vivienda privativa del cónyuge no usuario	333
2.2. La vivienda común o ganancial de los cónyuges.....	338
CONCLUSIONI	343
BIBLIOGRAFÍA	358
ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA	406
ANEXO: VERSIÓN EN LENGUA CASTELLANA DE LA INTRODUCCIÓN Y LAS CONCLUSIONES	458

ABREVIATURAS

Abreviatura	Significado
AA.VV.	Autores varios
AC	Aranzadi Civil
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado (España)
Cass.	Corte Suprema di Cassazione della Repubblica Italiana
CC	Código Civil Español
CCCat.	Código Civil de Cataluña
CCI	Código Civil Italiano
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CCP	Código Civil Portugués
CDFA	Código de Derecho Foral de Aragón
CE	Constitución Española
CEDAM	Casa Editrice Dott. Antonio Milani
CELT	Casa Editrice La Tribuna
Cfr.	confer

C.G.P.J.	Consejo General del Poder Judicial (España)
cit.	citado
coord.	coordinador
coords.	coordinadores
Corte cost.	Corte costituzionale della Repubblica Italiana
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado (España)
dir.	director
dirs.	directores
ed.	edición
fasc.	fascículo
G.U.	Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana
íd.	ídem
I.N.E.	Instituto Nacional de Estadística (España)
JUR	Base de datos de Aranzadi
L.A.U.	Ley de Arrendamientos Urbanos (España)
LECiv.	Ley de Enjuiciamiento Civil (España)

ABREVIATURAS

L.H.	Ley Hipotecaria (España)
núm.	número
p.	página
pp.	páginas
R.A.U.	Régimen del Arrendamiento Urbano (Portugal)
RDGDyEJ	Resolución de la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas (Cataluña)
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
R.H.	Reglamento Hipotecario (España)
RJ	Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi
RRDGRN	Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional (Aranzadi)
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial (España)
ss.	siguientes

SSAP	Sentencias de la Audiencia Provincial (España)
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional (España)
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo (España)
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional (España)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (España)
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
UTET	Unione Tipografico-Editrice Torinese
v.	véase
v. gr.	verbigracia
vol.	volumen

INTRODUZIONE

Con la presente introduzione si intende offrire al lettore una breve descrizione dell'oggetto della ricerca (attribuzione ed uso della casa familiare nelle crisi coniugali), delle ragioni che sono alla base della scelta dello stesso nonché della metodologia impiegata nella realizzazione del lavoro. Da ultimo, si darà sinteticamente atto del contenuto di ciascun capitolo nel quale si suddivide la presente opera.

I. Oggetto della ricerca: l'assegnazione dell'uso della casa familiare nelle crisi coniugali.

L'oggetto del presente studio è quello di analizzare le problematiche attinenti l'assegnazione dell'uso della casa familiare nelle crisi coniugali. Quando si verifica una crisi familiare, tanto che si riferisca ad una coppia sposata o convivente *more uxorio*, i soggetti interessati ricorrono al tribunale perché prenda i provvedimenti di carattere personale (regime di convivenza con i figli e di questi con gli altri parenti e collaterali ecc.) ed economico (assegno di mantenimento o divorziale, prestazioni alimentari, uso della casa familiare e scioglimento del regime economico-familiare ecc.) che regolamenteranno i futuri rapporti fra gli stessi.

Fra tutti i provvedimenti economici che il giudice è chiamato ad adottare, ve n'è uno che riveste una particolare rilevanza: quello relativo proprio all'uso della casa familiare. Ed infatti, la casa familiare –sia per la sua rilevanza sentimentale (appartenenza e vicinanza ad un luogo) che economica (valore economico dell'abitazione)– è uno dei beni più rilevanti (a volte il più rilevante) di cui dispone la famiglia e, proprio per tale ragione, entrambi i coniugi sono soliti richiedere l'attribuzione dell'uso della casa al momento del divorzio o della separazione. Ciò avviene con frequenza ancora maggiore nelle famiglie caratterizzate da un modesto patrimonio che non dispongano di abitazioni alternative che permettano di garantire un alloggio al coniuge non beneficiario dell'uso.

Nel momento in cui si dovranno adottare i relativi provvedimenti, sarà però necessario distinguere due situazioni ai sensi dell'art. 96 CC. La prima di queste è l'ipotesi nella quale i coniugi abbiano figli minori (ipotesi che sarà oggetto di apposita indagine all'interno dell'opera): in tal caso l'attribuzione dell'uso della casa familiare non sarà un provvedimento che il giudice adotterà in maniera autonoma ma, al contrario, lo stesso risulterà inevitabilmente condizionato da quello relativo all'attribuzione della custodia dei figli. L'art. 96.I CC, infatti, afferma che l'interesse principale da proteggere è quello di continuare a far risiedere i minori nella casa familiare e, di conseguenza, l'uso della stessa dovrebbe di norma essere attribuito al coniuge affidatario.

Tale impostazione non ricorre nella seconda situazione contemplata dall'art. 96 CC che si riferisce all'ipotesi nella quale i coniugi non hanno figli (questione che, al pari della precedente, sarà oggetto di specifiche riflessioni più avanti). In questo caso, ai sensi dell'art. 96.III CC, l'uso della casa familiare potrà essere attribuito anche al soggetto non proprietario (ed a maggior ragione al comproprietario anche se la norma non lo menziona espressamente) purché le circostanze di fatto “rendano tale attribuzione opportuna e l'interesse del beneficiario sia quello maggiormente meritevole di protezione”.

Tuttavia l'evoluzione della realtà ha determinato un superamento del rigore dell'art. 96 CC, evidenziando come lo stesso non sia in grado di tenere in considerazione l'ampia gamma di problematiche che possono verificarsi nella pratica. Tale questione è stata affrontata da diverse leggi regionali (fra queste quella catalana, aragonese, valenziana e basca) in tema di rapporti familiari che hanno ampliato il raggio di azione della disposizione, fornendo di una specifica disciplina ad alcune delle situazioni che ricorrono nella pratica e che l'art. 96 CC non contemplava espressamente. Fra queste, in particolare, le vicende dell'attribuzione della casa familiare in caso di affido condiviso.

II. Ragioni scientifiche della ricerca.

INTRODUZIONE

Negli ultimi anni la capacità dell'art. 96 CC di fornire una adeguata soluzione alla totalità delle problematiche che si ponevano nell'ambito delle crisi familiari è stata messa in forte discussione a causa, per lo più, della sua rigidità che lo ha reso incapace di adattarsi ai cambiamenti che si andavano producendo sia nella società che, in particolare, nel diritto di famiglia.

Infatti, una nutrita serie di cambiamenti sociali (maggiore possibilità di accesso al lavoro per le donne e conseguente indipendenza economica delle stesse, maggiore collaborazione e partecipazione dell'uomo ai lavori domestici, diminuzione della durata dei matrimoni e delle convivenze, consolidarsi della convinzione che, per il pieno sviluppo della personalità del minore, sia necessaria un contatto costante con entrambi i genitori, ecc.), hanno determinato che in moltissimi casi si propenda per l'affido condiviso dei figli ad entrambi i genitori. Tale regime, però, assolutamente non è contemplato dall'art. 96.I CC che è fortemente influenzato, al contrario, dall'idea secondo cui il minore debba essere affidato ad uno solo dei coniugi al quale, di conseguenza, doveva essere assegnata la casa familiare al fine di garantire il diritto all'abitazione del figlio.

Proprio partendo da tali presupposti, si è ritenuto opportuno evidenziare nel presente studio le carenze proprie dell'art. 96 CC che non permettono allo stesso, allo stato attuale, di regolamentare compiutamente le crisi familiari. Proprio al fine di comprendere in maniera corretta la problematica si è partiti da un'ampia analisi del diritto d'uso della casa familiare le cui caratteristiche sono state oggetto di riflessione sia in dottrina che in giurisprudenza soprattutto in merito a questioni quali la sua natura (reale o personale), la sua titolarità, la sua durata e l'eventuale opponibilità dello stesso ai terzi.

Contestualmente, soprattutto alla luce dell'eterogeneità dell'attuale definizione di famiglia, si è ritenuto opportuno dedicare un capitolo alle unioni di fatto la cui importanza, sia da un punto di vista quantitativo che qualitativo, è senza dubbio di estrema evidenza nelle società occidentali. Anche a tali nuove formazioni sociali risultano infatti applicabili alcune disposizioni in tema di attribuzione della casa

familiare fra le quali, ad esempio, l'art. 96.I CC nel caso vi siano figli. Di contro, l'assenza dei diritti e degli obblighi scaturenti dal matrimonio giustifica un trattamento differenziato per alcuni aspetti specifici: soprattutto nel caso in cui non vi siano figli circostanza nella quale non sarà applicabile per analogia l'art. 96.III CC ma si dovrà fare ricorso ad altri rimedi (fra i quali, in particolare, il principio dell'arricchimento senza causa) al fine di compensare il convivente economicamente pregiudicato dalla cessazione della convivenza.

III. Metodo di indagine.

Per quanto concerne il metodo di indagine si è utilizzata, principalmente, l'analisi giuridico-sociale. Poiché l'attribuzione dell'uso della casa familiare rappresenta una misura fortemente influenzata all'evoluzione sociologica della famiglia, si impone l'esigenza di avvicinarsi al tema non soltanto da un punto di vista giuridico ma tenendo in conto anche la realtà sociale del momento storico nel quale l'indagine ha avuto luogo. Di conseguenza, la stessa terminologia utilizzata non è tratta esclusivamente dal lessico giuridico ma anche da quello sociologico soprattutto per denominare le differenti formazioni sociali che si costituiscono quali alternative alla famiglia tradizionale.

Proprio per il fatto che alla base della presente ricerca vi è l'evoluzione della società e del diritto di famiglia, si è prestata particolare attenzione a tali cambiamenti. In questo senso si è resa necessaria la consultazione di dati statistici diffusi dal I.N.E. (Istituto Nazionale di Statistica) relativi al numero di separazioni, divorzi e declaratorie di nullità matrimoniali degli ultimi anni, all'aumento della proporzione fra famiglie non sposate e famiglie fondate sul matrimonio, alla perdita di centralità della custodia dei figli affidata ad un unico genitore in favore dell'affido condiviso ecc., tutto ciò con l'obiettivo di tentare di stabilire modelli di comportamento sociale che giustifichino la necessità di riformare l'art. 96 CC.

Per quanto riguarda la ricerca più propriamente giuridica si è realizzata un'analisi esaustiva della dottrina e della giurisprudenza nazionale. Per quanto concerne la dottrina, si è tenuto in considerazione sia l'apporto dato dagli Autori classici (tuttora

INTRODUZIONE

attuali, utili e rilevanti) sulla definizione e contenuto del diritto d'uso che quello derivante da studi più recenti i quali, ciascuno con la propria impostazione, tentano di evidenziare alcune delle preoccupazioni che verranno analizzate nel presente studio e, per tal via, sottolineano l'incapacità dell'art. 96 CC a risolvere tutte le possibili problematiche connesse all'attribuzione dell'uso della casa familiare. Anche l'analisi degli apporti giurisprudenziali non può considerarsi meno ampio concretizzandosi nello studio sistematico di più di mille sentenze tanto di tribunali nazionali che stranieri.

In relazione alla legislazione viene effettuata un'analisi approfondita della norma fondamentale in materia –l'art. 96 CC– e, contestualmente, si è tentato di integrare lo studio con le soluzioni derivanti da altre norme, soprattutto regionali, che disciplinano i rapporti familiari. Sotto tale profilo, si è tenuto in considerazione: a) i Capitoli III (“Gli effetti della nullità del matrimonio, del divorzio e della separazione giudiziale”), e IV (“La convivenza stabile”) del Titolo III (“La famiglia”) del Libro secondo (“La persona y la famiglia”) del Codice civile della regione della Catalogna; b) l'art. 81 (“Attribuzione dell'uso della casa e dei beni familiari”) del Codice regionale aragonese; c) la legge 1 aprile 2011, n. 5 della Comunità valenziana recante la disciplina delle relazioni familiari dei figli e delle figlie i cui genitori non siano conviventi; d) la legge della regione basca 30 giugno 2015, n. 7 recante la disciplina delle relazioni familiari nei casi di separazione o divorzio dei genitori; ed e), anche se in maniera meno decisiva, la legge della regione della Navarra del 17 marzo 2011, n. 3 sull'affidamento dei figli nei casi di interruzione della convivenza dei genitori.

Una menzione particolare la merita il testo del “Progetto preliminare di legge sull'esercizio della corresponsabilità genitoriale e su altri provvedimenti da adottare in caso di rottura della convivenza” il quale, una volta approvato, modificherà in maniera sostanziale la struttura ed il contenuto –per quello che qui interessa– degli artt. 92 e 96 CC introducendo novità rispettivamente in materia di affidamento condiviso e di attribuzione dell'uso della casa familiare. Il testo normativo sembrerebbe adottare una impostazione moderna nei confronti della materia oggetto di analisi dando risposta a molte domande che la dottrina da tempo stava formulando. Nonostante ciò, in materia di attribuzione dell'uso della casa familiare la riforma appare non seguire un rigoroso

schema logico ma le differenti soluzioni (molte delle quali, come si vedrà, sembrano da condividere) si trovano introdotte nei singoli commi dell'art. 96 CC la cui nuova dizione appare poco coesa e, a volte, poco chiara cosa che rende maggiormente difficoltosa la sua comprensione.

Sotto altro profilo si è fatto anche ricorso al metodo comparatistico in relazione all'ordinamento italiano ed a quello portoghese alla ricerca di soluzioni da poter "esportare" nel nostro Paese. In Italia le riflessioni dottrinali hanno seguito un'evoluzione speculare rispetto all'esperienza spagnola rinvenendosi contributi relativi alla natura (reale o personale) del diritto d'uso. Il tema specifico dell'attribuzione dell'uso della casa familiare, tuttavia, non si trova specificamente sviluppato nella normativa interna estremamente povera di soluzioni (in maniera simile a quanto accade nella disciplina spagnola di diritto comune) se rapportata al ventaglio di rimedi proposti dalle normative regionali spagnole in tema di rapporti familiari. Più moderna appare, invece, la legislazione portoghese che, in linea con quella francese, assegna l'uso della casa familiare in godimento imponendo al coniuge assegnatario, qualora non ne sia il proprietario, di pagare una somma di denaro all'altro.

La scelta di tali due ordinamenti non è stata casuale o capricciosa ma direttamente derivante dal fatto che nello svolgere la presente indagine sono stati portati a termine due periodi di ricerca grazie all'ottenimento di diverse borse ed agevolazioni per svolgere soggiorni all'estero nell'ambito del dottorato e, in particolare: a) un periodo di ricerca presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania (Italia) dal 1 al 30 settembre 2014; b) Un periodo di ricerca presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Salerno (Italia) dal 2 marzo al 1 giugno 2015; e c) un periodo di ricerca nella Facultade de Direitito dell'Università di Coimbra (Portogallo) dal 23 ottobre al 22 dicembre 2015.

IV. Struttura del lavoro.

La ricerca si compone di sette capitoli il cui contenuto verrà di seguito sintetizzato. Il primo capitolo ("Considerazioni preliminari") si concretizza

INTRODUZIONE

nell'introduzione ai concetti ed alle problematiche che si svilupperanno compiutamente durante il lavoro soffermandosi, principalmente, sulla situazione economico sociale che mette in crisi l'attualità e l'utilità dell'art. 96 CC.

Fatta tale premessa, si procede ad analizzare il concetto fondamentale intorno al quale ruota l'intera opera: la casa familiare. Nonostante sia un istituto già delineato da tempo dalla dottrina, va segnalato il sedimentarsi di sentenze e posizioni dottrinali che offrono una visione distinta dello stesso che tendono a considerare come casa familiare alcuni immobili che, in linea di principio, non dovrebbero esserlo. Tale fermento è stato lo spunto per riaffermare ciò che deve intendersi per "casa familiare" al fine di avere un solido punto di partenza in funzione del quale analizzare gli altri concetti connessi.

Da ultimo, all'interno di questo primo capitolo, si prospetta una reinterpretazione del concetto di "interesse superiore del minore" (*favor filii*). Tutte le ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali circa la corretta interpretazione dell'art. 96 CC ruotano intorno all'importanza di permettere al minore di continuare a vivere nella casa che abitava fino al momento della crisi nella convinzione che il suo corretto sviluppo potesse avvenire solo nei luoghi ad esso familiari. Tuttavia, sembra opportuno non irrigidire eccessivamente tale soluzione cercando di analizzare le distinte situazioni nelle quali il suddetto interesse a continuare a vivere nella casa familiare non sussiste (come, ad esempio, nel caso in cui si tratti di un minore in fasce che ancora non acquista alcuna percezione dell'ambiente che lo circonda). In tali circostanze potrebbe accadere che il fatto di garantire al minore la permanenza nella casa familiare possa pregiudicare gravemente gli interessi del genitore proprietario della stessa che contestualmente non ne sia affidatario e, in tali circostanze, appare opportuno trovare una soluzione che vada a conciliare al meglio tutti gli interessi in gioco.

Il secondo capitolo ("Il diritto d'uso della casa familiare") è uno dei punti cardine dell'opera. Ed infatti, se è importante definire correttamente quel che è l'oggetto del diritto d'uso (la casa familiare), ancor di più è sapere in cosa consista tale diritto d'uso, la sua natura e le sue caratteristiche. In particolare, si analizza il dibattito tradizionale circa la natura reale o personale del diritto d'uso concludendo che non ha alcuna utilità

propendere in maniera inamovibile per l'una o l'altra soluzione essendo più prudente affermare che si tratti di un diritto d'uso che, a seconda dei casi, può atteggiarsi quale diritto reale o personale. In ogni caso, qualunque sia la tesi sostenuta, il diritto d'uso della casa familiare è passibile di essere iscritto nei Registri immobiliari e, di conseguenza, sarà opponibile a terzi.

All'interno dello stesso capitolo, ancora, vengono analizzate le problematiche connesse alla titolarità ed alla durata del diritto d'uso. Relativamente al primo problema, solleva dubbi il fatto che l'art. 96.I CC attribuisca l'uso della casa familiare "ai figli ed al coniuge affidatario" poiché, *prima facie*, sembra che lo stesso vada attribuito ai figli.

Per quanto concerne la durata appare invece necessario distinguere le ipotesi nella quali vi siano figli da quelle in cui gli stessi sono assenti. Nel caso in cui la coppia abbia figli, nel silenzio dell'art. 96.I CC, si sono sviluppate due correnti principali di pensiero. Secondo una prima ricostruzione, il diritto d'uso attribuito al coniuge quale conseguenza dell'affido dei figli si estinguerebbe nel momento in cui gli stessi compiano la maggiore età (o, cosa che è uguale, si prolunga fino a quando l'ultimo dei figli abbia raggiunto la maggiore età); stando alla seconda impostazione, invece, il diritto d'uso della casa familiare permanerebbe fino a quando i figli non siano economicamente indipendenti sempre che la loro dipendenza economica dai genitori non sia attribuibile a cause loro imputabili. La situazione cambia radicalmente nel caso in cui l'uso della casa familiare venga assegnato ad un coniuge (non proprietario o comproprietario) in assenza di figli in quanto soggetto maggiormente bisognoso di protezione. In tal caso certamente dovrà individuarsi un termine di durata anche se la disposizione richiamata non stabilisce una durata massima lasciando la sua individuazione indeterminata ("il tempo che ragionevolmente venga individuato").

Il capitolo si conclude con una riflessione sulle diverse circostanze nelle quali può determinarsi l'estinzione del diritto d'uso. Fra questi, se ve ne sono alcuni che non meritano particolare attenzione – quali, per esempio, la morte del titolare del diritto, la distruzione della casa familiare o lo spirare del termine fissato-, ve ne sono altri di maggior rilievo. Fra questi, in particolare, quella che desta maggiori problematiche è

INTRODUZIONE

quella che si realizza quando l'estinzione deriva dal fatto che il coniuge affidatario abbia contratto nuove nozze o conviva *more uxorio* con altra persona. In ogni caso va segnalato come la giurisprudenza non concede l'estinzione del diritto d'uso nel caso in cui i figli continuino a coabitare con il coniuge affidatario e il nuovo/a convivente e, tutto ciò, determina una situazione gravemente umiliante per il coniuge proprietario dell'immobile nel quale continua ad abitare il proprio ex coniuge in compagnia di un terso estraneo.

Nel terzo capitolo (“Cenni di diritto comparato: lo stato del problema nei Paesi vicini”) si offre un'analisi delle questioni attinenti l'attribuzione dell'uso della casa familiare nell'ordinamento italiano e portoghese. Con riferimento al primo aspetto, va segnalato come molte delle problematiche emerse nell'ordinamento spagnolo siano presenti anche in Italia la cui normativa codicistica offre soluzioni molto simili a quelle delineate dall'art. 96 CC con l'unica precisazione che non esiste, in quell'ordinamento, una disposizione assimilabile all'art. 96.III CC cosa che, evidentemente, non permette al coniuge economicamente pregiudicato dalla rottura del rapporto matrimoniale di continuare a vivere nella casa familiare. Le soluzioni adottate dall'ordinamento portoghese, al contrario, risultano molto vicine a quelle proprie dell'ordinamento francese. L'art. 1793.1 CCP prevede infatti la possibilità per il giudice di assegnare su richiesta dei coniugi la casa familiare –sia essa di uno solo dei coniugi o di entrambi- ad uno di essi prevedendo, però, la corresponsione all'altro coniuge di un canone.

Sotto altro profilo si è scelto di analizzare specificamente oltre alle ipotesi di separazione, divorzio e nullità del matrimonio, anche le conseguenze derivanti dalle modifiche che hanno interessato le società moderne. Così, nel quarto capitolo (“Attribuzione dell'uso della casa familiare nel caso di crisi relative alle convivenze *more uxorio*”) si analizzano le conseguenze in termini di attribuzione dell'uso della casa familiare nella rottura delle convivenze di fatto. Proprio a tal fine è sembrato opportuno partire proprio dalle intrinseche caratteristiche di tali nuove formazioni sociali caratterizzate dall'assenza di una specifica regolamentazione giuridica e, per l'effetto, dei doveri e degli obblighi generati dal matrimonio.

Stando così le cose, va affermato che, in linea di principio, è da escludere un'automatica applicazione a tali convivenze delle norme espressamente previste per il matrimonio anche se, per quello che qui interessa, risulta sicuramente applicabile il disposto dell'art. 96.I. CC. Tale conclusione non deriva dalla possibilità di assimilare la crisi di una coppia sposata a quella di una che sceglie di convivere stabilmente quanto, piuttosto, dalla protezione che deve riconoscersi ai figli minori d'età che è identica in entrambi i casi. Affianco a tale disposizione, esistono poi una molteplicità di disposizioni normative regionali in materia di relazioni familiari che regolano in maniera compiuta il tema dell'attribuzione dell'uso della casa familiare nel caso di separazione di una coppia di fatto con figli con la conseguenza che, ove tali norme risultino applicabili, saranno le stesse a disciplinare le ipotesi in parola.

Quanto poco sopra affermato non può essere però predicato nelle circostanze in cui la coppia non abbia avuto figli e, pertanto, non risulterà applicabile per analogia l'art. 96.III CC. In tali circostanze, quindi, sarà necessario verificare in primo luogo se la coppia abbia previamente stipulato un accordo che vada a regolamentare gli aspetti economici della convivenza cosa che, nella pratica, risulta abbastanza infrequente dal momento che tali coppie sono solite vivere la propria relazione ai margini del diritto come dimostra la libera scelta di non contrarre matrimonio. Successivamente si andrà a verificare se esistano o meno disposizioni regionali in tema di unioni di fatto e rapporti familiari che disciplinino la materia in assenza di una espressa disposizione pattizia stipulata fra i conviventi concludendo, però, per la risposta negativa. Da ultimo, sarà necessario individuare ulteriori rimedi al fine di indennizzare il convivente pregiudicato economicamente dalla crisi: si ricorrerà, in generale, al principio dell'arricchimento ingiustificato e, in particolare, alla presunzione che i conviventi avevano pattuito, pur tacitamente, la costituzione di una comunione sulla casa nella quale avevano deciso di convivere.

Il capitolo successivo (Capito quinto: "L'assegnazione dell'uso della casa familiare nei casi di affido condiviso") vuole essere, allo stesso modo, un capitolo centrale nella struttura della presente opera nella misura in cui affronta le peculiarità che assume la tematica nei casi di affido condiviso della prole che, come si avrà modo di

INTRODUZIONE

evidenziare, continua a guadagnare sempre maggiori spazi applicativi a scapito della custodia monoparentale. Tutto ciò, come accennato, impone l'esigenza di individuare criteri di attribuzione del diritto d'uso alternativi rispetto a quelli espressamente previsti dall'art. 96.I CC che, essendo tarato sulle ipotesi di affidamento del figlio ad un solo genitore, risulta inadatto a regolamentare tali casi concreti.

All'interno di questo capitolo vengono evidenziati i principali criteri utilizzati al fine di attribuire l'uso della casa familiare quando il giudice conceda un provvedimento di affidamento condiviso della prole (uso ripartito dell'abitazione, assegnazione al coniuge che abbia maggiore esigenza dell'abitazione). Tuttavia, come nel proseguo verrà meglio specificato, siccome solitamente si tratta di matrimoni nei quali la proprietà dell'immobile è di entrambi i genitori o ricade in un regime di comunione legale, la soluzione che risulta più ragionevole è quella di prevedere la vendita dell'immobile nel caso in cui sia in comproprietà (cosa che permetterebbe ad entrambi i coniugi di acquistare o locare altro immobile con il ricavato della vendita) o, ove si tratti di un bene ricadente all'interno della comunione legale ed esistano altri alloggi alternativi ed adeguati alle esigenze degli ex coniugi e dei figli, la non assegnazione del diritto d'uso a nessuno dei coniugi al fine di agevolare le operazioni di liquidazione della comunione legale.

Seguendo nella descrizione della struttura logica del lavoro, il capitolo successivo (Capitolo sesto) si riferisce a "L'assegnazione dell'uso della casa familiare nel caso di affidamento ad un unico genitore". Anche questo aspetto appare, infatti, di estremo interesse e merita attenzione dal momento che l'affido esclusivo, nonostante stia perdendo la propria centralità a favore dell'affidamento condiviso (e sia ragionevole aspettarsi che continui a perderlo nei prossimi anni soprattutto ove si approvi il "Progetto preliminare"), ancora oggi risulta essere il regime di affidamento della prole più frequentemente concesso dai giudici (supera, infatti, il 70% di casi). Tale rilevanza quantitativa, tuttavia, non viene affiancata da un'adeguata regolamentazione dal momento che l'art. 96.I CC non solo si è rivelato inutile al fine di regolamentare le modalità di attribuzione della casa familiare nei casi di affido condiviso, ma è anche risultato insufficiente nei casi di affido ad un solo genitore. Tale fallimento è da

attribuirsi, in gran parte, alla rigidità delle soluzioni che lo stesso contiene che rende la disposizione poco adeguata da un punto di vista pratico a regolamentare molti dei casi concreti sottoposti all'attenzione dell'interprete.

In tale capitolo, quindi, verranno analizzate alcune delle soluzioni pensate al fine di limitare il pregiudizio che soffre il coniuge proprietario non assegnatario della casa familiare quali la limitazione temporale del diritto d'uso (che, come si avrà modo di specificare, in nessun caso può porre in pericolo la realizzazione delle esigenze dei figli minori non autonomi) o la previsione del pagamento di un prezzo a fronte del diritto d'uso contemplata già in alcune legislazioni regionali (quali quella valenziana e basca) relative ai rapporti familiari. Parallelamente a tali soluzioni, ne stanno progressivamente emergendo altre, tanto nelle disposizioni regionali quanto negli orientamenti giurisprudenziali, che rileggono il concetto di "casa familiare" diminuendone la rilevanza quale strumento di sviluppo della personalità dei figli minori. Fra tali soluzioni merita menzione quella che permette di attribuire l'uso della casa familiare al genitore non affidatario quando l'altro coniuge abbia mezzi sufficienti per garantire un'abitazione adeguata alla prole.

Da ultimo, nel capitolo finale (Capitolo settimo) verrà analizzata la problematica connessa a "L'attribuzione dell'uso della casa familiare in assenza di figli economicamente non autosufficienti". Sotto tale profilo, lo scarso rigore con il quale si è interpretato l'art. 96.III CC -il cui inciso "per il tempo che, prudenzialmente, venga fissato" non è stato valorizzato dai tribunali- ha portato alla concessione di termini per l'uso della casa familiare estremamente ampi (o, addirittura, indefiniti) stimolando l'emanazione di disposizioni che tentano di proteggere in maniera maggiormente equilibrata il coniuge proprietario. Così è, ad esempio, l'art. 233-20.5 del Código Civil de Cataluña, il quale insiste molto sulla necessaria limitazione temporale del diritto d'uso.

CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Nos parece pertinente orientar al lector en estas primeras líneas para facilitarle el seguimiento de todo lo que se dirá después. De esta forma, resulta básico exponer, en un primer momento, el punto de partida que motiva esta obra, así como conceptos que se irán repitiendo a lo largo de la misma y que es preciso tener claros desde el principio (‘vivienda familiar’ e ‘interés superior del menor’).

1. Premisa de partida: la necesidad de superar los criterios clásicos de atribución de la custodia de los hijos menores y del uso de la vivienda familiar por otros que se compadezcan mejor con la nueva realidad social.

Se ha dicho siempre, no sin acierto, que el Derecho está un paso por detrás de la realidad social: esto es, regula acontecimientos jurídico-sociales una vez que se han producido. Por tanto, es el Derecho quien reacciona a las demandas sociales para que extienda su velo tuitivo (o punitivo) sobre nuevas situaciones con efectos jurídicos que no habrían sido contempladas hasta el momento por las normas jurídicas.

Una de las ramas más sensibles a la evolución, no tanto de carácter legislativo, como social, es el Derecho de Familia¹. La familia, considerada tradicionalmente como

¹ A este respecto, MERZ, S.: *Manuale pratico e formulario dei rapporti economici nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, 2ª ed., Padova, 2013, p. 296, afirma ilustrativamente que “la sociedad y con ella la familia y, si queremos, el mundo entero, están en continua evolución y, en consecuencia, el marco normativo no puede hacer otra cosa que evolucionar, a su vez, para integrarse y armonizarse con estas mutaciones”.

Por su parte, CICERO, C.: “Casa familiare e situazioni possessorie”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015, p. 425; *Íd.*: “Casa familiare e situazioni possessorie”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 4, Napoli, 2016, p. 181, señala que “la realidad familiar, y consiguientemente el concepto de familia, es una realidad en continua transformación”.

De la misma forma, RAMOS DE CARVALHO, F. D.: *A (Síndrome de) Alienação Parental e o exercício das responsabilidades parentais: algumas considerações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 100; apunta que el Derecho de Familia es un derecho “potencialmente más permeable a las evoluciones sociales y económicas”.

una institución básica para la pervivencia de la sociedad², ha sufrido en los últimos tiempos cambios estructurales, pasándose de una familia con origen en el matrimonio, a nuevas manifestaciones familiares (o, si se prefiere, afectivas), como la cohabitación (parejas de hecho), los hogares unipersonales, las familias monoparentales, las familias reconstituidas, etc³.

Lo anterior justifica, sin duda, la revisión o reformulación de algunos de los criterios seguidos, tanto como por el Código Civil⁴ (CC), como por la jurisprudencia, para concretar los efectos personales y patrimoniales que proceden en los procesos en que se produce una ruptura del núcleo familiar, ya sea por nulidad del matrimonio, separación, o divorcio. Uno de los efectos patrimoniales más importantes, por el valor que tiene el bien sobre el que recae, es la atribución del uso de la vivienda familiar.

En esta materia, la norma de referencia del Derecho español ha sido, y sigue siendo en buena medida, el art. 96.I CC, según el cual “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”, añadiendo el segundo párrafo de dicho precepto que “Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente”. Como se puede fácilmente intuir, la dificultad de un acuerdo en la materia⁵ otorga plena aplicabilidad al precepto, que vincula la atribución del uso de la vivienda

En fin, en este mismo sentido, VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La «necesidad de vivienda»”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1/2016, p. 4, asevera que “el Derecho de familia, por su configuración y los sujetos implicados, viene siendo un reflejo del cambio social y es el área jurídica que mayormente se hace eco de tales envites”.

² DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Derecho de familia y obligación de alimentos”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coord.): *Derecho Civil IV: Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 17.

³ V. a este respecto BALESTRA, L.: “L’evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive”, en AULETTA, T. (a cura di): *Famiglia e matrimonio* [dentro de la más amplia obra BESSONE, M. (dir.): *Trattato di Diritto privato*, Tomo IV: Il diritto di famiglia, I], G. Giappichelli, Torino, 2010, pp. 1-11.

⁴ B.O.E. núm. 206, de 25 de julio de 1889, pp. 249-259 y pp. 270-312.

⁵ Como señala la doctrina, la vivienda es uno de los bienes más preciados, desde el punto de vista no sólo económico sino también sentimental, con lo que en la inmensa mayoría de los supuestos ambos cónyuges desean que les sea atribuido en exclusiva el derecho al uso de la misma. V. a este respecto, por todos, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: “Crisis matrimonial y cambios en la atribución de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 738, 2013, p. 2222.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

familiar a una decisión anterior: la guarda y custodia de los hijos, ya que, en orden a la mejor protección del interés superior de éstos, se considera necesario que permanezcan en el domicilio conyugal después de la crisis familiar⁶.

El art. 96.I CC parte, como se observa, de que el régimen de guardia y custodia es individual de uno de los progenitores. Tradicionalmente, la aplicación del precepto derivó en la atribución a la madre de la guarda y custodia de los hijos⁷, y, por consiguiente, del uso de la vivienda familiar, con base, principalmente, en dos argumentos, uno de carácter social, y otro de carácter económico.

Desde el punto de vista social, se consideraba que el interés superior del menor, criterio fundamental que debe ser observado en los supuestos de crisis familiares, quedaba mejor protegido si la guarda y custodia se atribuía a la madre, a quien la propia naturaleza de la maternidad le presuponía un plus de interés en el desarrollo emocional y psíquico de los hijos⁸. Por tanto, una vez atribuida la guarda y custodia a la madre, la consecuencia directa que se seguía era que también se le atribuía el uso de la vivienda familiar.

⁶ MORENO NAVARRETE, M. Á.: “Comentario a la STS de 10 de octubre de 2011. Atribución del uso de la vivienda familiar en residencia distinta a la de la convivencia familiar durante el matrimonio”, *CCJC*, núm. 89, 2012, p. 469, afirma a este respecto que existe “una relación armónica” entre el deber de guarda y custodia y la atribución del uso de la vivienda familiar.

⁷ Dicha atribución no se producía en supuestos escasísimos y excepcionales, tales como que se hubiera probado el maltrato por parte de la madre a los menores, o porque fuera desaconsejable para su correcto desarrollo que éstos vivieran con ella, lo que podía suceder en caso de que ésta fuera alcohólica, drogodependiente, etc.

A este respecto, ANGUIA RÍOS, R. M.: “El acceso a la vivienda: algunas situaciones problemáticas en torno a la pareja”, *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 14, julio 2011, p. 115, habla de un “automatismo” en la resolución de las sentencias, que privilegian la posición del cónyuge-madre.

⁸ Así, los números nos dejan un dato contundente: según la estadística de nulidades, separaciones y divorcios del año 2008 (no hace tanto) elaborada por el Instituto Nacional de Estadística (I.N.E., en adelante), la custodia de los hijos menores fue otorgada a la madre en el 86% de las rupturas matrimoniales, al padre en el 4%, fue compartida por ambos progenitores en el 9’7% y en el 0’3% restante de las rupturas, fue atribuida a otras instituciones o familiares. Datos disponibles para su consulta en <http://www.ine.es/prensa/np567.pdf>; fecha de consulta: 4 de noviembre de 2015.

Hay que tener en cuenta que en dicho año ya se había modificado el art. 92 CC para dar lugar al juego (aunque limitado, como ahora veremos) de la custodia compartida, con lo cual es lógico pensar que los datos de los años anteriores, que no constan en la web del I.N.E. (dicha estadística sólo figura a partir de 2007), serían aún más llamativos.

Esta segunda atribución quedaba también justificada por un argumento de carácter económico. Y es que la tradicional dependencia económica de la mujer respecto del hombre aconsejaba la atribución a aquélla del uso de la vivienda familiar, habida cuenta las dificultades de acceso al mercado laboral que existían para las mujeres no hace tantos años, y, correlativamente, para procurar su subsistencia y la de los hijos menores que quedaban a su cargo.

La situación, por tanto, resultaba muy gravosa para el hombre, no sólo en términos afectivos para con sus hijos, sino también en términos económicos, pues se le privaba de la posesión y uso de una vivienda que, en la mayoría de los casos, era de su propiedad exclusiva.

Sin embargo, de un tiempo a esta parte, se han producido una serie de cambios sociales que aconsejan, desde luego, una revisión del criterio tradicional de atribución de la guarda y custodia de los hijos (la custodia monoparental) y, derivadamente, de los criterios usados para la atribución del uso de la vivienda familiar. Algo de lo que, como tendremos ocasión de exponer después, ya se han hecho eco las últimas resoluciones judiciales.

1º) Uno de los cambios sociales, seguramente del que traen causa el resto, es la progresiva incorporación de la mujer al mercado laboral⁹, lo que ha trastocado parte de los presupuestos sobre los que se asentaba el criterio tradicional de atribución de la guarda y custodia de los hijos menores y del uso de la vivienda familiar.

Como consecuencia de esa progresiva incorporación de la mujer al mercado laboral, ésta llega a ser, en muchos casos, autosuficiente para procurar su propia subsistencia y la de los hijos menores. Sin embargo, esto que, en línea de principio, resulta claramente deseable y ventajoso, acaba convirtiendo en la práctica tanto a los

⁹ GARRIGA GORINA, M.: “El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3/2008, p. 4, sostiene al hilo de esto que “el objetivo de las iniciativas de reforma en esta materia [guarda y custodia compartida] es también incidir en la realidad actual en que la guarda se atribuye de forma mayoritaria a las madres, pues existe la percepción de que ello no encaja con la mayor implicación de los hombres en las tareas de cuidado de los hijos ni refleja los cambios que se han producido en la organización de las familias por efecto de la mayor tasa de actividad laboral femenina”.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

abuelos maternos, como a determinadas instituciones educativas como guarderías o colegios, en los guardadores *de facto* de los menores. Esta cuestión quiebra, de algún modo, el presupuesto social que subyacía en la atribución de la guarda y custodia a la madre, quien tenía una mayor relación con los hijos que el padre que únicamente los veía al llegar del trabajo. Por tanto, ese criterio “social” de atribución de la guarda y custodia resulta claramente insuficiente a la luz de los cambios acontecidos en la sociedad actual¹⁰.

Lo anterior propició, hace una década, el impulso de la custodia compartida¹¹, mediante la reforma en el año 2005¹² del art. 92 CC¹³, admitiéndose la posibilidad de

¹⁰ En la que no es extraño observar cómo la distribución tradicional entre trabajo (hombre) y tareas domésticas (mujer) ha mutado, siendo en muchos casos la mujer la que contribuye al sustento de la familia y el hombre el que colabora mediante la realización de tareas domésticas, por lo que acaba teniendo un mayor roce y contacto con los hijos. A este fenómeno ha contribuido, no sólo la incorporación de la mujer al mercado laboral, sino también, muy especialmente, la grave crisis económica que viene afectando a España desde el año 2008, que ha generado la desaparición de un elevado número de puestos de trabajo.

A este respecto, señalaba en su apartado III la Exposición de Motivos de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (Ley aragonesa de custodia compartida, ya derogada por encontrarse sus preceptos refundidos en el Código de Derecho Foral de Aragón), que “La custodia compartida se acepta mayoritariamente como un sistema progresista que fomenta la corresponsabilidad de los padres en el ejercicio de su autoridad familiar en el marco de una sociedad avanzada, que promueve la igualdad de ambos sexos en todos los sectores y en la que el desarrollo profesional de la mujer y el deseo de los hombres de una mayor implicación en el ámbito familiar imponen un cambio en el esquema tradicional de atribuir la custodia en exclusiva a la madre. La custodia compartida favorece la distribución igualitaria de los roles sociales entre hombres y mujeres. En definitiva, la razón principal que motiva la presente ley son los importantes cambios que se han ido produciendo en la sociedad aragonesa en las últimas décadas como consecuencia de la incorporación de la mujer al mundo laboral, circunstancia que ha generado unas nuevas relaciones familiares que se ajustan más al modelo de custodia compartida que al modelo de custodia individual. Es verdad que todavía queda camino por recorrer, pero esta ley quiere contribuir a avanzar en la igualdad sociológica entre mujeres y hombres”.

¹¹ En cuanto a los distintos sistemas de custodia compartida que se pueden establecer, v. GARCÍA RIVAS, F. J.: “Guarda y custodia compartida: la Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código Civil”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, núm. 37, 2006, pp. 96-99.

¹² Llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (B.O.E. núm. 163, de 9 de julio de 2005, pp. 24458-24461).

Por su parte, en Portugal tuvo lugar en el año 2008 una reforma similar, tras comprobar el legislador portugués los desajustes que ocasionaba la custodia monoparental y el ejercicio del poder paternal por parte de uno solo de los progenitores. Además, dicho término (“poder paternal”) fue sustituido, como venía reclamando la doctrina, por el de “responsabilidades parentales”, pasando el centro de atención del progenitor que detenta el “poder”, al menor, cuyos derechos han de ser salvaguardados. V. a este respecto ARAÚJO DIAS, C. M.: *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio: Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro*, Almedina, 2ª ed., Coimbra, 2009, p. 42.

que el juez pueda acordar el régimen de custodia compartida, si así lo solicitan ambos progenitores en la propuesta de convenio regulador o en el transcurso del procedimiento¹⁴. Incluso, el apartado 8 de la norma permite al Juez establecer el régimen de custodia compartida, a instancia de solo uno de los progenitores (siempre que lo pida uno de ellos)¹⁵, si bien únicamente lo hará con carácter “excepcional”, previo informe del Ministerio Fiscal¹⁶, y “fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”¹⁷.

En concreto, la “Lei núm. 61/2008, de 31 de outubro” (Diário da República, Série I, núm. 212, de 31 de octubre de 2008), modificó el Código Civil Portugués (en adelante, CCP), introduciendo ciertas reglas que equiparaban los derechos de ambos progenitores en cuanto a las responsabilidades parentales. De esta forma, el nuevo art. 1906.1 CCP (sobre el que más adelante volveremos), establece que, en caso de divorcio, separación o nulidad del matrimonio, las responsabilidades parentales se ejercerán de forma conjunta por ambos padres, de la misma forma que venía haciéndose constante el matrimonio. Asimismo, el art. 1911 CCP remite, al régimen del matrimonio, el ejercicio de las responsabilidades parentales en los casos de hijos nacidos fuera del matrimonio y cuya filiación se encuentre establecida respecto de ambos progenitores, viviendo éstos en unión de hecho.

Y, respecto a la guardia y custodia de los hijos, introduce el sistema de custodia conjunta (con anterioridad a la reforma únicamente se podía otorgar si existía acuerdo entre los progenitores), con la convicción de que su implementación contribuye en la práctica a comprometer a ambos padres en la educación y crianza de los hijos. La forma de poner en práctica este sistema fue el de la fijación de la residencia principal del menor con uno de los progenitores [RAMOS DE CARVALHO, F. D.: *A (Síndrome de) Alienação Parental e o exercício das responsabilidades parentais: algumas considerações*, cit., p. 104]. Así, dice el art. 1906.3 CCP que “El ejercicio de las responsabilidades parentales relativos a los actos de la vida corriente del hijo corresponde al progenitor con quien reside habitualmente, o al progenitor con quien convive temporalmente; sin embargo, este último, al ejercer sus responsabilidades, no debe contrariar las orientaciones educativas más relevantes, tal como son definidas por el progenitor con quien el hijo reside habitualmente”.

V. sobre esta cuestión ARAÚJO DIAS, C. M.: *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio: Lei nº. 61/2008, de 31 de outubro*, cit., pp. 42-50; LOBO XAVIER, R.: *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais: Lei nº. 61/2008, de 31 de outubro*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 63-73; y RAMOS DE CARVALHO, F. D.: *A (Síndrome de) Alienação Parental e o exercício das responsabilidades parentais: algumas considerações*, cit., pp. 99-108.

¹³ Reforma calificada de “tímida” por HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: “Crisis matrimonial y cambios en la atribución de la vivienda familiar”, cit., p. 2240.

¹⁴ Aunque, como advierte DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, 2015, p. 3392, teniendo en cuenta las cautelas previstas en el número 6, encaminadas a valorar, como señala el precepto, “la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”.

¹⁵ Así se deduce claramente del art. 92.8 CC, que exige que el juez actúe “a instancia de una de las partes”, por lo que no puede imponerse de oficio una custodia compartida no pedida por ninguno de los progenitores. Véase, en este sentido, la STS núm. 257/2013, de 29 de abril (RJ 2013, 3269).

¹⁶ Téngase en cuenta que la STC (Pleno) núm. 185/2012, de 17 de octubre (RTC 2012, 185), declaró inconstitucional la exigencia, prevista en el art. 92.8 CC, de que el informe del Ministerio Fiscal fuera favorable a la custodia compartida, por ser contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y al art. 117.3 CE.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Algunas normas autonómicas han ido incluso más lejos, partiendo del régimen de custodia compartida como regla general y no excepcional¹⁸. La validez de muchos de

Así, dicho precepto colisionaba con el art. 24.1 CE en la medida en que se condiciona “el derecho de la parte a obtener un pronunciamiento sobre el fondo al requisito de que el Fiscal informe favorablemente sobre su pretensión”. De la misma forma, entiende el Tribunal Constitucional que dicha exigencia es contraria al art. 117.3 CE, “pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida”.

¹⁷ Dicha norma, según la STS núm. 257/2013, de 29 de abril (RJ 2013, 3269), “no permite concluir que [la custodia compartida] se trate de una medida excepcional sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.

¹⁸ Un ejemplo de ello es la Ley núm. 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, de la Comunidad Autónoma de Aragón (B.O.E. núm. 151, de 22 de junio de 2010, pp. 54523-54533), que se encuentra derogada por integración de la misma en el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas (“Código del Derecho Foral de Aragón”, CDFA en adelante) (B.O.A. núm. 63, de 29 de marzo de 2011, pp. 6490-6616). El art. 3 de dicha norma (actual art. 77 CDFA) introducía el concepto del “pacto de relaciones familiares”, que no es sino una especie de convenio regulador en el que adquieren especial importancia los acuerdos relativos al régimen de convivencia de los hijos con los padres, y de relación con otros parientes como hermanos o abuelos. Dicho pacto podrá ser otorgado por los padres como consecuencia de la ruptura de su convivencia (art. 3.1, actual art. 77.1 CDFA), debiendo contener, entre otros extremos, el “El régimen de convivencia o de visitas con los hijos” [art. 3.2.a), actual art. 77.2 CDFA]. En caso de que no se otorgue el pacto de relaciones familiares, “el Juez determinará las medidas que deberán regir las relaciones familiares tras la ruptura de su convivencia” (art. 5.1, actual art. 79.1 CDFA); en especial, respecto de la guardia y custodia de los hijos, “El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores: a) La edad de los hijos. b) El arraigo social y familiar de los hijos. c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años. d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos. e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres. f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia” (art. 6.2, actual art. 80.2 CDFA).

Sobre el “plan de relaciones familiares” (distinto al del “pacto de relaciones familiares”), BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E.: “Hijos menores, custodia compartida e individual, vivienda familiar y gastos de los hijos”, en BAYOD LÓPEZ, M^a del C. y SERRANO GARCÍA, J. A. (coords.): *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar? Ponencias del Seminario que con el mismo título se celebró en la Institución «Fernando el Católico» de Zaragoza los días 30 y 31 de mayo de 2013*, Publicación número 3306 de la Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 2014, p. 327, opina que se trata de un “concepto abstracto” que el legislador considera más relevante que el resto de factores que enumera el art. 80.2 CDFA, porque, al remitirse a éstos, dice que el juez atenderá “además” a ellos. En cuanto al contenido, la autora entiende que el “plan de relaciones familiares” hace referencia “a la organización concreta de cada uno de los progenitores con sus hijos menores, a lo que cada uno de ellos se compromete a asumir”, jugando el resto de circunstancias que enumera el precepto como criterios para determinar si son viables los planes de relaciones familiares presentados por cada uno de los progenitores que pretenden, respectivamente, la guarda y custodia individual. Asimismo, puede verse un análisis detallado de las circunstancias que enumera el art.

sus planteamientos ha hecho reflexionar al legislador estatal, de modo que existe en la actualidad un “Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia”¹⁹, que, de salir adelante,

80.2 CDFA en SERRANO GARCÍA, J. A.: “Guarda y custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón”, en BAYOD LÓPEZ, M^a del C. y SERRANO GARCÍA, J. A. (coords.): *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar? Ponencias del Seminario que con el mismo título se celebró en la Institución «Fernando el Católico» de Zaragoza los días 30 y 31 de mayo de 2013*, Publicación número 3306 de la Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 2014, pp. 62-70.

Casi calcada a la anterior es la norma valenciana, la Ley núm. 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (B.O.E. núm. 98, de 25 de abril de 2011, pp. 41873-41879). El art. 4 se refiere al “pacto de convivencia familiar”, que podrá otorgarse por los progenitores cuando no convivan o cuando su convivencia haya cesado (art. 4.1), debiendo contener, en su caso, “El régimen de convivencia y/o de relaciones con los hijos e hijas menores para garantizar su contacto con ambos progenitores” [art. 4.2.a)]. Sin embargo, en caso de no otorgarse dicho pacto, será el Juez quien deba decidir sobre los extremos a los que se refiere el art. 4.2, estableciendo, como regla general, la custodia compartida de los hijos menores de edad, “sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos” (art. 5.2).

En otro orden de ideas, no hace mención al concepto ni al contenido del pacto de relaciones familiares la Ley Foral navarra núm. 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres (B.O.E. núm. 87, de 12 de abril de 2011, pp. 37538-37540).

En fin, la reciente Ley vasca núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (B.O.E. núm. 176, de 24 de julio de 2015, pp. 62351-62362), establece en su “Exposición de Motivos” que el texto se fundamenta en la conjugación de los siguientes principios: a) corresponsabilidad parental; b) derecho de las personas menores de edad a la custodia compartida; c) derecho de la persona menor de edad a relacionarse de forma regular con el progenitor no custodio y con las familias extensas de ambos; e d) igualdad entre hombres y mujeres.

En cuanto al articulado de la Ley, el art. 4 prevé “los pactos en previsión de ruptura de la convivencia”, que podrán otorgarse “antes o durante dicha convivencia” (art. 4.1), y que tendrán, en todo o en parte, “el contenido que se prevé para el convenio regulador” (art. 4.2); contenido éste que, a su vez, viene regulado en el art. 5.2, que dispone, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

“El convenio regulador deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

a) El ejercicio conjunto de la patria potestad de los hijos o hijas, como corresponsabilidad parental, con inclusión de los acuerdos sobre:

1) La forma de decidir y compartir todos los aspectos que afecten a su educación, salud, bienestar, residencia habitual y otras cuestiones relevantes para los y las menores.

2) El cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, su cuidado y educación y su ocio.

3) Los periodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente, y en su caso, si se considera necesario y en la extensión que proceda, el régimen de relaciones y comunicación de los hijos o hijas con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, teniendo en cuenta el interés de aquéllos.

4) Lugar o lugares de residencia de los hijos o hijas, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento, que deberá coincidir preferentemente con el de aquel de los progenitores con el que, en cómputo anual, pasen la mayor parte del tiempo.

5) Las reglas de recogida y entrega de los y las menores en los cambios de guarda y custodia, o en el ejercicio del régimen de estancia, relación y comunicación con ellos y ellas [...].”

¹⁹ Última redacción de 10 de abril de 2014, que modifica el texto original aprobado el 19 de julio de 2013. Entre los cambios, destaca el del nombre del Anteproyecto (anteriormente se titulaba “Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad,

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

supondría un paso más en la normalización de la custodia compartida como régimen de asignación de los hijos menores, mediante la introducción del art. 92 *bis* CC²⁰, que tiene

separación y divorcio”). La razón hay que buscarla en el hecho de que el título original no era comprensivo de un fenómeno muy dado en la actualidad, cual es el relativo a las relaciones paterno-filiales de los hijos no matrimoniales.

²⁰ La redacción propuesta del precepto dice así:

“1. El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida, determinando los periodos de convivencia con cada uno.

Podrá establecer, a instancia de uno de los progenitores, el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos si el otro progenitor también insta la guarda y custodia para sí, aun cuando no medie acuerdo entre ellos. Excepcionalmente, aunque ninguno de los progenitores solicite su ejercicio compartido, el Juez podrá acordarlo si con ello se protege adecuadamente el interés superior de los hijos.

2. El Juez, asimismo, deberá pronunciarse sobre el régimen de estancia, relación y comunicación de los hijos menores con el progenitor que no tenga atribuida su guarda y custodia o durante el periodo que no convivan con cada uno, determinando el tiempo, modo y lugar para su ejercicio.

Igualmente podrá determinar, en la extensión que proceda, un régimen para que los hijos se relacionen y comuniquen con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas conforme al artículo 160, previa audiencia y prestación del consentimiento por estas personas y por los progenitores de los menores, teniendo siempre presente el interés superior de éstos. El consentimiento de los hermanos menores de edad no será necesario.

3. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación con el progenitor no conviviente o con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando lo estime necesario y conveniente en atención a su edad, madurez y circunstancias, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, de las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorará las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia o vista y la prueba practicada en ella para determinar su idoneidad.

Asimismo, el Juez, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen del Equipo Técnico Judicial o de peritos debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad, del régimen de guarda y custodia de los hijos, y sobre la estancia, relación y comunicación de éstos con el progenitor no conviviente u otras personas.

4. El Juez, para decidir cualquier cuestión relativa a la guarda y custodia de los hijos o a su régimen de estancia, relación y comunicación, deberá prestar especial atención y valorar conjuntamente, en todo caso, la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; la relación que los progenitores mantengan entre sí y la vinculación con sus hijos; la dedicación de los progenitores al cuidado de los hijos durante la convivencia; el cumplimiento de sus deberes en relación con ellos; la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de éstos; la ubicación de sus residencias habituales; los apoyos con los que cuentan; el número de hijos, y cualquier otra circunstancia concurrente en los progenitores y en los hijos que considere relevante para el régimen de convivencia. Además, procurará que los hermanos se mantengan juntos.

5. No procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por un delito de violencia de doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal. Excepcionalmente, el Juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, en atención a los criterios anteriores y, singularmente, a la entidad y gravedad del delito cometido, a la naturaleza y duración de la pena fijada, y a la reincidencia y peligrosidad del progenitor, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos.

por objeto, a diferencia de las leyes autonómicas más avanzadas en la cuestión, no tanto establecer el régimen de custodia compartida como un régimen preferente, como abandonar su carácter excepcional, para pasar a valorarse en el caso concreto qué régimen, si la custodia compartida o la custodia monoparental, salvaguarda mejor el interés superior de los menores²¹.

Extinguida la responsabilidad penal, el Juez, a instancia de parte, deberá valorar si procede la modificación de las medidas adoptadas atendiendo a los criterios anteriores.

No se atribuirá al progenitor la guarda y custodia, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de un delito de violencia doméstica o de género por efectuar cualquiera de los atentados antes referidos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. La sentencia absolutoria o el sobreseimiento libre o provisional firme dictado en el referido proceso penal será causa de revisión del régimen de guarda y custodia a petición de parte. Tampoco procederá la adopción de tal medida cuando el Juez del procedimiento civil advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito.

Si se alegasen en la demanda o en el transcurso del procedimiento, hechos o circunstancias relacionados con los párrafos anteriores que se revelasen inciertos, el Juez deducirá testimonio de las actuaciones y lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal a fin de que se determinen las responsabilidades a que haya lugar.

6. Cuando ambos progenitores estuvieran incluidos en alguno de los supuestos del apartado anterior, el Juez podrá atribuir la guarda y custodia de los hijos a los progenitores, si considera que es lo más conveniente para la protección del interés superior de los hijos, tras valorar los criterios del apartado 4 y, además, la entidad y gravedad de los hechos, la naturaleza y duración de la pena fijada para el delito y la reincidencia y peligrosidad de los progenitores. En caso contrario, la atribuirá al familiar o allegado de los hijos que, por sus relaciones y vinculación con ellos, considere más idóneo. En defecto de todos ellos o cuando no fueren idóneos para su ejercicio, se atribuirá a la Entidad Pública que, en el territorio concreto, tenga asignada la función de protección de los menores. En estos casos, el Juez deberá pronunciarse sobre la forma en la que los progenitores ejercerán, en su caso, la patria potestad y el régimen de estancia, relación y comunicación con sus hijos, así como sobre las facultades tutelares que se conceden a los guardadores.

7. El Juez adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen establecido de guarda y custodia de los hijos, y el de estancia, relación y comunicación de éstos con cada uno de sus progenitores o con otras personas.

Si el Juez estableciera la guarda y custodia de los hijos o un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos a favor de los progenitores que estuvieran incluidos en alguno de los supuestos de los dos apartados anteriores, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los hijos y del otro progenitor, y realizará un seguimiento periódico de su evolución. También las adoptará cuando la atribución se efectúe por considerar que el delito está prescrito o tras la extinción de la responsabilidad penal del delito cometido.

8. Las medidas establecidas sobre el ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia y el régimen de estancia, relación y comunicación se podrán modificar, limitar o suspender si se dieran nuevas circunstancias o se modificaren las inicialmente consideradas, o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos a los progenitores y así lo aconseje el interés superior de los hijos”.

²¹ Así se deduce de la Exposición de Motivos del Anteproyecto, que afirma en su apartado V que “La introducción del artículo 92 bis del Código Civil tiene como objeto regular los cambios necesarios para conseguir un sistema legal donde desaparezcan las rigideces y las preferencias por la custodia monoparental del actual artículo, pero sin establecer la custodia y guarda compartida como preferente o general, debiendo ser el Juez en cada caso concreto, y siempre actuando, no en interés

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

2º) Otro de los cambios sociales cuya importancia no puede perderse de vista es, sin duda, la reformulación del concepto del “interés superior del menor”, interés que todos los operadores jurídicos (legislador, doctrina y jurisprudencia), vienen considerando de antiguo como el más necesitado de protección en los supuestos de crisis familiares. Aunque a lo largo de las siguientes páginas tendremos ocasión de abundar en el significado de dicho concepto jurídico, baste a estos efectos decir que consiste en la necesidad de que la personalidad de los hijos menores se desarrolle de forma correcta y no sufra trastornos o alteraciones como consecuencia de la nueva situación familiar, especialmente, por el cese de la convivencia de sus progenitores y por los efectos del conflicto que viven éstos; muchos de los cuales, de forma colateral e inevitable, se proyectan sobre los hijos.

Tradicionalmente, se ha entendido que a ese interés se le ofrece mejor cobertura si el menor permanece en el domicilio conyugal, puesto que la nueva situación resulta menos traumática de afrontar y superar si aquél continúa rodeado de su entorno²² (amigos, colegio, actividades extraescolares, etc.). Desde esta perspectiva, la atribución

de los progenitores, sino en interés del menor, quien determine si es mejor un régimen u otro, y quien regule los distintos aspectos y el contenido de las relaciones parentales, sin que la guarda y custodia compartida implique necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia, debiendo existir, en todo caso, una asistencia real a los hijos. Se regula, pues, la guarda y custodia compartida, no como un régimen excepcional, sino como una medida que se puede adoptar por el Juez, si lo considera conveniente, para la protección del interés superior de los hijos, a instancia de uno de los progenitores, si el otro también insta la guarda y custodia para sí, aun cuando no medie acuerdo entre ellos. Excepcionalmente, aunque ninguno de los dos progenitores solicitase su ejercicio compartido, el Juez podrá acordarlo si con ello se protege adecuadamente el interés superior de los hijos”.

²² Dice así RAMS ALBESA, J.: “Artículo 96 CC”, en RAMS ALBESA, J. y MORENO FLÓREZ, R. M^a. (coords.): *Comentarios al Código Civil II*, vol. 1º, Libro Primero (Títulos I a IV), J. M. Bosch, Barcelona, 2000, p. 1019, que esta atribución hace que “el marco geográfico de las vivencias de los hijos permanezca inalterado”.

Por su parte, SALAZAR BORT, S.: *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, Tirant lo Blanch, “Colección privado” núm. 31, Valencia, 2000, sostiene que con el mantenimiento de los hijos menores en la vivienda conyugal se pretende “evitarles un perjuicio psicológico”, que pueda, debido a su falta de madurez y de entendimiento, causarles “un daño relevante en el proceso de desarrollo de su personalidad”.

En cualquier caso, aunque luego volveremos sobre esta cuestión, hay que llamar desde ya la atención sobre la posibilidad de que el mantenimiento de los hijos menores en el domicilio conyugal pueda ser contraproducente, en la medida en que aquéllos vinculen el hogar familiar a un lugar fuente de discusiones, peleas, desencuentros, etc., entre sus padres.

al progenitor custodio del uso de la vivienda puede considerarse meramente instrumental; esto es, como un instrumento que sirve al fin principal de que el menor continúe en el entorno en el que hasta el momento de la crisis familiar había venido desarrollando su vida²³.

Sin embargo, lo anterior presupone necesariamente el distanciamiento del menor con el progenitor no custodio, y ello a pesar del régimen de visitas que se fije. Recientemente, se viene considerando que este distanciamiento del progenitor no custodio no contribuye a proteger el interés superior del menor, sino que, antes al contrario, lo enerva²⁴. Tales consideraciones derivan de la premisa básica de que para un menor la situación ideal es la relación con ambos progenitores, de forma que la atribución de su guarda y custodia a uno de ellos en exclusiva no resulta conciliable con dicha situación ideal; a salvo, claro está, de los casos en que el contacto con ambos progenitores vaya en detrimento del interés superior del menor²⁵. Por tanto, el interés superior del menor sólo puede satisfacerse íntegramente si éste mantiene la relación con ambos progenitores y con sus parientes más próximos²⁶.

²³ SALAZAR BORT, S.: *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, cit., p. 48.

²⁴ En este sentido, MORENO NAVARRETE, M. Á.: “Comentario a la STS de 10 de octubre de 2011. Atribución del uso de la vivienda familiar en residencia distinta a la de la convivencia familiar durante el matrimonio”, cit., p. 476, considera que la cuestión de la atribución del uso de la vivienda familiar se ha resuelto tradicionalmente “elevando al máximo rango el interés superior del menor, sin apreciarse que, en muchísimas ocasiones, la protección de los hijos viene determinada por la estabilidad y sentimiento de igualdad de los padres en la inexcusable misión de asistir, educar y formar a los hijos”.

²⁵ Así, el art. 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, establece que “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

De este mandato se han hecho eco tanto la ya derogada Ley aragonesa de custodia compartida (en su Preámbulo, apartado II), como la Ley valenciana de relaciones familiares (también en su Preámbulo) y, más recientemente, el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia (en su Exposición de Motivos, apartado IV), y la Ley vasca núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

²⁶ La pérdida de relación del menor con uno de sus progenitores no es la única pérdida grave que puede producirse en los supuestos de crisis familiares. Y es que, perdido el contacto con el progenitor no custodio, desaparece también el contacto con la familia de éste.

Algo que se trató de paliar, o de impedir, con la aprobación de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. Con la referida ley se buscó, como señala su Exposición de Motivos, prestar una mayor atención a las relaciones entre abuelos y nietos, dado que “Los abuelos

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

3º) Un tercer elemento social a tener en cuenta es el derivado de la concepción actual de familia, en la que el grupo ha pasado a un segundo plano para primar el componente individual de cada uno de sus miembros, cuyos intereses particulares se protegen ahora por encima de consideraciones de interés general²⁷.

Desde esta perspectiva, y sin perder de vista el interés superior del menor, debemos empezar a esbozar soluciones que concilien todos los intereses en juego, entre ellos, muy señaladamente, el del progenitor no custodio. Si se considera que el interés superior del menor incluye el contacto y la relación con el progenitor no custodio, debe también considerarse el interés de éste a mantener la relación con sus hijos. De la misma forma, y aunque incidiremos en el siguiente párrafo, hay que tratar que la lesión de los intereses patrimoniales del progenitor no custodio sea la mínima posible, buscando

desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia”, pudiendo quedar afectado dicho papel en los casos de situaciones de crisis matrimonial, de abandono de relaciones familiares no matrimoniales o de cumplimiento defectuoso de los deberes por parte de los progenitores. Y es que los abuelos “disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo”.

²⁷ VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Derecho de familia y obligación de alimentos”, cit., p. 17.

VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La «necesidad de vivienda»”, cit., p. 46, explica en este sentido que en la actualidad se asiste a una “mayor patrimonialización del Derecho de Familia”, otorgando “una relevancia inusual al contenido económico del derecho de uso de la vivienda familiar, derivado de las grandes injusticias producidas en los últimos tiempos y de un mayor individualismo al que tiende la sociedad, donde la solidaridad familiar y conyugal pasa, en determinados núcleos, a una segunda posición”.

En Italia, TOMMASINI, R.: “I rapporti personali tra coniugi”, en AULETTA, T. (a cura di): *Famiglia e matrimonio* [dentro de la más amplia obra BESSONE, M. (dir.): *Trattato di Diritto privato*, Tomo IV: Il diritto di famiglia, I], G. Giappichelli, Torino, 2010, p. 474, pone la separación y el divorcio como ejemplos de situaciones en las que el interés del grupo cede frente a valoraciones e intereses particulares de uno de los cónyuges.

V. también a este respecto GRONDONA, M.: “Residenza familiare e doveri di coabitazione dei coniugi”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015, pp. 287-288; ÍD.: “Residenza familiare e «doveri» di coabitazione dei coniugi: tra autonomia coniugale condivisa e protezione ordinamentale”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 4, Napoli, 2016, p. 25.

soluciones que sean lo menos gravosas para él en términos no sólo afectivos para con sus hijos, sino también económicos²⁸.

4º) En fin, una última consideración que debe atenderse tiene que ver con criterios de justicia material. En muchas de las ocasiones, el coste de la separación o divorcio para el marido resultaba excesivamente oneroso, al verse privado del uso de una vivienda que era de su titularidad exclusiva, por una parte, y debiendo abonar, por otra, pensiones compensatorias²⁹ o de alimentos. La cuestión se torna aún más compleja en los divorcios actuales, si se tiene en cuenta que:

²⁸ CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2, abril-junio 2014, p. 16, considera a este respecto que “se ha magnificado sobremanera el impacto que para los menores tiene un cambio de vivienda tras un proceso de crisis matrimonial” y que “el deber de velar por los hijos no deja de estar cumplido con un cambio de vivienda”. Añade la autora que “Es claro que el mantenimiento de los menores en su vivienda habitual es la solución óptima, pero el artículo 96 CC creo que en este punto provoca una situación desequilibrada, pues no concede margen de maniobra para atender a los intereses y necesidades también dignos de protección del cónyuge no custodio”. Finaliza su exposición la autora con la firme convicción de que puede compatibilizarse la función asistencial del art. 96 CC con la atención a la pérdida patrimonial que padece el cónyuge propietario. En un sentido similar, tampoco acierta a ver la necesidad de mantener a toda costa al menor en la vivienda familiar la SAP Valencia núm. 156/2011, de 21 de febrero (JUR 2011, 76122), que advierte, no sin acierto, la paradoja consistente en que los padres en cualquier momento pueden irse a vivir a otro lugar con sus hijos sin ningún tipo de traba, pero que tras una ruptura matrimonial la posibilidad de ir a otra vivienda con el menor puede quedar enormemente limitada de realizar una interpretación rigurosa del art. 96.I CC, que privilegie el mantenimiento del menor en la vivienda familiar por encima de cualquier otra consideración o interés particular.

Dice así la Audiencia que “Lo que trata de conseguir el citado artículo 96 es que los menores, caso de separación de sus progenitores, tengan asegurada una vivienda digna en la que habitar con el progenitor custodio, sin que ello implique necesariamente tener que atribuir el uso de la vivienda familiar al hijo menor, al ser perfectamente posible atender a tal derecho elemental proporcionándole otra vivienda, y la prueba evidente de ello lo constituye el hecho de que el Legislador lo condiciona a la falta de acuerdo entre los cónyuges, con lo que resultaría, por lo menos, paradójico e inexplicable, que 1º los cónyuges, cuando viven juntos sí llevan consigo a los hijos a otra vivienda incluso en otra ciudad o país, 2º que cuando se separan, si así lo estiman pertinente a sus intereses, -a los de ellos, los de los progenitores-vendan la vivienda y cada uno de ellos alquile o compre otra, llevándose consigo el progenitor custodio a sus hijos a la nueva vivienda, y 3º que ello no pueda hacerse por la simple oposición de uno de los cónyuges, normalmente el custodio que sabe tiene a su disposición el uso de la vivienda sin necesidad de alquilar o comprar, pero sin pensar que muchas veces ello va a suponer una asfixia económica para ambos, y, en todo caso, siempre, para el no custodio de imposible mantenimiento, lo que debe llevar a buscar soluciones como atribuir dicho uso por un tiempo limitado, pasado el cual debe procederse a la venta, e, incluso, a su venta inmediata a fin de que de esta forma pueda cada progenitor acceder a su propia vivienda, garantizándose así también el derecho de los menores a una vivienda cualquiera que sea el progenitor con el que convivan”.

²⁹ Según la estadística de nulidades, separaciones y divorcios del año 2014 elaborada por el I.N.E., en el 92’2% de las sentencias en que se fijó el pago de una pensión compensatoria (10% del total), dicho pago fue asignado al esposo. Datos disponibles para su consulta en <http://www.ine.es/prensa/np927.pdf>; fecha de consulta: 4 de noviembre de 2015.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

a) en muchos casos, sobre la vivienda recae un préstamo hipotecario, que tiene que seguir siendo pagado por el marido, aun sin disfrutar éste del uso de la casa³⁰;

b) junto a ello, no hay que olvidar la crisis económica en la que nos hallamos inmersos de un tiempo a esta parte, que ha suprimido o, en el mejor de los casos, reducido, los ingresos de gran parte de la población española, lo que en la práctica complica sobremanera el pago de, al mismo tiempo, las cuotas del préstamo hipotecario, el alquiler de una nueva vivienda y, en fin, todo aquello que sea necesario para procurarse la propia subsistencia³¹.

De todo cuanto aquí se ha dicho se sigue una consecuencia muy clara: el art. 96 CC podía tener sentido en los casos de custodia monoparental, pues atribuye el uso de la vivienda familiar al cónyuge en cuya compañía queden los hijos menores; ahora bien, introducida con cortapisas la custodia compartida en el año 2005 por la Ley 15/2005 que modificó el art. 92 CC, y siendo demandada últimamente desde muchos sectores como un remedio que se adapta mejor a la sociedad actual y al interés superior del

³⁰ Sobre esta cuestión, v. en la doctrina los trabajos de BERROCAL LANZAROT, A. I.: “El pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 28 de marzo de 2011 y de 26 de noviembre de 2012”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, 2013, pp. 1071-1117; COSTAS RODAL, L.: “Préstamo hipotecario que grava vivienda familiar ganancial: obligación de los ex cónyuges de pagar las cuotas hipotecarias por mitad. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2011”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2011, pp. 35-44; y RUBIO TORRANO, E.: “Sobre el pago de cuotas de crédito hipotecario para vivienda familiar contratado por cónyuges antes del divorcio”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2011, pp. 17-21.

³¹ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en España: la superación del derecho positivo por la práctica jurisprudencial”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 4, Napoli, 2016, pp. 344-345.

Además, hay que tener en cuenta a este respecto que la imposibilidad en la práctica de atender al mismo tiempo el pago de todos estos conceptos ha provocado el fenómeno del retorno de los progenitores no custodios a la casa de sus padres, abuelos del niño, al no tener aquéllos suficientes ingresos para procurarse un alojamiento alternativo. V. en este sentido ALAVEDRA FARRANDO, E.: “Efectes de la nul·litat, la separació i el divorci”, en LUCAS ESTEVE, A. (dir.): *Dret Civil Català. Vol. II: Persona i família*, J. M. Bosch, Barcelona, 2012, p. 377; y DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I.: “Atribución temporal del uso de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 728, 2011, p. 3452.

menor, y concedida por los jueces cada vez con mayor frecuencia³², el criterio establecido en el art. 96 CC para otorgar el derecho al uso de la vivienda familiar carece de sentido, al haber quebrado el presupuesto del que parte³³ (custodia monoparental). Ello justifica la necesidad de reformular nuevos criterios de atribución del uso de la vivienda familiar que sean compatibles con la custodia compartida³⁴, algo que, sin

³² Los datos no engañan: según la estadística de nulidades, separaciones y divorcios del I.N.E. más reciente, la del año 2014, la custodia de los hijos menores fue otorgada a la madre en el 73'1% de las rupturas matrimoniales (frente al 76'2% del año anterior), al padre en el 5'3% (frente al 5'5% del año anterior), fue compartida por ambos progenitores en el 21'2% (frente al 17'9% del año anterior) y en el 0'4% restante de las rupturas, fue atribuida a otras instituciones o familiares. Datos disponibles para su consulta en <http://www.ine.es/prensa/np927.pdf>; fecha de la consulta: 4 de noviembre de 2015.

A pesar de que la custodia monoparental de la madre sigue siendo la tónica habitual, no hay que dejar pasar la tendencia al alza que va cobrando la custodia compartida, que se concede ya en el 21'2% de las rupturas matrimoniales. En este sentido, estos números deben compararse con los del año 2008 (ver nota al pie 8), en la que la custodia compartida apenas se concedía en el 9'7% de los supuestos.

³³ Así lo entienden DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., p. 3392; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: “Crisis matrimonial y cambios en la atribución de la vivienda familiar”, cit., pp. 2243-2244; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: “Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso”, *Diario La Ley*, Año XXX, núm. 7105, Sección Doctrina, 2 de febrero de 2009, p. 7; MORENO VELASCO, V. y GAUDET, J.: “La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y EE.UU.”, *Diario La Ley*, Año XXX, núm. 7179, Sección Tribuna, 21 de mayo de 2009, p. 1; PANIZA FULLANA, A.: “Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014)”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10/2015, p. 84; y VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La «necesidad de vivienda»”, cit., p. 12.

³⁴ En este sentido, el art. 96 CC redactado por el Anteproyecto tiene en cuenta la posibilidad de que la custodia de los hijos menores se ejerza de forma compartida por ambos progenitores. Así, señala el apartado 2, tercer párrafo, que “En todo caso, si la guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores y no fuera atribuido el uso de la vivienda familiar por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda”.

Por lo demás, el texto del precepto propuesto recoge algunas de las soluciones que ha ido brindando la jurisprudencia en supuestos concretos, como, por ejemplo, la toma en consideración de la atribución del uso de la vivienda a uno solo de los progenitores a la hora de fijar la pensión compensatoria o de alimentos que tenga que abonar eventualmente el otro cónyuge (apartado 4).

El texto completo del precepto redactado por el Anteproyecto es el siguiente:

«1. En defecto de acuerdo de los progenitores aprobado judicialmente sobre el lugar o lugares de residencia de sus hijos, el Juez acordará lo que considere procedente para la protección de su interés superior, en congruencia con las medidas adoptadas sobre su guarda y custodia, debiendo quedar, en todo caso, garantizado adecuadamente su derecho a una vivienda. Del mismo modo deberá determinar el domicilio de los hijos a efectos de empadronamiento, que coincidirá con el de aquel de los progenitores con el que, en cómputo anual, los hijos pasen la mayor parte del tiempo. Si esta determinación no fuera posible, será aquél con el que los hijos tengan mayor vinculación.

2. Cuando la guarda y custodia de los hijos fuera ejercida por uno solo de los progenitores, el Juez atribuirá el uso de la vivienda familiar, de los enseres y del ajuar existente en la misma en atención a

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

perjuicio de entrar primero en otras cuestiones, trataremos de dar respuesta a lo largo de las siguientes líneas.

lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos, a criterios de necesidad y a la titularidad de la vivienda. Cuando alguno de los hijos quedare en la compañía de un progenitor y los restantes en la del otro, el Juez resolverá atendiendo al interés más necesitado de protección.

El Juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel progenitor que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos, objetivamente tuviere mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro progenitor a quien correspondiere la guarda y custodia tuviere medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los hijos y fuere compatible con el interés superior de éstos.

En todo caso, si la guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores y no fuera atribuido el uso de la vivienda familiar por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda.

Si los cónyuges no tuvieran hijos en guarda y custodia o cuando ésta no les fuera otorgada a alguno de ellos, el Juez, para atribuir el uso de la vivienda familiar, prestará especial atención a su titularidad y a criterios de necesidad.

3. En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar y el ajuar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos, ya fuere exclusiva o compartida, y aquélla fuere privativa del otro progenitor o común a ambos, tendrá el uso hasta que cese la obligación de prestarles alimentos.

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

4. La atribución del uso de la vivienda a uno solo de los cónyuges se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge. En todo caso, deberá preverse la adecuación de las prestaciones alimenticias o de la pensión compensatoria para cuando cese la atribución de aquélla.

5. Mientras se mantenga la atribución de uso de la vivienda, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de la comunidad de propietarios y los suministros, y las tasas municipales correrán a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo el pago de los gastos extraordinarios y de los impuestos y arbitrios que recaigan sobre la vivienda a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título. Cuando se atribuya el uso de la vivienda a ambos cónyuges por periodos alternos, el abono de los gastos ordinarios será a cargo de aquél que los haya devengado, y los que no pudieren determinarse conforme a este criterio, en proporción al periodo que cada uno ocupare la vivienda.

No obstante, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades, el Juez podrá acordar que sea el cónyuge que no tenga el uso de la vivienda quien se haga cargo de todos o parte de los gastos ordinarios.

Las cargas hipotecarias y las obligaciones contraídas por razón de la adquisición o mejora de la vivienda familiar, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deberán satisfacerse por los cónyuges deudores, de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución.

6. Si los cónyuges poseyeren la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedarán limitados a lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley.

Cuando los cónyuges detentaren la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando éste les reclame su restitución.

7. Para disponer de la vivienda cuyo uso haya sido atribuido al progenitor no titular de la misma por razón de la guarda y custodia de los hijos, se precisará el consentimiento de ambos o, en su defecto, la autorización judicial, debiendo poner en conocimiento del Juzgado la nueva residencia de los hijos.

8. El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge se podrá inscribir o anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad».

2. Concepto y características de la ‘vivienda familiar’.

Se han escrito ríos de tinta sobre los caracteres de la vivienda desde un punto de vista sociológico. Sin ser objeto de este estudio una reflexión tan profunda (nos interesa la vivienda pero únicamente desde una perspectiva jurídica), sí que merece la pena advertir, siquiera, cuáles son esos caracteres que hacen de la vivienda, desde el punto de vista sociológico, un bien imprescindible e insustituible.

2.1. La relevancia de la vivienda desde el punto de vista sociológico.

No es la vivienda un bien no fungible más. Se trata del bien no fungible por excelencia, del bien más duradero que existe y que, en principio, va a existir durante toda la vida de los cónyuges. Por tanto, uno de los caracteres básicos de la vivienda (ya sea familiar o no) es su vocación de perpetuidad, lo que explica que se creen unos lazos afectivos más íntimos que con cualquier otro bien material.

Esa misma vocación de perpetuidad es la que determina el resto de caracteres, asociados, directa o indirectamente, al hecho de que la familia va a desarrollar en ella su vida, en principio *sine die*.

1º) Desde el punto de vista social, el lugar en el que se encuentre físicamente la vivienda constituye el epicentro de la vida de la familia; por tanto, el entorno de la vivienda será donde desarrollen las relaciones sociales (de cualquier orden, económicas, de amistad, afectivas, etc.) los componentes de la familia³⁵. Así mismo, la vivienda determina de algún modo el *status* social al que pertenece la familia. En efecto, la ubicación de la vivienda es un índice muy válido para medir la clase social de una familia.

³⁵ ANGUITA RÍOS, R. M.: “El acceso a la vivienda: algunas situaciones problemáticas en torno a la pareja”, cit., p. 109; o MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC) (Teoría y práctica jurisprudencial)*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 17.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

2º) Desde el punto de vista económico, la importancia de la vivienda emerge sin necesidad de comentario alguno. Se trata del bien más costoso que debe adquirir un matrimonio durante su convivencia. Y al coste intrínseco de la vivienda debemos añadirle dos aditivos:

a) el sobrecoste de las mismas, cuyo precio, a pesar de haber experimentado una ligera corrección, tiene de nuevo una tendencia actual al alza³⁶; y

b) las dificultades actuales en España para acceder a un empleo³⁷ y, en consecuencia, obtener ingresos económicos.

3º) Desde el punto de vista de su utilidad, la vivienda sirve para satisfacer la necesidad básica de alojamiento³⁸. En efecto, la vivienda permite a su titular tener un

³⁶ Así lo pone de manifiesto el informe del I.N.E. sobre los precios de la vivienda en España durante el segundo trimestre de 2015. Dicho informe concluye que los precios de la vivienda han subido durante ese periodo un 4'2% en relación con el trimestre anterior. Los datos se pueden consultar en <http://www.ine.es/daco/daco42/ipv/ipv0215.pdf> (fecha de consulta: 6 de noviembre de 2015).

³⁷ Para dar idea de la magnitud del problema, según datos de la Encuesta de Población Activa (EPA) correspondientes al primer trimestre de 2013, el paro en España alcanzó el pico de 6.202.700 parados, con una tasa de paro del 27'16%. Dicha encuesta la elabora el I.N.E. y los datos y conclusiones que ofrece están disponibles para su consulta en <http://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0113.pdf> (fecha de consulta: 15 de enero de 2014). En la última encuesta realizada, correspondiente al tercer trimestre de 2015, los datos, aun siendo malos, son algo más alentadores, con 4.850.800 parados y una tasa de paro del 21'18%. Datos disponibles para su consulta en http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176918&menu=ultiDatos&idp=1254735976595 (fecha de la consulta: 4 de noviembre de 2015).

³⁸ ANGUIA RÍOS, R. M.: “El acceso a la vivienda: algunas situaciones problemáticas en torno a la pareja”, cit., p. 109, se refiere a esta necesidad como una necesidad biológica “de albergue y defensa”, señalando que a través de ella también se cumplen otras necesidades personalísimas como las de “intimidad, bienestar y seguridad”.

V. también a este respecto MANZANA LAGUARDA, M^a. P.: “La atribución del uso de la vivienda familiar (Pronunciamientos de la Sección 10^a, de familia, de la Audiencia Provincial de Valencia)”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 22, 2007, p. 86; PLANES MORENO, M^a. D.: “La vivienda familiar”, en HIJAS FERNÁNDEZ, E. (coord.): *Los procesos de familia: una visión judicial. Compendio práctico de doctrina y jurisprudencia sobre los procesos de familia y menores*, Colex, 2^a ed., Madrid, 2009, pp. 941-942; RAMS ALBESA, J. J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 99; SALAZAR BORT, S.: *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, cit., p. 44; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: “Atribución del uso de la vivienda familiar”, *Actualidad Civil*, núm. 3, febrero 2006, p. 343; o VIOLA DEMESTRE, I.: “Comentario a la Sentencia de 3 de diciembre de 2013. Atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio”, *CCJC*, núm. 95, 2014, p. 602.

lugar donde dormir, así como estar resguardado y protegido de las inclemencias del tiempo.

4º) Desde el punto de vista sentimental³⁹, la vivienda constituye el lugar donde, en principio, más tiempo pasa una persona, con lo cual ésta, con independencia de su valor económico real, ostenta para su propietario un valor sentimental superior incluso a aquél⁴⁰.

Todo lo anterior justifica, desde luego, la protección que recibe la vivienda en la Constitución Española⁴¹ (CE), cuyo art. 47.I dispone que “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”⁴². Dicho precepto, que se refiere a la vivienda en general, ha de ponerse necesariamente en relación con el art. 39.1 CE, que se refiere a la protección

³⁹ Sobre la dimensión emotiva o sentimental de la vivienda, v. en la doctrina italiana PANUCCIO DATTOLA, F.: “L’assegnazione della casa familiare”, en DE TILLA, M. y OPERAMOLLA, U. (a cura di): *Seminari di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 646-647.

⁴⁰ Es por ello que, en las expropiaciones forzosas de inmuebles, este valor sentimental se suele tener en cuenta mediante el denominado ‘premio de afección’, contemplado en el art. 47 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa (B.O.E. núm. 351, de 17 de diciembre de 1954, pp. 8261-8278). Dicho precepto señala que “En todos los casos de expropiación se abonará al expropiado, además del justo precio fijado en la forma establecida en los artículos anteriores, un 5 por 100 como premio de afección”. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que en muchos casos la utilidad del precepto será bien escasa, porque la valoración del inmueble se hace en base a criterios de mercado que, de partida, ya pueden encontrarse muy por debajo del valor (objetivo y sentimental) que tenga el inmueble para el expropiado.

⁴¹ B.O.E. núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pp. 29313-29424.

⁴² Se refiere ANGUITA RÍOS, R. M.: “El acceso a la vivienda: algunas situaciones problemáticas en torno a la pareja”, cit., pp. 110 y ss., a las distintas iniciativas tomadas en este sentido: planes de vivienda con la colaboración coyuntural de las Comunidades Autónomas y con la colaboración instrumental de las entidades de crédito, ayudas destinadas a la promoción de viviendas dignas para sectores con mayores dificultades económicas de adquisición, promoción del alquiler social, incentivos fiscales para familias con menores rentas, ayudas económicas a jóvenes que desean emanciparse, programas para movilizar y sacar al mercado pisos vacíos, etc.

Para profundizar más en la cuestión, puede consultarse SANZ COMPANY, R.: “La financiación de la compraventa de la vivienda familiar en contextos de crisis económica”, *Cuadernos de Derecho judicial*, núm. 1, 2009 (Ejemplar dedicado a: “El derecho privado en contextos de crisis”), pp. 299-376. El autor analiza en su estudio las medidas impulsadas por el Gobierno de aquel tiempo para el fomento del empleo y el alivio de la carga que supone el pago de las cuotas del préstamo hipotecario, como por ejemplo la renegociación gratuita del plazo de los préstamos hipotecarios y la posibilidad de obtener por un tiempo determinado una moratoria del pago de la mitad del importe de la cuota del préstamo hipotecario.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

social, económica y jurídica de la familia; protección que alcanza, lógicamente, a la vivienda familiar.

A pesar de que el mandato del constituyente era muy loable, la práctica ha puesto de manifiesto la dificultad de lograrlo; máxime en nuestros días, en que es habitual encender la televisión y ver noticias que hablan de desahucios de familias por impago de las cuotas del préstamo hipotecario. Mismamente, las propias decisiones de los órganos jurisdiccionales relativas a la atribución del uso de la vivienda familiar pueden constituir, en sí mismas, un obstáculo al mandato del art. 47.I CE⁴³.

2.2. La ‘vivienda familiar’ y sus elementos definitorios.

Conscientes ya desde un plano sociológico de la importancia vital de la vivienda, vamos a centrarnos ahora en ella en cuanto tiene la consideración de familiar. A pesar de que el Código Civil se refiere a la “vivienda familiar” en diversos preceptos⁴⁴, no ofrece una definición de la misma, por lo que esa labor definitoria ha sido llevada a cabo tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Así, en línea de principio, cabe decir que no todas las viviendas pueden ser consideradas familiares a estos efectos, sino, únicamente, aquella en la que se desarrolla la convivencia familiar de forma habitual⁴⁵ y continuada hasta que sobreviene la crisis

⁴³ Por ejemplo, pensemos en el supuesto frecuente del marido que debe seguir pagando las cuotas del préstamo hipotecario de una vivienda cuya posesión recuperará más bien a largo plazo, lo que unido a la necesidad de procurar su propia subsistencia y a los sueldos bajos y congelados de la actualidad, le privan de la posibilidad, no ya de adquirir otra vivienda, sino incluso de arrendarla.

En este sentido, los datos de la última encuesta del I.N.E. sobre las personas sin hogar, efectuada en 2012, son reveladores: un 45% de ellas se quedó sin hogar por pérdida del trabajo, el 26% por no poder hacer frente al pago del alojamiento y un 20'9% por la separación de su pareja (porcentajes consultados en <http://www.ine.es/prensa/np761.pdf>; fecha de consulta: 4 de noviembre de 2015).

De hecho, desde luego son hoy en día los problemas económicos la primera fuente de exclusión social y de pérdida del hogar, y no otros tales como el alcoholismo o la drogodependencia, pues de los encuestados, el 62'7% dice no haber consumido nunca drogas, mientras que el 37'3% reconoce haberlas probado alguna vez (si bien, estas conclusiones, claro están, quedan supeditadas a la honestidad de los encuestados en una pregunta tan sensible como la analizada).

⁴⁴ Cfr., entre otros, arts. 90, 91, 96, 103, 1320, 1321, o 1406 CC.

⁴⁵ A este requisito también se refiere el Código Civil en sus arts. 1320 y 1321, cuando, en clara alusión a la vivienda familiar, habla de “vivienda habitual”.

Se trata, con todo, de un requisito que debe relativizarse, en determinados casos, ciertamente aislados en la práctica, en los que la vivienda familiar haya dejado de servir a tal uso; por ejemplo,

familiar, habiéndolo entendido así de antiguo tanto doctrina⁴⁶ como jurisprudencia⁴⁷. Por tanto, es necesaria la concurrencia de estas dos notas, habitualidad y desarrollo de la

por destrucción total o por enajenación. Ello llevaría a considerar como vivienda familiar, aunque no fuera la habitual, a la nueva vivienda que se hubiera adquirido, aunque la convivencia en ella fuera mínima, o todavía no se hubiera producido.

Así lo ha entendido la doctrina. Dice MUÑOZ DE DIOS, M.: “La vivienda familiar y el mobiliario en el art. 1320 del Código Civil”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 27, 1987, p. 225, que “La Ley no exige un tiempo mínimo de ocupación, tan habitual es la vivienda ocupada desde hace muchos años como la habitada recientemente. Lo fundamental es que la familia permanezca en la vivienda con la intención de constituir en ella su hogar”.

Por su parte, para GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, Madrid, Reus, 2013, pp. 20-21, el carácter asistencial y protector del art. 96.I CC llevaría a considerar, mediante un criterio finalista, como vivienda familiar, por ejemplo, la adquirida con anterioridad a la crisis, aunque no se hubiera desarrollado en ella la convivencia familiar.

V. también en este sentido, GARCÍA CANTERO, G.: “Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español”, en VILADRICH BATALLER, P. J. (coord.): *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales*, Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA), Pamplona, 1986, p. 73.

A este respecto, la SAP Navarra de 27 de noviembre de 1993 (AC 1993, 2235), consideró que debía considerarse como vivienda familiar la nueva vivienda adquirida, pues, aunque en su momento no existiese duda que la vivienda primitiva constituía el domicilio conyugal, “tampoco hay duda que la adquisición de una nueva vivienda, constante el matrimonio y antes de sobrevenir la crisis matrimonial, fue fruto del común acuerdo de ambos cónyuges; ínsito en el mismo que fuese el próximo domicilio conyugal”.

⁴⁶ V. en este sentido ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.: “Asignación del uso de la vivienda familiar una vez que el hijo ha alcanzado la mayoría de edad”, *Actualidad Civil*, núm. 2, febrero 2014, tomo 1, pp. 208-209; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: “La disposición de la vivienda familiar en las situaciones de normalidad matrimonial. Problemática que plantea”, *Actualidad Civil*, núm. 5, marzo 2005, pp. 538-539; ANGUITA RÍOS, R. M.: “El acceso a la vivienda: algunas situaciones problemáticas en torno a la pareja”, cit., p. 113; BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 743, 2014, pp. 1348 y ss.; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: “Protección legal de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 588, 1988, pp. 1585-1586; CERVILLA GARZÓN, M^a. D.: “Algunas consecuencias jurídicas derivadas de la atribución del uso del domicilio conyugal propiedad del otro cónyuge”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, núm. 34, 2003, p. 14 (nota al pie 1); ESPIAU ESPIAU, S.: “Comentario a la Sentencia de 31 de diciembre de 1994”, *CCJC*, núm. 38, 1995, p. 671; FÉLIX BALLESTA, M^a. Á.: “Asignación de la vivienda familiar en supuestos de nulidad, separación y divorcio”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 84, núm. 1, 1985, pp. 188-189; FERNÁNDEZ CANALES, C.: *Sociedad de gananciales y vivienda conyugal*, Editorial Reus, Colección Jurídica General, Madrid, 2013, p. 155; GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, M^a. L.: “Vivienda familiar”, *Cuadernos de estudios manchegos*, núm. 36, 2011, p. 46; ÍD.: “La vivienda familiar en situaciones de normalidad y crisis”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J. M^a. (coords.): *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 1073-1074; GARCÍA VARELA, R.: “Art. 96 CC”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.): *Comentario del Código Civil*, Tomo 2, Arts. 90 al 347, Bosch, 2^a ed., 2006, p. 138; GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, cit., pp. 9-12; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: “Crisis matrimonial y cambios en la atribución de la vivienda familiar”, cit., pp. 2240-2244; JIMÉNEZ PARÍS, T. A.: “Ejecución de la vivienda familiar y concurso de acreedores (con inclusión de las novedades que presenta el Anteproyecto de Ley Concursal, de 17 de diciembre de 2010)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725, 2011, pp. 1738 y ss.; LEGERÉN MOLINA, A.: “Atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio y titular exclusivo de la misma cuando el menor y el cónyuge custodio tengan satisfechas de manera adecuada sus necesidades de alojamiento en otra vivienda. Sentencia de 5 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10135)”, *CCJC*, núm. 92, mayo-agosto

2013, p. 535; LÓPEZ AZCONA, A.: “El ámbito de aplicación de las medidas de protección de los deudores hipotecarios y sus (restrictivos) criterios delimitadores”, *RGLJ*, núm. 1/2015, enero-marzo, p. 66; LUQUE JIMÉNEZ, M^a. DEL C.: *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2012, pp. 25-26; MANZANA LAGUARDA, M^a. P.: “La atribución del uso de la vivienda familiar (Pronunciamientos de la Sección 10^a, de familia, de la Audiencia Provincial de Valencia)”, cit., p. 86; MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC) (Teoría y práctica jurisprudencial)*, cit., pp. 39-40; MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L.: “Derecho de familia: disfrute de la vivienda familiar y del mobiliario ordinario por uno de los cónyuges”, *La Ley: Revista española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1982, tomo I, pp. 849-850; MARTÍNEZ DE SANTOS, A.: “La liberación de la vivienda familiar en la ejecución hipotecaria”, *Actualidad Civil*, núm. 15, 7 al 13 de abril de 2003, p. 369; MONDÉJAR PEÑA, M^a. I.: “Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo. Comentario a la STS de 4 de diciembre 2000 (RJ 2000, 10430)”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 8, 2002, p. 440; MORALEJO IMBERNÓN, N. I.: “La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial”, *Revista xurídica galega*, núm. 33, 2001, pp. 92-93; *Íd.*: “Régimen jurídico de la vivienda familiar”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J. M^a. (coords.): *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 965-966; MORENO VELASCO, V.: “Atribución del uso de inmuebles distintos de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de parejas de hecho”, *Diario La Ley*, Año XXX, núm. 7105, Sección Tribuna, 2 de febrero de 2009, p. 1; PLANES MORENO, M^a. D.: “La vivienda familiar”, cit., pp. 941-942; SANTOS MORÓN, M^a. J.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de reforma”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3, julio-septiembre 2014, p. 2 (nota al pie 1); SERRANO GÓMEZ, E.: *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 11 y ss.; VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La «necesidad de vivienda»”, cit., p. 10; ZANÓN MASDEU, L.: *El divorcio en España: Ley de 7 de julio de 1981*, Acervo, Barcelona, 1981, p. 342; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja. Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados*, Bosch, Barcelona, 2013, p. 917.

La doctrina italiana ha entendido también que debe entenderse por “casa familiare” aquella en la que se ha desarrollado la convivencia familiar de modo habitual, estable y permanente. V. a este respecto AULETTA, T.: “Art. 155 *quater*”, en BALESTRA, L. (a cura di): *Della famiglia*, art. 74-176 [dentro de la más amplia obra GABRIELLI, E. (dir.): *Commentario del Codice Civile*], UTET, Torino, 2010, p.721; BELLANOVA, L.: “La ‘geografia’ della casa familiare”, en BELLANOVA, L., DE FILIPPIS, B., FIORILLO, L., GIANNATTASIO, F., MEA, R., MOLINARO, I., PALADINI, M., y SCARPA, A.: *L’assegnazione della casa coniugale nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, Milano, 2010, pp. 108-120; BENETTI GENOLINI, M. U. y FRANCIOLI, L.: *Separazione e divorzio. Figli, coniugi e casa coniugale. Provvedimenti e tutela*, G. Giappichelli, Torino, 2004, pp. 192-193; BOCCHINI, F.: *Diritto di famiglia: Le grandi questioni*, G. Giappichelli, Torino, 2013, p. 213; BONILINI, G.: *Nozioni di diritto di famiglia*, UTET, 3^a ed., Torino, 2002, p. 118; ; CARICATO, C.: “La casa familiare”, en AULETTA, T. (a cura di): *La crisi familiare* [dentro de la más amplia obra BESSONE, M. (dir.): *Trattato di Diritto privato*, Tomo IV: Il diritto di famiglia, II], G. Giappichelli, Torino, 2013, p. 329; CASSANO, G. (dir.): *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, Tomo III: *La separazione e il divorzio*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 192; CONTIERO, G.: *L’assegnazione della casa coniugale. Separazione, divorzio, convivenza more uxorio*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 5-18; FERRANDO, G.: “L’assegnazione della casa familiare”, en DOGLIOTTI, M. (a cura di): *Affidamento condiviso e diritti dei minori (Legge 8 febbraio 2006, n. 54)*, G. Giappichelli, Torino, 2008, p. 107; FREZZA, G.: “Il nuovo art. 337 *sexies* C.C.: appunti e spunti”, *Arch. Giur. Filippo Serafini*, vol. CCXXXIV, fasc. 2-2014, pp. 165-166 (también en FREZZA, G.: *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 144 y ss.); GALLUZZO, S. A. R.: *Famiglia e minori: Percorsi*

di diritto e giurisprudenza, Gruppo 24 Ore, Milano, 2010, p. 270; MASCIA, K.: “La casa familiare”, en OBERTO, G. (a cura di): *Gli aspetti patrimoniali della famiglia (I rapporti patrimoniali tra coniugi e conviventi nella fase fisiologica ed in quella patologica)*, CEDAM, Padova, 2011, p. 208; MERZ, S.: *Manuale pratico e formulario dei rapporti economici nella separazione e nel divorzio*, cit., pp. 297-299; MIGLIACCIO, E.: “La destinazione a casa familiare”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015, pp. 327-328; *Íd.*: “La destinazione a casa familiare”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 4, Napoli, 2016, pp. 70-71; REALE, D.: “Profili fiscali dell’assegnazione della casa «familiar» e diritto all’abitazione propia e della propria famiglia”, *Giur. merito*, fasc. 2, 2006, p. 477; SALITO, G.: “L’affidamento condiviso dei figli nella crisi della famiglia”, en STANZIONE, G. A. (a cura di): *La separazione. Il divorzio. L’affido condiviso*, G. Giappichelli, Torino, 2011, pp. 458-459; SPADAFORA, A.: “L’assegnazione della casa familiare nel progetto di legge n. 66”, *Dir. famiglia*, fasc. 2, 2005, pp. 745-746; TULLIO, L.: “Casa familiare e accordi tra i coniugi nella crisi della coppia”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015, pp. 374-376; *Íd.*: “Casa familiare e accordi tra i coniugi nella crisi della coppia”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 4, Napoli, 2016, pp. 122-125.

En fin, similares consideraciones deben realizarse respecto de la doctrina portuguesa, que considera “casa de morada da família” la casa común de los cónyuges que constituye su residencia habitual, sede de la mayoría de los intereses emocionales y afectivos. Así, puede verse CAPELO DE SOUSA, R.: *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. II, Coimbra Editora, 2ª ed. (reimpresión), Coimbra, 1990, p. 246; o GOMES DA SILVA, N. E.: *Posição sucessória do cônjuge sobrevivente*, Reforma do Código Civil, Ordem dos Advogados, Lisboa, 1981, p. 72.

⁴⁷ V., de entre las sentencias que hablan de vivienda familiar como aquella que constituye el domicilio o la residencia habitual, las SSTS núm. 1199/1994, de 31 de diciembre (RJ 1994, 10330); núm. 236/2011, de 14 de abril (RJ 2011, 3590); núm. 695/2011, de 10 de octubre (RJ 2011, 6839); núm. 183/2012, de 30 de marzo (RJ 2012, 4584); núm. 284/2012, de 9 de mayo (RJ 2012, 5137); núm. 340/2012, de 31 de mayo (RJ 2012, 6550); o núm. 726/2013, de 19 de noviembre (RJ 2013, 7447).

Clásica en la materia es la primera de ellas, la STS núm. 1199/1994, de 31 de diciembre (RJ 1994, 10330), según la cual la vivienda familiar se define como “bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario”.

En la jurisprudencia menor, se han hecho eco de la doctrina emanada de la STS núm. 1199/1994, de 31 de diciembre (RJ 1994, 10330), multitud de sentencias, alguna de las cuales ha complementado dicha definición con la opinión de los autores en la materia. Así, v., de un modo exhaustivo, SSAP Córdoba de 10 de mayo de 1993 (AC 1993, 1050); Barcelona de 12 de mayo de 1993 (AC 1993, 1181); Las Palmas núm. 98/1995, de 2 de junio (AC 1995, 1654); Valencia núm. 472/1996, de 30 de septiembre (AC 1996, 1537); Barcelona de 8 de septiembre de 1997 (AC 1997, 1914); Las Palmas de 22 de julio de 1998 (AC 1998, 6868); Barcelona de 17 de enero de 1999 (AC 1999, 3145); A Coruña de 9 de marzo de 1999 (AC 1999, 3948); Barcelona núm. 40/2000, de 17 de enero (JUR 2000, 142509); Barcelona núm. 4/2000, de 19 de enero (JUR 2000, 142511); Barcelona de 9 de mayo de 2000 (JUR 2000, 211017); Barcelona de 5 de junio de 2000 (JUR 2000, 293034); Barcelona de 15 de septiembre de 2000 (JUR 2000, 308208); Barcelona de 13 de octubre de 2000 (JUR 2001, 89); Barcelona de 21 de noviembre de 2000 (JUR 2001, 62709); Murcia de 29 de diciembre de 2000 (JUR 2001, 144559); Barcelona de 16 de enero de 2001 (JUR 2001, 114468); Barcelona de 8 de marzo de 2001 (JUR 2001, 160); Barcelona de 13 de marzo de 2001 (JUR 2001, 177575); Barcelona de 19 de junio de 2001 (JUR 2001, 285852); Almería núm. 139/2002, de 13 de junio (JUR 2002, 228497); Cádiz de 28 de junio de 2002 (JUR 2002, 226782); Córdoba núm.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

306/2002, de 2 de diciembre (JUR 2003, 35872); Zamora núm. 17/2003, de 22 de enero (JUR 2003, 67263); Las Palmas núm. 336/2004, de 11 de junio (JUR 2004, 204100); Barcelona núm. 502/2004, de 29 de junio (JUR 2004, 207777); Asturias núm. 374/2004, de 20 de julio (AC 2004, 2013); La Rioja núm. 220/2004, de 6 de septiembre (JUR 2004, 264764); Zamora núm. 297/2004, de 19 de octubre (JUR 2004, 313849); Las Palmas núm. 524/2004, de 26 de octubre (JUR 2004, 302460); Toledo núm. 336/2004, de 19 de noviembre (JUR 2004, 311989); Málaga núm. 318/2005, de 28 de abril (JUR 2005, 143066); Málaga núm. 355/2005, de 6 de mayo (JUR 2006, 31558); Barcelona núm. 557/2005, de 6 de septiembre (JUR 2006, 47080); Las Palmas núm. 393/2005, de 13 de septiembre (JUR 2005, 243236); Murcia núm. 307/2005, de 20 de octubre (JUR 2006, 81158); Las Palmas núm. 587/2005, de 17 de noviembre (JUR 2006, 35340); Pontevedra núm. 641/2005, de 9 de diciembre (AC 2005, 2331); Zamora núm. 379/2005, de 30 de diciembre (JUR 2006, 70454); Guadalajara núm. 25/2006, de 8 de febrero (JUR 2006, 89336); Pontevedra núm. 74/2006, de 9 de febrero (JUR 2006, 89331); Guadalajara núm. 59/2006, de 21 de marzo (JUR 2006, 140864); Ciudad Real núm. 938/2006, de 6 de abril (JUR 2006, 196111); Las Palmas núm. 194/2006, de 25 de abril (JUR 2006, 181875); Murcia núm. 207/2006, de 9 de mayo (JUR 2006, 183650); Castellón núm. 264/2006, de 2 de junio (JUR 2006, 253530); La Rioja núm. 219/2006, de 30 de junio (JUR 2006, 225316); Santa Cruz de Tenerife núm. 309/2006, de 18 de septiembre (JUR 2007, 8583); Murcia núm. 363/2006, de 22 de septiembre (JUR 2006, 286903); Navarra núm. 134/2006, de 3 de noviembre (JUR 2007, 90760); Pontevedra núm. 91/2007, de 14 de febrero (JUR 2007, 254522); Santa Cruz de Tenerife núm. 111/2007, de 26 de marzo (JUR 2007, 148209); Navarra núm. 51/2007, de 4 de abril (JUR 2007, 290370); Cádiz núm. 78/2007, de 9 de abril (JUR 2007, 202232); Asturias núm. 197/2007, de 27 de abril (JUR 2007, 296632); Barcelona núm. 212/2007, de 4 de mayo (JUR 2007, 270035); Guadalajara núm. 101/2007, de 9 de mayo (JUR 2007, 296235); Las Palmas núm. 232/2007, de 4 de junio (JUR 2007, 343908); Granada núm. 272/2007, de 15 de junio (JUR 2008, 17480); La Rioja núm. 197/2007, de 22 de junio (JUR 2007, 310769); Alicante núm. 298/2007, de 28 de junio (JUR 2008, 236987); Asturias núm. 377/2007, de 24 de julio (JUR 2008, 16506); Las Palmas núm. 371/2007, de 28 de septiembre (JUR 2007, 353384); Las Palmas núm. 472/2007, de 13 de noviembre (JUR 2008, 66583); Barcelona núm. 232/2008, de 3 de abril (JUR 2008, 180859); Madrid núm. 277/2008, de 15 de abril (JUR 2008, 179614); Barcelona núm. 368/2008, de 29 de mayo (JUR 2008, 266788); Navarra núm. 195/2008, de 17 de junio (JUR 2009, 17652); Guadalajara núm. 101/2008, de 18 de junio (JUR 2008, 338222); Navarra núm. 224/2008, de 4 de julio (JUR 2009, 16290); Castellón núm. 376/2008, de 4 de septiembre (JUR 2009, 67242); Guadalajara núm. 36/2009, de 13 de febrero (JUR 2009, 190137); Cádiz núm. 110/2009, de 5 de marzo (JUR 2012, 247422); Santa Cruz de Tenerife núm. 125/2009, de 16 de marzo (JUR 2009, 249266); Santa Cruz de Tenerife núm. 126/2009, de 16 de marzo (JUR 2009, 284977); Navarra núm. 52/2009, de 31 de marzo (JUR 2010, 151601); Santa Cruz de Tenerife núm. 173/2009, de 6 de abril (JUR 2009, 354489); Granada núm. 260/2009, de 29 de mayo (JUR 2009, 371234); La Rioja núm. 207/2009, de 22 de junio (JUR 2009, 319029); Madrid núm. 677/2009, de 25 de junio (JUR 2010, 40151); Islas Baleares núm. 274/2009, de 21 de julio (JUR 2009, 407847); Málaga núm. 457/2009, de 23 de julio (JUR 2010, 65305); Málaga núm. 495/2009, de 18 de septiembre (JUR 2010, 95336); Toledo núm. 259/2009, de 2 de octubre (JUR 2009, 469993); Las Palmas núm. 492/2009, de 13 de octubre (JUR 2010, 72155); Las Palmas núm. 500/2009, de 21 de octubre (JUR 2010, 71886); Madrid núm. 609/2009, de 4 de noviembre (JUR 2010, 38407); Vizcaya núm. 481/2009, de 3 de diciembre (JUR 2010, 139497); Barcelona núm. 666/2009, de 4 de diciembre (JUR 2010, 117862); Madrid núm. 364/2010, de 24 de marzo (JUR 2010, 234381); Cádiz núm. 141/2010, de 6 de abril (JUR 2010, 219261); Cádiz núm. 183/2010, de 27 de abril (JUR 2010, 216457); Madrid núm. 565/2010, de 13 de mayo (JUR 2010, 305872); Madrid núm. 624/2010, de 26 de mayo (JUR 2010, 313737); Burgos núm. 285/2010, de 15 de junio (JUR 2010, 249660); Navarra núm. 82/2010, de 17 de junio (JUR 2010, 417998); Toledo núm. 171/2010, de 29 de junio (JUR 2010, 276387); Cádiz núm. 357/2010, de 13 de julio (JUR 2010, 355628); Cádiz núm. 373/2010, de 22 de julio (JUR 2010, 355455); Burgos núm. 367/2010, de 30 de julio (JUR 2010, 327825); Pontevedra núm. 475/2010, de 5 de octubre (JUR 2010, 374156); Granada núm. 431/2010, de 22 de octubre (JUR 2011, 71297); Tarragona núm. 428/2010, de 3 de noviembre (JUR 2011, 81681); Granada núm. 458/2010, de 5 de noviembre (JUR 2011, 127027); Burgos núm. 510/2010, de 23 de noviembre (JUR 2011, 46786);

vida familiar, para que se pueda hablar de “vivienda familiar”. Junto a ellos, la doctrina y la jurisprudencia han venido exigiendo también que esa vivienda familiar tenga unas condiciones mínimas de habitabilidad.

Lo anterior excluye la consideración de algunos espacios como “vivienda familiar”. En particular, no podrán ser consideradas como “vivienda familiar” (en

Cádiz núm. 580/2010, de 17 de diciembre (JUR 2011, 121098); Madrid núm. 181/2011, de 16 de febrero (JUR 2011, 192661); Cádiz núm. 166/2011, de 9 de marzo (JUR 2011, 242613); Cádiz núm. 140/2011, de 15 de marzo (JUR 2011, 242374); Murcia núm. 131/2011, de 4 de mayo (JUR 2011, 214755); Madrid núm. 217/2011, de 5 de mayo (JUR 2011, 239853); Málaga núm. 384/2011, de 2 de julio (JUR 2012, 45408); Santa Cruz de Tenerife núm. 361/2011, de 27 de julio (JUR 2011, 384084); Santa Cruz de Tenerife núm. 368/2011, de 27 de julio (JUR 2011, 381033); Madrid núm. 1048/2011, de 19 de octubre (JUR 2012, 831); Navarra núm. 272/2011, de 26 de octubre (JUR 2013, 318769); Pontevedra núm. 930/2011, de 29 de noviembre (JUR 2011, 439345); Burgos núm. 464/2011, de 2 de diciembre (JUR 2011, 440685); Navarra núm. 311/2011, de 22 de diciembre (JUR 2013, 318255); Cádiz núm. 22/2012, de 17 de enero (JUR 2012, 73138); Madrid núm. 117/2012, de 6 de febrero (JUR 2012, 148521); Álava núm. 58/2012, de 16 de febrero (JUR 2012, 185814); Murcia núm. 89/2012, de 28 de febrero (JUR 2012, 105015); Valencia núm. 171/2012, de 5 de marzo (JUR 2012, 227029); Cáceres núm. 245/2012, de 2 de mayo (JUR 2012, 238052); Santa Cruz de Tenerife núm. 269/2012, de 6 de junio (JUR 2012, 362355); Almería núm. 129/2012, de 22 de junio (JUR 2013, 134412); Guadalajara núm. 279/2012, de 5 de diciembre (JUR 2013, 8097); Guadalajara núm. 282/2012, de 7 de diciembre (JUR 2013, 7575); Las Palmas núm. 680/2012, de 12 de diciembre (JUR 2013, 165679); Las Palmas núm. 714/2012, de 20 de diciembre (JUR 2013, 165973); Las Palmas núm. 49/2013, de 8 de febrero (JUR 2013, 163985); Las Palmas núm. 127/2013, de 5 de marzo (JUR 2013, 163544); Las Palmas núm. 149/2013, de 14 de marzo (JUR 2013, 164768); Las Palmas núm. 163/2013, de 18 de marzo (JUR 2013, 277408); Almería núm. 117/2013, de 3 de mayo (JUR 2013, 285326); Las Palmas núm. 365/2013, de 25 de junio (JUR 2014, 74342); Las Palmas núm. 393/2013, de 10 de julio (JUR 2013, 319757); Cádiz núm. 436/2013, de 5 de septiembre (JUR 2013, 332388); Málaga núm. 499/2013, de 20 de septiembre (JUR 2014, 17394); Guipúzcoa núm. 271/2013, de 7 de noviembre (JUR 2014, 166278); Las Palmas núm. 549/2013, de 12 de noviembre (JUR 2014, 70561); Jaén núm. 371/2013, de 13 de diciembre (JUR 2014, 82914); Las Palmas núm. 28/2014, de 24 de enero (JUR 2014, 185096); Málaga núm. 305/2014, de 30 de abril (JUR 2014, 281933); Las Palmas núm. 354/2014, de 12 de junio (JUR 2015, 56518); Cádiz núm. 337/2014, de 19 de junio (JUR 2014, 203452); Madrid núm. 605/2014, de 23 de junio (JUR 2014, 283492); Madrid núm. 656/2014, de 4 de julio (JUR 2014, 239667); Cádiz núm. 524/2014, de 3 de noviembre (JUR 2015, 60358); Las Palmas núm. 709/2014, de 18 de noviembre (JUR 2015, 90211); Cádiz núm. 1/2015, de 15 de diciembre de 2014 (JUR 2015, 82566); Navarra núm. 192/2014, de 17 de diciembre (JUR 2015, 24442); Cádiz núm. 66/2015, de 9 de febrero (JUR 2015, 101889); Málaga núm. 9/2015, de 13 de febrero (JUR 2015, 125502); Madrid núm. 372/2015, de 23 de abril (JUR 2015, 132979); Madrid núm. 451/2015, de 20 de mayo (JUR 2015, 160813); La Rioja núm. 167/2015, de 14 de julio (JUR 2015, 194086).

Por su parte, en Italia, Cass., 9 septiembre 2002, núm. 13065, en *DeJure online*, afirmó que el concepto de “casa familiare”, en el sentido del art. 155.4º CC (precepto en el que se contenía la disciplina objeto de nuestro estudio con anterioridad a la reforma de 2013), hace referencia al “centro de reunión de la familia durante la convivencia”, es decir, al ambiente físico en el cual persiste, a pesar de la separación de los cónyuges, el hábitat doméstico; y en el cual debe continuar desarrollándose preferiblemente, si es posible, la función de cohabitación del núcleo compuesto por uno de los cónyuges separados y por los hijos.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

principio), por no concurrir en ellos la nota de desarrollo de la convivencia familiar, los siguientes inmuebles:

a) Locales en que se desarrolle una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente⁴⁸. Y ello porque se trata de inmuebles que no están destinados a la convivencia familiar, sino al desarrollo de otra actividad⁴⁹.

b) Trasteros, garajes, o cualesquiera otros elementos privativos de un edificio sujeto a propiedad horizontal⁵⁰.

⁴⁸ Enumeración extraída del art. 3.2 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (L.A.U., en adelante).

⁴⁹ Esto es así porque se parte de que el lugar en el que se desarrolla la convivencia familiar tiene exclusivamente este fin. Ahora bien, podría ser que la vivienda familiar tuviera aprovechamientos distintos, como algunos de los citados en la enumeración, en cuyo caso nada impediría a su consideración como vivienda familiar.

⁵⁰ Cuestión distinta es la posibilidad de que sean atribuidos junto al uso de la vivienda familiar, algo que suele hacerse cuando estén calificados en el Registro de la Propiedad en una misma finca registral como anejos a la vivienda familiar, o cuando, aun no siendo así, por su ubicación estén destinados y afectos al uso del cónyuge que disfruta de la vivienda.

En este sentido, las SSAP Ciudad Real núm. 250/2010, de 28 de octubre (JUR 2011, 42740), y Murcia núm. 131/2011, de 4 de mayo (JUR 2011, 214755), señalaron que el concepto de vivienda familiar, con base a una interpretación acorde a la realidad social (art. 3.1 CC), “se hace extensivo y comprende cuantos anexos puede incluir, entre los que habitualmente se encuentran los trasteros y plazas de garaje, ya que aunque registralmente no sean un elemento anejo a la vivienda y constituyan fincas diferentes, si están destinados y afectos, por razón de su ubicación, a ser utilizados por sus moradores constituyen elementos útiles para el desarrollo normal y habitual de la vida familiar”.

La SAP Barcelona núm. 369/2008, de 29 de mayo (JUR 2008, 204408), señaló a este respecto que, mediante la atribución del uso de la vivienda se atribuía también tácitamente el uso de la plaza de aparcamiento, al formar ambos elementos una unidad registral.

Igualmente, la SAP Las Palmas núm. 393/2005, de 13 de septiembre (JUR 2005, 243236), entendió que “el ámbito objetivo de este derecho [el derecho de uso de la vivienda familiar] abarca la totalidad de las dependencias que son utilizadas a tal fin, así como los elementos afectos al uso común allí existentes, siempre y cuando sean necesarios y útiles para el desarrollo normal y habitual de la vida familiar”, no habiéndose probado, en el caso concreto, la separación e independencia, ni de la plaza de aparcamiento, ni del cuarto trastero.

En la doctrina, v. en este sentido ANGUITA RÍOS, R. M.: “El acceso a la vivienda: algunas situaciones problemáticas en torno a la pareja”, cit., p. 113.

Sin embargo, MORENO VELASCO, V.: “Atribución del uso de inmuebles distintos de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de parejas de hecho”, cit., p. 2, entiende que el criterio de la unidad registral es “sumamente formal”, debiendo atenderse, en estos casos, a la posibilidad de que exista un aprovechamiento independiente. También es de esta misma opinión MONTERO AROCA, J.: *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del artículo 96 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 23-26.

Desde luego, en orden a buscar criterios que puedan compadecerse mejor con los intereses de los cónyuges tras una ruptura matrimonial, esta solución parece mucho más flexible y puede ser más ventajosa, sobre todo en los casos en que esos locales no sean utilizados por el cónyuge al que se

Por su parte, no tendrían la consideración de “vivienda familiar”, por faltar en ellas el requisito de la habitualidad de la convivencia familiar, las viviendas de temporada o “segunda residencia”, cuyo destino es, precisamente, el desarrollo de la vida familiar no de forma estable o continuada, sino de forma temporal y, generalmente, estacional⁵¹.

Tampoco deben considerarse como vivienda familiar aquellos espacios físicos que no reúnan condiciones suficientes para su habitabilidad⁵²; por ejemplo, solares,

atribuye el uso de la vivienda familiar. Piénsese en una plaza de garaje cuyo uso, en caso de no ser útil al cónyuge custodio (por ejemplo, porque no tiene vehículo), puede atribuirse al cónyuge no custodio que haya encontrado una residencia cercana a la vivienda familiar, con el consiguiente ahorro en el alquiler de una plaza de garaje que ello le supone. O, de la misma forma, esa plaza de garaje o trastero puede alquilarse, obteniendo unos ingresos periódicos que pueden contribuir a la satisfacción de los alimentos de los hijos, o de cualesquiera otros gastos comunes.

En este sentido se pronunció la SAP Cádiz núm. 18/2005, de 8 de febrero (JUR 2005, 145636), que consideró que la atribución del trastero no se debía realizar junto con la de la vivienda, “pues es susceptible de proporcionar beneficios a la familia”, y no constaba que fuera utilizado por la madre ni por sus hijas.

De la misma forma, la SAP Cuenca núm. 251/2006, de 28 de noviembre (JUR 2007, 13961), atribuyó al esposo el uso de un almacén-cochera que en el que éste depositaba los materiales y herramientas propios de su profesión de instalador-electricista, afirmando que “si además la cochera se puede independizar mediante la colocación de un sistema de cierre que impida la comunicación con el resto de la vivienda y si a lo anterior se añade que no exista dato ni indicio objetivo alguno del que pueda inferirse ni afirmarse que la utilización puede provocar situaciones de enfrentamiento personal, es evidente que la utilización de la cochera hasta tanto se proceda a la liquidación de la sociedad conyugal es perfectamente atendible y está justificada por cuanto se evita, de este modo, que el esposo tenga que sufragar el alquiler o compra de un local”.

En fin, la SAP Barcelona núm. 459/2005, de 5 de julio (JUR 2006, 222910), consideró que únicamente en los casos en que el garaje o aparcamiento forma parte integrante del inmueble, de forma tan conexas, dependiente e intercomunicada, que hace inviable su aprovechamiento independiente por el cónyuge a quien no se le concedió la utilización del hogar familiar, “la atribución del uso de la vivienda familiar se entiende concedido integrando en la misma todas sus dependencias no susceptibles de aprovechamiento independiente, como son las plazas de aparcamiento”.

⁵¹ Ahora bien, esto debe matizarse pues, en un momento dado, una vivienda que originariamente se adquirió con el fin de que sirviera de segunda residencia puede pasar a ser la vivienda familiar. Imaginemos el caso de que a uno de los cónyuges se le concede una incapacidad permanente total por una enfermedad que haga aconsejable continuar su vida cerca del mar o en un entorno más tranquilo (un pueblo, por ejemplo). En este caso, la familia puede instalarse en la vivienda de segunda residencia, fijar en ella su domicilio y desarrollar allí la convivencia familiar de forma habitual, convirtiéndose dicha vivienda de temporada en vivienda familiar a los efectos del art. 96.I CC.

⁵² Por todos, v. MUÑOZ DE DIOS, M.: “La vivienda familiar y el mobiliario en el art. 1320 del Código Civil”, cit., p. 222.

En contra, MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC) (Teoría y práctica jurisprudencial)*, cit., p. 40; y PLANES MORENO, M^a. D.: “La vivienda familiar”, cit., p. 942. También parece posicionarse en

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

chabolas, chozas, cabañas, establos, almacenes, fábricas, edificios ruinosos abandonados, trasteros⁵³ (de nuevo), etc. En cualquier caso, y habida cuenta que, para llegar a vivir en dichos edificios hay que encontrarse en una situación económica y social de exclusión total⁵⁴, difícilmente puede pensarse que quienes se encuentren en ella tengan, entre sus prioridades, acudir al juez a interponer una demanda de nulidad, separación o divorcio, solicitando, entre otras medidas, la atribución del uso del espacio en el que habían venido desarrollando la convivencia familiar.

En otro orden de ideas, es evidente que la vivienda habitual la constituirá, en la mayor parte de los casos, un bien inmueble. Sin embargo, a juicio de la doctrina, en nada obsta a la consideración como vivienda familiar de un espacio el hecho de que se trate de un bien mueble, como pudiera ser una caravana, una *roulotte*, un carromato, un barco, etc⁵⁵. Parece lógica tal conclusión, habida cuenta que en una caravana o en un

contra del criterio mayoritario DE LA PUENTE DE ALFARO, F.: “La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 698, 2006, p. 2360, al afirmar que “una determinada vivienda familiar lo es aunque no haya obtenido reconocimiento administrativo de viabilidad para obtener la calificación administrativa de vivienda (cédula de habitabilidad)”; postura ésta que sigue, igualmente, LUQUE JIMÉNEZ, M^a. DEL C.: *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, cit., p. 27.

⁵³ Es interesante referirnos nuevamente a los trasteros, en este caso como espacios en los que no concurren unas condiciones mínimas de habitabilidad. Las crisis económicas, siempre se ha dicho, agudizan el ingenio de las personas para obtener ingresos, u obtener las cosas con el menor coste posible. Uno de los efectos que ha tenido la actual es el alquiler (clandestino) de trasteros a familias sin recursos, lo que implica un beneficio para ambas partes: de un lado, el arrendador obtiene un ingreso adicional, muy apreciado en tiempos de dificultades; de otra, el arrendatario, en este caso la familia “sin techo”, puede tener donde dormir, a un coste mucho más asequible que el alquiler convencional de una vivienda.

Distinto sería el caso en que el trastero contara con una dimensión suficiente para ser destinado al uso de vivienda, y su propietario obtuviera la cédula de habitabilidad y los permisos pertinentes.

⁵⁴ En muchas ocasiones, y a pesar de la falta de recursos, no es extraño que los familiares o allegados contribuyan a procurar un espacio digno donde vivir, ya sea mediante la cesión del uso de alguna vivienda (incluida la cesión de un espacio dentro de la propia vivienda, como el caso del matrimonio que vive en casa de los padres de uno de los cónyuges), ya sea mediante una contribución económica que ayude al alquiler de una vivienda.

⁵⁵ V. en este sentido BERROCAL LANZAROT, A. I.: “La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 734, 2012, p. 3475; CERVILLA GARZÓN, M^a. D.: “Algunas consecuencias jurídicas derivadas de la atribución del uso del domicilio conyugal propiedad del otro cónyuge”, cit., p. 14 (nota al pie 1); LUCINI CASALES, Á.: “La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 596, 1990, p. 88; MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC) (Teoría y práctica jurisprudencial)*, cit., p. 40; PLANES MORENO, M^a. D.: “La vivienda familiar”, cit., p. 942; y TAMAYO CARMONA, J. A.: *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 35.

barco puede desarrollarse perfectamente de modo habitual la convivencia familiar; ahora bien, cuestión distinta es que en dichos espacios encuentren los miembros de la familia alguna de las características básicas de una vivienda; en especial, la sensación de seguridad o el componente social.

En fin, y en relación con las viviendas en construcción o de nueva adquisición, la doctrina entiende que este supuesto queda excluido del concepto de “vivienda familiar” puesto que, al tiempo de producirse la crisis matrimonial, no era el lugar donde había venido desarrollándose la convivencia familiar de forma habitual⁵⁶. Ahora bien, a salvo queda, como ya se dijo, el supuesto de que la vivienda en construcción o de nueva adquisición (y aún no ocupada efectivamente) sea la única vivienda de la que disponga la familia; en cuyo caso, y con base en el carácter protector y asistencial del art. 96.I CC, deberá ser considerada como vivienda familiar a los efectos de dicho precepto, tal y como han entendido doctrina⁵⁷ y jurisprudencia⁵⁸.

⁵⁶ V. en este sentido ANGUITA RÍOS, R. M.: “El acceso a la vivienda: algunas situaciones problemáticas en torno a la pareja”, cit., pp. 113-114; GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: “Los procedimientos consensuales”, en HIJAS FERNÁNDEZ, E. (coord.): *Los procesos de familia: una visión judicial. Compendio práctico de doctrina y jurisprudencia sobre los procesos de familia y menores*, Colex, 2ª ed., Madrid, 2009, p. 609; LUQUE JIMÉNEZ, M^a. DEL C.: *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, cit., p. 31; y MORENO VELASCO, V.: “Atribución del uso de inmuebles distintos de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de parejas de hecho”, cit., p. 2.

⁵⁷ V., así, GARCÍA CANTERO, G.: “Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español”, cit., p. 73; y GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, cit., pp. 20-21.

⁵⁸ Éste podría ser el caso, con ciertos matices, de la SAP Málaga núm. 1080/2005, de 21 de octubre (JUR 2006, 136728), que consideró como “vivienda familiar”, a efectos de realizar la atribución de su uso, a una vivienda que, toda vez haber sido adquirida por el matrimonio, no había llegado a ser efectivamente ocupada, habiendo constituido el domicilio conyugal una vivienda que se encontraba en una finca propiedad de los padres de la ex esposa. En este caso, por razones de justicia material, la Audiencia decide llegar a esta solución, “pues de lo contrario sí podría producirse una situación injusta y arbitraria, al obligar a los propietarios (los padres de la apelada) a mantener a ésta y a su hija bajo su techo, privándoles de la posibilidad de disponer libremente de la vivienda mientras el esposo disfruta de otra de nueva construcción sin otras cargas que las derivadas del préstamo hipotecario”.

Del mismo modo, la SAP Jaén núm. 96/2005, de 28 de abril (JUR 2005, 148995), atribuyó el carácter de vivienda familiar a una casa en construcción. Dice así que “esta casa estaba llamada a ser el nuevo domicilio de la familia, casa que se estaba construyendo desde hace 8 o 9 años donde habían invertido, los cónyuges, todo su esfuerzo personal y económico. Es por estas razones que esta vivienda se debe de adjudicar, su uso, a la demandada y a sus hijos pues se considera que por su ubicación, cerca de los colegios de sus hijos, como por su habitabilidad, es la idónea para que sea el domicilio familiar, que para eso se ha construido pues, en todo caso según los cálculos más pesimistas la casa estará terminada en 4 meses”.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Por lo demás, entendemos que nada se opondría a la consideración como “vivienda familiar” de una vivienda nueva, en el caso en que hubiese empezado a tener lugar en ella la convivencia, y ello, por muy breve que haya sido dicho periodo⁵⁹.

2.3. La ‘vivienda familiar’ como domicilio conyugal.

A pesar de los esfuerzos realizados en el apartado anterior, sigue siendo difícil delimitar cuál es la vivienda familiar en los casos en que no exista una única vivienda en la que se desarrolle de modo habitual la convivencia familiar, sino que, existan varias, utilizadas en función de la época del año o de otras circunstancias⁶⁰. Ciertamente, esto llevaría, como señala la doctrina⁶¹, a relativizar el componente de habitualidad, entendiendo que “habitual” no es tanto lo constante o permanente, como aquello periódico o lo que se repite en unidades de tiempo concretas⁶².

⁵⁹ Igualmente, v. BERROCAL LANZAROT, A. I.: “La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común”, cit., p. 3472; MUÑOZ DE DIOS, M.: “La vivienda familiar y el mobiliario en el art. 1320 del Código Civil”, cit., p. 225; y PLANES MORENO, M^a. D.: “La vivienda familiar”, cit., p. 947. Así, en Italia puede verse en este sentido la sentencia del Tribunale Benevento, sez. I, 16 diciembre 2015, en *Dejure online*, según la cual por “vivienda familiar”, susceptible de atribución *ex art. 337 sexies* CCI (y del art. 6.6 de la Ley núm. 898/1970, de 1 de diciembre), debe entenderse “la habitada por la familia al momento del cese de la convivencia entre los cónyuges; y no aquella vivienda que, habitada durante años por la familia, haya sido abandonada por la mudanza de ésta a una nueva casa, aun en el caso de que la nueva vivienda haya sido ocupada, con anterioridad al fin de la convivencia, por un periodo breve, pero no irrisorio”.

En contra, v. la SAP Murcia núm. 187/2003, de 13 de junio (JUR 2004, 84493), que no consideró como vivienda familiar aquella en la que residían los cónyuges, por haberlo hecho por un breve espacio de tiempo (cuatro meses). Dice, así, la Audiencia, que “es claro que la familia, como tal, no llegó a habitar dicho último domicilio por más de cuatro meses, frente a los cinco años que residieron en el domicilio de Ayamonte, con lo que es claro que, en esencia, es éste último domicilio el que ha de ser considerado como vivienda familiar y no el de Cartagena, en el que la familia habitó de forma más bien efímera y esporádica”.

⁶⁰ Por ejemplo, puede ser que por la profesión de uno de los cónyuges, la familia viva 6 meses al año en una ciudad, y los 6 meses restantes en otra. O bien puede darse, como sucede en la actualidad por la imperiosa necesidad de obtener recursos económicos, el caso de que uno de los cónyuges, por motivos laborales, viva en una ciudad y el otro en otra, teniendo cada uno de ellos consigo a parte de los hijos menores.

⁶¹ MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC) (Teoría y práctica jurisprudencial)*, cit., p. 44.

⁶² A esta solución llegó precisamente la SAP Murcia núm. 177/2003, de 2 de junio (JUR 2004, 34772), al considerar que la residencia de la playa de los cónyuges también debía ser considerada como “vivienda familiar”, puesto que es la “que viene siendo habitual como de uso de vacaciones familiares”.

La solución no nos parece acertada, pues con ella se llegó a un sinsentido (considerar que a efectos del art. 96.I CC existen varias, y no una, “vivienda familiar”).

El problema teórico es que, bajo este prisma de considerar “habitual” lo que se repite en el tiempo, también podrían ser consideradas como “vivienda familiar” las viviendas de temporada, tal y como

La acotación del concepto de “vivienda familiar” viene dada, según se ha venido entendiendo⁶³, por el art. 105 CC: “No incumple el deber de convivencia el cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable y en el plazo de treinta días presenta la demanda o solicitud a que se refieren los artículos anteriores”.

En la medida en que el Código Civil habla indistintamente de “domicilio conyugal” (arts. 70 y 105 CC), “vivienda familiar” (arts. 90, 96 y 103 CC), y “vivienda habitual” (arts. 1320, 1321 y 1406 CC), para referirse a la vivienda en la que tiene lugar la convivencia familiar, parece razonable entender que es aquella en la que se fija el domicilio conyugal⁶⁴. Por tanto, a efectos del art. 96.I CC, es “vivienda familiar” aquella en la que los cónyuges fijan su domicilio⁶⁵.

hace la sentencia. Así lo reconoce MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC) (Teoría y práctica jurisprudencial)*, cit., p. 44, quien, sin embargo, opta directamente por excluirlas como “vivienda familiar”, sin ofrecer criterios sólidos.

Hay que tener en cuenta que, lo que se trata, es de ofrecer un marco teórico general, que pueda ser válido en la mayoría de los supuestos, siendo conscientes de que en Derecho no todo es blanco o negro. Ciertamente, una vivienda de temporada puede llegar a ser considerada “vivienda familiar” en algunos casos (nos remitimos al ejemplo de la nota al pie 51), si bien, como resulta lógico, ello no sucederá con frecuencia.

A esto se refiere MORENO VELASCO, V.: “Atribución del uso de inmuebles distintos de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de parejas de hecho”, p. 2, cuando afirma que le parece “resulta difícil” imaginar un supuesto en el cual todos los miembros de la familia compartan varias viviendas entendidas como vivienda familiar, y que, aun en ese hipotético caso, del examen del caso concreto siempre se podría delimitar cuál es el inmueble que es usado a título de vivienda familiar.

⁶³ LÓPEZ LIZ, J.: *Bienes inmuebles y sociedad conyugal (Adquisición, administración y disposición, hipoteca y embargo, con particular estudio del derecho real de uso especial de la vivienda familiar)*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 258; y MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC) (Teoría y práctica jurisprudencial)*, cit., p. 45.

⁶⁴ Lo cual tiene lugar “de común acuerdo” entre los cónyuges, y, “en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia” (art. 70 CC).

⁶⁵ V., así, BERROCAL LANZAROT, A. I.: “La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común”, cit., p. 3471; DE COSSÍO MARTÍNEZ, M.: *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 40; GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: “Los procedimientos consensuales”, cit., p. 609; o PLANES MORENO, M^a. D.: “La vivienda familiar”, cit., p. 946.

Al hilo de esto, FÉLIX BALLESTA, M^a. Á.: “Asignación de la vivienda familiar en supuestos de nulidad, separación y divorcio”, cit., p. 189, ha considerado que hubiera sido más acertado hablar en el art. 96.I CC de “vivienda conyugal”, en la línea del art. 70 CC, entendiendo que en el caso de un matrimonio sin hijos no se puede hablar de familia.

Sin embargo, tal opinión es discutible, desde el momento en que si se hablara de “conyugal”, el término quedaría corto por no ser inclusivo de los hijos cuando hubiese; en ausencia de los mismos, el término “familiar” sería igualmente válido porque no hay que olvidar que los cónyuges por sí

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Esta interpretación hace que, de algún modo, la atribución del carácter de familiar a una vivienda a los efectos del art. 96.I CC sea objetiva, con base en dicho criterio de ser aquélla en la que se fije el domicilio conyugal. De esta forma, se solventa el problema teórico-práctico de tener que determinar cuál de entre las varias viviendas que reúnan los caracteres de habitualidad, habitabilidad y desarrollo de la convivencia familiar, merece el calificativo de “vivienda familiar”⁶⁶.

En cualquier caso, y volviendo a lo apuntado, aunque el art. 40.I CC hable del domicilio como el lugar de residencia habitual de las personas físicas, podría ser que, *de facto*, el domicilio conyugal no fuera el lugar donde se desarrollara efectivamente la convivencia (piénsese, por ejemplo, en el caso de una separación de hecho de un

solos ya son familia por el mero hecho de contraer matrimonio. A mayor abundamiento, como tendremos ocasión de ver más adelante, tiene declarado el Tribunal Constitucional, en las SSTC (Pleno) núm. 184/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990, 184); núm. 222/1992, de 11 de diciembre (RTC 1992, 222); y núm. 116/1999, de 17 de junio (RTC 1999, 116), que el concepto constitucional de familia no se reduce a la “matrimonial”, admitiendo, en consecuencia, que dentro del concepto de “familia” tienen cabida también otras vinculaciones afectivas civiles.

En este sentido, a pesar de reconocer que hablar de vivienda familiar sugiere pensar en la existencia de hijos, MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC) (Teoría y práctica jurisprudencial)*, cit., pp. 46 y 49, sostiene que es preferible hablar de “vivienda conyugal”. Para esta autora la nota esencial que caracteriza a la vivienda del art. 96.I CC es el hecho de constituir la residencia habitual de los cónyuges (habla, así, de “conyugalidad”). También parece privilegiar el concepto de cónyuges sobre el de familia RODRÍGUEZ LÓPEZ, F.: “Notas sobre la vivienda habitual de la familia (en turno de rectificación)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 553, 1982, p. 1607.

Olvidan estos autores la finalidad del art. 96.I CC, que no es tanto proteger al cónyuge custodio, sino velar por el interés superior de los hijos. Por tanto, hablar de “vivienda conyugal” parece centrar el foco de la cuestión en los cónyuges; cuando, llegado el caso, la eventual atribución del uso de la misma se realizará en función de otros intereses preponderantes a los exclusivos de cada cónyuge, como son los de los hijos.

Sí que sería más plausible, en cambio, hablar de “domicilio familiar”.

⁶⁶ No falta, en la literatura sobre la materia, intentos por tratar de establecer criterios para determinar cuál debe ser considerada como “vivienda familiar” en caso de duda entre varias. Por todos, v. MUÑOZ DE DIOS, M.: “La vivienda familiar y el mobiliario en el art. 1320 del Código Civil”, cit., p. 229, quien propone cuatro criterios, destacando que en su opinión el más válido debería ser el último de los enumerados a continuación:

- a) un criterio económico, con base en el cual merece la calificación de “vivienda familiar” aquella de mayor valor económico;
- b) un criterio de antigüedad, según el cual es “vivienda familiar” la más antigua;
- c) un criterio numérico, entendiendo por “vivienda familiar” aquella en la que convivan un mayor número de miembros de la familia; y
- d) un criterio laboral, por el cual sería “vivienda familiar” aquella en la que habite el cónyuge o los cónyuges cuyo trabajo constituya la fuente principal de ingresos de la familia.

matrimonio sin hijos que poseyera dos viviendas, y cada uno de los cónyuges viviera en una de ellas).

3. El interés superior de los menores o *favor filii*.

Otro de los principios inspiradores en la materia que requiere de nuestra atención en este capítulo introductorio en el que se explican los conceptos fundamentales que posteriormente serán utilizados de forma reiterada a lo largo de la obra, es, sin duda, el del interés superior del menor (*favor filii*). Consiste, sucintamente, en velar por los intereses de los menores, que, ante la colisión con cualquier otro interés, deben tener primacía⁶⁷.

Se trata de un principio sobre el cual se construye toda la teoría y la práctica jurisprudencial de la materia que estamos abordando. Y es que, sobrevenida una crisis matrimonial, establece el art. 96.I CC, que, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez (situación que será la más común, atendiendo al valor que posee la vivienda familiar), “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”. Por tanto, la atribución del uso de la vivienda familiar se realiza al cónyuge custodio y a los hijos⁶⁸. De hecho, de la lectura del precepto parece desprenderse que la atribución del uso se

⁶⁷ Nos parece pertinente transcribir aquí el primer párrafo del art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, según el cual “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”.

Por su parte, ALGARRA PRATS, E. y BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “Custodia compartida y mediación familiar en el Derecho civil valenciano: criterios para la determinación del interés del menor”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015, p. 793, definen este concepto en los siguientes términos: “El interés superior del menor tiene como finalidad el bienestar del menor mediante la primacía de su interés sobre cualquier otro que pudiera concurrir”. Por ello, continúan los autores, “una vez planteado un determinado conflicto que afecte al menor, en primer lugar procederá concretar cuál será el bien del niño en dicho supuesto concreto”.

⁶⁸ Respecto a la cuestión de la titularidad del derecho, aunque luego tendremos ocasión de explayarnos, la Dirección General de los Registros y del Notariado viene sosteniendo que los hijos son beneficiarios, pero no titulares del derecho.

V. en este sentido RRDGRN de 27 de agosto de 2008 (RJ 2008, 8285); de 10 de octubre de 2008 (RJ 2009, 634); de 14 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3006); de 18 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 1667); núm. 8343/2012, de 19 de mayo (RJ 2012, 7934); o núm. 8775/2013, de 9 de julio (RJ 2013, 6668).

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

realiza, no tanto al cónyuge custodio, como a los propios hijos⁶⁹, cuyos intereses son los más necesitados de protección⁷⁰.

3.1. Fundamento.

Se caracteriza la menor edad por ser una etapa constante de cambios físicos y, principalmente, psicológicos. Durante este periodo las personas forjan su carácter; no quiere decir ello, como se ha dicho con acierto, que los mayores de edad tengan un carácter inmutable o impedido de todo cambio o evolución⁷¹, pero lo que está claro es que durante la etapa que va desde el nacimiento hasta la adquisición de la madurez existe una mayor volatilidad de los gustos, aficiones, sentimientos, etc., así como un mayor efecto de influencias externas al propio sujeto (amistades, familia, entorno, tendencias musicales, ídolos, moda y estilos de vestir,...).

Entre dichas influencias, como se advierte, está el efecto de una crisis familiar, que puede ser notablemente perjudicial para un individuo cuya personalidad está en formación⁷². En consecuencia, el art. 96.I CC es una norma que trata de alterar, lo menos posible, el entorno del menor⁷³, permitiéndole continuar viviendo en la

⁶⁹ En este sentido, aunque más adelante abundaremos sobre ello, se dice que el derecho que ostenta el cónyuge custodio es *per relationem*. V., así, CERVILLA GARZÓN, M^a. D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 37; LACRUZ BERDEJO, J. L. et. al.: *Elementos de Derecho Civil. IV: Familia*, Dykinson, 4^a ed. revisada y puesta al día por J. RAMS ALBESA, Madrid, 2010, p. 102; LEGERÉN MOLINA, A.: “Atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio y titular exclusivo de la misma cuando el menor y el cónyuge custodio tengan satisfechas de manera adecuada sus necesidades de alojamiento en otra vivienda. Sentencia de 5 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10135)”; cit., p. 532; o MORALEJO IMBERNÓN, N. I.: “Régimen jurídico de la vivienda familiar”, cit., p. 1029.

⁷⁰ Hay que tener en cuenta que los “niños de hoy” son los “adultos del mañana”. Si queremos que la sociedad progrese y eleve su nivel de bienestar, se ha de fomentar el desarrollo de individuos bien formados y educados; por tanto, hay que evitar que los menores en estos casos sufran anomalías en su proceso de desarrollo y crecimiento personal que, con el tiempo, puedan suponer que aquéllos se conviertan en jóvenes conflictivos y problemáticos.

⁷¹ SALAZAR BORT, S.: *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, cit., p. 65.

⁷² PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991, p. 504; y SALAZAR BORT, S.: *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, cit., p. 65.

⁷³ Así lo explica detalladamente SALAZAR BORT, S.: *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, cit., p. 46, para quien el precepto consagra una suerte de “principio de mantenimiento de los hijos menores en su entorno habitual”. Dice a este respecto el autor que “el abandono de la vivienda en la que la familia

residencia familiar, para, de alguna manera, limitar el perjuicio que puede experimentar derivado de la pérdida de contacto y de relación con uno de sus progenitores.

3.2. Marco normativo de la protección del menor.

De la necesidad de proteger al menor en estos casos se hacen eco diversas normas, entre las que destaca, sin duda, el art. 39 CE, cuyo primer apartado contiene un mandato dirigido a los poderes públicos para asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia⁷⁴; el segundo⁷⁵, tercer⁷⁶ y cuarto⁷⁷ apartados van dirigidos, por su parte, a la protección de los menores de edad.

A nivel internacional, es fundamental en la materia la Convención sobre los Derechos del Niño⁷⁸. Así, en su Preámbulo establece que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”. Y el art. 3.1 dispone que “en todas las

ha residido puede provocar el alejamiento de los pequeños de su entorno habitual, con la consiguiente incidencia negativa de ello en su estabilidad emocional y afectiva”.

V. en el mismo sentido LUQUE JIMÉNEZ, M^a. DEL C.: *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, cit., p. 58.

Sobre esta cuestión, resulta de especial interés en la doctrina brasileña la aportación de FERREIRA LOPES, J.: “O ‘melhor interesse da criança’ e o ‘cuidado’ na interface Psicologia e Direito”, en DA SILVA PEREIRA, T. y DE OLIVEIRA, G. (coords.): *Cuidado e Responsabilidade*, Atlas, São Paulo, 2011, pp. 111-137.

Por su parte, en Portugal el art. 1878.1 CCP, relativo al contenido de las responsabilidades parentales, pergeña que éstas deben ejercerse en “interés de los hijos”, concepto jurídico que la doctrina portuguesa, al igual que la española, ha calificado de indeterminado, poniendo de manifiesto que la propia laxitud de aquél contribuye a entenderlo cumplido o alcanzado en un mayor número de ocasiones. Son, en este sentido, interesantes las reflexiones de LEITE RODRIGUES, H. M.: *Questões de particular importância no exercício das responsabilidades parentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 70; ROQUE, H.: “Os conceitos jurídicos indeterminados em Direito da Família e sua integração”, *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 2, núm. 4, 2005, p. 95; y SOTTOMAYOR, M^a. C.: *Exercício do poder paternal: Relativamente à pessoa do filho após o divórcio ou a separação de pessoas e bens*, Publicações Universidade Católica, 2^a ed., Porto, 2003, pp. 74-89.

⁷⁴ “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”.

⁷⁵ “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

⁷⁶ “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

⁷⁷ “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

⁷⁸ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (mediante Resolución 44/25) y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

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”⁷⁹.

El interés superior del niño, en la relación con sus padres, se traduce, necesariamente, en el contacto directo y personal con ambos⁸⁰, contacto que sólo puede verse reducido o limitado cuando, precisamente, su propio interés así lo aconseje (por ejemplo, por falta de atención y cuidados por parte los progenitores, por recibir malos tratos por alguno de ellos o ambos, o por tener éstos hábitos de vida poco saludables, como puede ser la adicción al alcohol, a las drogas, etc.⁸¹).

Los casos de separación forzosa del menor de alguno de sus padres por causa de resolución judicial que atribuya a uno de los cónyuges la custodia del menor y a otro un régimen de visitas, no son, en principio, motivo para restringir la relación del menor con el progenitor no custodio, como así lo establece el art. 9.3 de la Convención, salvo que la relación y contacto personal y directo con el progenitor no custodio sea contraria al interés superior del niño.

Otro instrumento normativo del que disponemos en orden a velar por el interés superior del menor es la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica

⁷⁹ Añadiendo el art. 3.2 que “Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

⁸⁰ El contacto regular de los menores con sus progenitores es una preocupación que se manifiesta no sólo desde un punto de vista social (a través de las diversas asociaciones de padres), sino también judicial, como queda reflejado en las resoluciones jurisprudenciales más recientes. Así, por ejemplo, la STS núm. 172/2016, de 17 de marzo (RJ 2016, 847), atribuyó la guardia y custodia compartida, con base, entre otros argumentos, en que de esta forma “Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia” y “Se evita el sentimiento de pérdida”.

⁸¹ En este sentido, establece el art. 9.1 de la Convención que “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

del Menor, dictada en cumplimiento del mandato del art. 39 CE. En especial, el art. 2.2.c) señala, como uno de los criterios generales que deberá tenerse en cuenta a efectos de la interpretación y aplicación del interés superior del menor, “La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia”.

Por otro lado, y como consecuencia de la promoción que la protección de la infancia está recibiendo en nuestro tiempo desde diversas instancias gubernamentales y no gubernamentales, se ha publicado en España recientemente la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que trata de reforzar la protección contenida en la L.O. 1/1996 a fin de garantizar la efectividad del mandato del art. 39 CE⁸² y dar un mayor cumplimiento y satisfacción al interés superior del menor⁸³.

Descendiendo un poco más, también encontramos normas en la legislación autonómica que tratan de complementar y reforzar el entramado dispuesto por la L.O. 1/1996. Así, la Ley núm. 12/2008⁸⁴, de 3 de julio, de la Generalitat, de Protección

⁸² Así se desprende del Preámbulo, en el que se afirma que “transcurridos casi veinte años desde la aprobación de la citada norma, se han producido importantes cambios sociales que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de sus instrumentos de protección jurídica en aras del cumplimiento efectivo del citado artículo 39 de la Constitución” (apartado I).

⁸³ El Preámbulo trata de definir este concepto, lo que hace desde una triple perspectiva: “Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral” (apartado II).

⁸⁴ B.O.E. núm. 200, de 19 de agosto de 2008, pp. 34843-34873.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana⁸⁵, incluye una serie de derechos del menor en el Capítulo II (“Derechos genéricos de la infancia y adolescencia”) del Título II, que ha venido a denominar “Carta de derechos del menor de la Comunitat Valenciana”. En lo que aquí interesa, merece destacarse el art. 22 (“Derecho a las relaciones familiares”), en cuyo primer párrafo se establece que “Los menores tendrán derecho a crecer y vivir con sus padres, si ambos manifiestan voluntad y aptitud para la crianza, procurándose en los casos de separación de los progenitores una convivencia igualitaria con ambos”, añadiendo el tercer párrafo que “En cualquier caso, los menores tendrán derecho a mantener relación con sus padres, y se protegerá especialmente el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular”⁸⁶. En la observancia de estos derechos, concluye el quinto párrafo, “prevalecerá siempre el mayor interés del menor y la incidencia en su desarrollo psicológico y social”.

Más antigua es la Ley vasca núm. 3/2005⁸⁷, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, que recoge un amplio catálogo de derechos de los niños y adolescentes, así como una serie de medidas encaminadas a la protección de dichos derechos⁸⁸.

Todas las normas analizadas dispensan, como se observa, una elevada protección del interés del menor. Los operadores judiciales, como se dirá a continuación, han asumido este criterio como el elemento primero y principal sobre el que basar sus resoluciones en los supuestos de nulidad, separación y divorcio. Sin embargo, y a pesar de que lo que se puede considerar como el interés superior del menor está más o menos claro, el problema viene cuando hay que descender a la realidad y comprobar si, en la práctica diaria, esa situación ideal de desarrollo del menor

⁸⁵ Para una mayor profundización del estudio en la protección de los menores en la Comunidad Valenciana, puede consultarse PINAZO HERNANDIS, J.: “Las políticas de protección de menores en la Comunidad Valenciana y su organización administrativa”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 1, septiembre 2011, pp. 86-99.

⁸⁶ No se olvida el precepto de la relación con otros parientes próximos y allegados, estableciendo el cuarto párrafo que “Así mismo, el menor tendrá derecho a mantener relación con sus hermanos, abuelos y demás parientes próximos o allegados”.

⁸⁷ B.O.E. núm. 274, de 14 de noviembre de 2011, pp. 117217-117276.

⁸⁸ Por ejemplo, el título III de la Ley establece el marco de intervención en materia de protección a niños y adolescentes en situación de riesgo o de desamparo.

que se ha representado el juez contribuye a garantizar la efectividad del mandato del art. 39 CE y del resto de normas que lo desarrollan.

3.3. Repensando el interés superior del menor en nuestro tiempo.

En la práctica, y así lo ponen de manifiesto los datos que hemos proporcionado con anterioridad sobre la atribución de la custodia de los hijos menores elaborados por el I.N.E., la regla general seguida por la jurisprudencia ha sido atribuir la guarda y custodia de éstos a la madre, que, por mor del art. 96.I CC, continuaba en el uso de la vivienda, fuera, o no, titular de la misma.

Sin embargo, esta solución, cuyos efectos prácticos consisten en mantener al menor en su entorno habitual (rodeado de sus amigos de colegio, profesores, compañeros de actividades extraescolares, etc.), se antoja, en muchos casos, insuficiente para preservar el interés superior del menor. De hecho, no faltan los supuestos en los que el mantenimiento del menor en su entorno habitual acaba por ser contraproducente.

Por tanto, nos vemos en la obligación moral de cuestionar la aplicación rígida y automática que han hecho hasta ahora los operadores judiciales del art. 96.I CC⁸⁹, analizando los diferentes problemas que dicha aplicación ha generado hasta el momento (sin perjuicio de que, en muchos casos, haya sido útil al fin de preservar el interés superior del menor):

⁸⁹ En Italia también se ha planteado esta cuestión. Así, CARAPEZZA FIGLIA, G.: “Assegnazione della casa familiare e interessi in conflitto. Ricercando un «ragionevole bilanciamento» nel dialogo con la giurisprudenza”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015, p. 350, se pregunta si representa siempre el “justo remedio civil” atribuir la vivienda que había constituido el hábitat doméstico al padre con el cual los hijos convivan habitualmente. Para el autor, la solución (acogida constantemente por la jurisprudencia italiana) que considera criterio exclusivo de atribución, no la tutela de la personalidad de los hijos, sino su continuidad habitativa, “conduce a un automatismo interpretativo, que puede frustrar la inspiración de la elección del remedio civil a los criterios de proporcionalidad, desde el plano cuantitativo, y razonabilidad, desde el plano cualitativo”.

V. misma opinión del autor en *ÍD.*: “Assegnazione della casa familiare e interessi in conflitto. Ricercando un «ragionevole bilanciamento» nel dialogo con la giurisprudenza”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 4, Napoli, 2016, p. 96.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1º) Una primera cuestión que surge es la de determinar si, realmente, resulta efectivo en todos los casos el mantenimiento del menor en su entorno. Ello es discutible si se piensa que en el hogar familiar, y en ocasiones en espacios físicos próximos (por ejemplo, un parque o el colegio), pueden haber tenido lugar discusiones graves entre los progenitores, con salidas de tono e incluso agresiones físicas⁹⁰. Desde esta perspectiva, mantener al menor en su entorno habitual le puede causar graves problemas psicológicos, si en su mente perviven los recuerdos de dichos momentos ciertamente traumáticos.

2º) Así mismo, y como consecuencia, no tanto de mantener al menor en su entorno, como de atribuir su guarda y custodia a uno solo de los progenitores⁹¹, es muy frecuente observar cómo el menor acaba desarrollando el denominado “Síndrome de Alienación Parental”⁹² (S.A.P.), especialmente, aunque no exclusivamente, respecto del

⁹⁰ V. a este respecto SANTOS MORÓN, M^a. J.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de reforma”, cit., p. 22.

⁹¹ Esta cuestión ha sido especialmente estudiada en Portugal, donde la doctrina criticó con vehemencia el antiguo art. 1906.1 CCP, cuya redacción primitiva disponía que “Si sólo uno de los progenitores tuviera el goce del poder paternal, a él le compete ejercer todos los derechos inherentes a ese poder”. En concreto, la doctrina entendió que dicho precepto (que ligaba el ejercicio del poder paternal a la custodia monoparental) atribuía facultades desorbitadas a uno de los progenitores (en la mayoría de los casos solía ser la madre), que, en ejercicio de dichas facultades, asumía todas las responsabilidades en relación con el menor, concretadas en cuestiones tales como su educación, su salud, etc., relegando de este modo al otro progenitor a un papel pasivo en la crianza y el desarrollo del menor. Desde luego, esta situación propiciaba un distanciamiento entre el menor y el progenitor que carecía del poder paternal.

A este desajuste trató de dar respuesta el nuevo art. 1906 CCP (redactado por la “Lei núm. 61/2008, de 31 de outubro”), cuyo primer apartado dispone que “Las responsabilidades parentales relativas a las cuestiones de particular importancia para la vida del hijo son ejercidas en común por ambos progenitores en los términos que estaban en vigor constante el matrimonio, salvo en los casos de urgencia manifiesta, en que cualquiera de los progenitores puede actuar solo, debiendo comunicarlo al otro lo antes posible”.

Sobre el particular, véanse las aportaciones de RAMOS DE CARVALHO, F. D.: *A (Síndrome de) Alienação Parental e o exercício das responsabilidades parentais: algumas considerações*, cit., pp. 37-40; y SOTTOMAYOR, M^a. C.: *Exercício do poder paternal: Relativamente à pessoa do filho após o divórcio ou a separação de pessoas e bens*, cit., pp. 61-63.

⁹² Así, la SAP Islas Baleares núm. 47/2008, de 7 de febrero (AC 2008, 1996), recurriendo a la definición ofrecida por un psicólogo, define dicho síndrome como un “un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición”.

padre. Consiste esta patología en un rechazo irreversible a la relación con uno de los progenitores, generalmente influenciado por la animadversión que uno de ellos (habitualmente, la madre) desarrolla hacia el otro tras la crisis matrimonial⁹³. Evidentemente, si se produce esta situación, el interés superior del menor se estaría viendo menoscabado, pues una de sus manifestaciones principales consiste en mantener el contacto y la relación con ambos padres⁹⁴.

El desarrollo del “Síndrome de Alienación Parental” hacia uno de los progenitores ha sido uno de los argumentos recurrentes en la práctica para conceder la guarda y custodia de los hijos a un progenitor u otro. Por una parte, se ha entendido que si el mantenimiento de la relación del menor con el progenitor alienado le causa graves perjuicios en el desarrollo de su personalidad, éste debe ver limitado o anulado su eventual régimen de visitas y contacto con el menor⁹⁵.

No es, ni mucho menos, objeto de este estudio realizar consideraciones de tipo médico alguno, pero sí merece la pena destacar algunos de los síntomas o de las consecuencias que puede tener la alienación parental:

- a) en general, rechazo a la convivencia y cualquier tipo de relación con el progenitor alienado;
- b) insultos al progenitor alienado y agresiones físicas;
- c) el menor puede aprovechar la convivencia con el progenitor alienado para obtener información que después transmite al otro progenitor (lo que se ha dado en denominar como “niño-espía”);
- d) en los casos más severos, el menor puede llegar incluso a inventar situaciones que no han tenido lugar, como, por ejemplo, sostener que ha recibido insultos, malos tratos o abusos por parte del progenitor alienado.

⁹³ La influencia puede llegar a tal punto que el menor se vea obligado, delante de su madre y familia materna, a exteriorizar que no desea contacto ni relación con el padre por temor a pensar que le está traicionando, cuando, en realidad, no tiene ningún problema con aquél e incluso le profesa afecto. Esta situación la pone de manifiesto la SAP Islas Baleares núm. 47/2008, de 7 de febrero (AC 2008, 1996).

Igualmente, en la doctrina portuguesa, RAMOS DE CARVALHO, F. D.: *A (Síndrome de) Alienação Parental e o exercício das responsabilidades parentais: algumas considerações*, cit., pp. 53-54, pone de relieve que los menores son utilizados como un “instrumento de venganza”.

⁹⁴ V. en este sentido, por ejemplo, el art. 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el art. 2.2.c) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; o el art. 22.I de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana.

Hay que tener en cuenta, también, que el rechazo a uno de los progenitores implica, por extensión, el rechazo a la familia de éste (abuelos, tíos, etc.), con lo que el daño que experimenta el menor es aún mayor, al reducirse su núcleo familiar a la familia del progenitor no alienado.

⁹⁵ Éste sería el caso más severo, aunque no suele venir provocado por la influencia de uno de los progenitores, sino por el desinterés del otro a la hora de prestar atenciones y cuidados al menor, lo que lleva, en la práctica, a que éste no desee estar con él dadas las sensaciones negativas que experimenta en su compañía. También, puede venir provocado por el hecho de que uno de los progenitores encuentre una nueva pareja, algo que puede ser visto como los menores como una “traición” al otro progenitor.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Por otra parte, y en sentido opuesto, la jurisprudencia ha atribuido la guarda y custodia del menor al progenitor respecto del cual se observara un principio de alienación (moderado y reversible), siempre y cuando ésta no fuera notoria ni impidiera la comunicación entre ambos (menor-progenitor), con el fin de paliar el rechazo y de normalizar la relación⁹⁶.

3º) En los casos en que se produce la crisis matrimonial y con posterioridad a ella se mantiene un clima de conflicto entre los progenitores, no es raro que éstos recurran a una educación más permisiva y flexible con el objeto de obtener el favor del menor. Así, entre otras técnicas, se puede recurrir a colmar todos los caprichos del menor (por ejemplo, comprarle constantemente regalos que desee), y a flexibilizar otras

⁹⁶ Por ejemplo, la SAP Asturias núm. 328/2005, de 29 de septiembre (JUR 2005, 236494), atribuyó la custodia del menor al padre, pues, de otro modo, “de continuar la situación se correría el riesgo de que los lazos entre padre e hijo resultarían irrecuperables”.

V. también en este sentido la SAP Islas Baleares núm. 47/2008, de 7 de febrero (AC 2008, 1996), que atribuye la guarda y custodia de la menor al padre y suspende el régimen de visitas de la madre en tanto en cuanto no se lleve a cabo un nuevo informe pericial por el psicólogo adscrito al órgano judicial.

En cambio, la SAP Murcia núm. 414/2012, de 14 de junio (JUR 2012, 243957), no consideró suficiente la entidad del “síndrome de alienación parental”, que se manifestaba de forma meramente indiciaria y en un estadio leve hacia el padre, a fin de aceptar la solicitud de éste consistente en el cambio de atribución, a su favor, de la guarda y custodia de los hijos. Dice así la Audiencia que tales indicios no constituyen “fundamento bastante que determine de manera automática y urgente la necesidad de un cambio en tan cuestionada medida de guarda y custodia”.

Tampoco consideró que existiera causa suficiente para el cambio de atribución en la guarda y custodia de los menores, la SAP Murcia núm. 377/2011, de 14 de julio (JUR 2011, 286492). Afirma la Audiencia que el resultado de la prueba pericial psicológica practicada descarta “cualquier atisbo de alienación parental”, concluyéndose en dicho informe que “los niños habían podido desarrollar una relación positiva tanto con el entorno del padre, como con el de la madre”.

En fin, la SAP Albacete núm. 177/2007, de 12 de diciembre (JUR 2008, 101505), resolvió un caso curioso, en el que no apreció que concurriera el “síndrome de alienación parental” pretendido. En el supuesto analizado, la madre poseía inicialmente la guarda y custodia de las hijas menores. Durante la convivencia con ellas, surgieron “diferencias” entre la madre y las menores (no le obedecían, le desafiaban, le faltaban al respeto, etc.), de tal intensidad que la madre decidió renunciar al ejercicio de la guarda y custodia en favor de su ex marido. Estando así las cosas, la madre reclamó posteriormente que se había desarrollado un comportamiento alienador hacia ella, solicitando en consecuencia recuperar la guarda y custodia de las hijas menores. Sin embargo, la Audiencia entiende que no existe la alienación pretendida y, en consecuencia, no atiende a la petición de la madre. Sí observa, no obstante, diferencias surgidas, no tanto de un comportamiento alienador, como del trato entre madre-hijas menores, pudiendo ser constitutivos de ese rechazo a la madre algunos de los siguientes elementos:

- a) un estilo educativo demasiado autoritario e impositivo;
- b) la percepción de cierto favoritismo hacia la hermana mayor, por el hecho de haber renunciado a la guarda y custodia de las más pequeñas, pero no a la de aquélla; o
- c) por el hecho de haber grabado numerosas conversaciones suyas, algo “que puede ser interpretado como una traición de la confianza que debe presidir la relación padres/hijos”.

cuestiones (v. gr., a no poner hora del menor adolescente para llegar a casa⁹⁷). Esta conducta, generalmente llevada a cabo por el progenitor no custodio, es claramente lesiva para el desarrollo íntegro de la personalidad del menor, pues le aboca, desde un primer momento, a estar acostumbrado a obtener lo que quiera, sin ningún tipo de esfuerzo, constancia o sacrificio⁹⁸.

Como se puede observar, las cuestiones recientemente analizadas plantean, desde ya, la necesidad de reflexionar sobre si la atribución de la guarda y custodia del menor en exclusiva a uno de los cónyuges satisface el interés superior del menor, o va en su detrimento. Y es que las situaciones estudiadas, lamentablemente, no son situaciones aisladas o infrecuentes: la propia crisis matrimonial lleva inherentemente aparejada una situación de conflicto entre los cónyuges, conflicto en el cual los menores salen siempre perjudicados. Y no nos parece, a la vista de los resultados, que la custodia monoparental sea un método eficiente para promover el mejor desarrollo del menor.

Pero es que hay más. El art. 3.1 CC nos dice que las normas jurídicas deben ser interpretadas, entre otros criterios, atendiendo a “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”. Y en la realidad social de nuestro tiempo existe una serie importante de elementos que cuestionan, desde nuestro punto de vista, la necesidad imperiosa de mantener al menor en su entorno a toda costa (entendido éste como vivienda familiar y alrededores), por encima de cualquier otro interés particular igualmente atendible:

1º) En este sentido, un primer argumento consiste en ampliar el concepto de “entorno”. En las más de las ocasiones, la custodia monoparental obedece al hecho de mantener al menor en la vivienda familiar, en la que ya no pueden (ni desean) convivir los dos cónyuges. Sin embargo, puede ocurrir que el progenitor no custodio encuentre

⁹⁷ Lo cual puede ser muy perjudicial para el menor, en los casos en que el progenitor no custodio no realice un control y evaluación de las amistades del menor; o, aun realizándolo, permita al menor ir en compañía de quien se sienta a gusto, con independencia de la valoración, positiva o negativa, que aquél realice de las compañías y amistades de éste.

⁹⁸ El problema es aún mayor cuando el progenitor custodio, a fin de mantener el favor del menor, debe también colmarle de sus caprichos, puesto que en muchas ocasiones recibe amenazas por parte del menor en las que éste le hace saber que prefiere vivir con el progenitor no custodio.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

alojamiento cerca de la vivienda familiar⁹⁹; en cuyo caso, es evidente que la custodia compartida aparece como mejor opción, por la posibilidad de mantener el menor contacto regular con sus padres sin salir de su entorno¹⁰⁰.

Junto a ello, si tenemos en cuenta la realidad social, debemos concluir que el concepto de “entorno” puede ser entendido de una forma más flexible, sobre todo, en ciudades pequeñas. La mejora de las comunicaciones en general ha propiciado una reducción de las distancias, en todos los sentidos; es por ello que no debería constituir un impedimento insalvable, a la hora de conceder una custodia compartida, el hecho de que el menor tuviera que desplazarse para ir al colegio o para realizar las actividades extraescolares¹⁰¹.

2º) Abundando un poco en la línea anterior, pero desde un plano distinto, procede plantearse otra cuestión. Hoy en día, los hábitos y costumbres de los menores españoles han mutado en relación a los que venían teniendo hasta hace aproximadamente quince años. En la era de las tecnologías, muchos menores priorizan en su tiempo libre jugar con un *smartphone*, ordenador, una *tablet*, una videoconsola, etc., que bajar a un parque a jugar con los amigos. Juegan con ellos, pero por Internet¹⁰².

⁹⁹ Cuestión distinta es que su nueva vivienda se encontrara lejos de la que había constituido el domicilio familiar; por ejemplo, por encontrarse en un pueblo, en otra ciudad, o en puntos distantes dentro de una misma ciudad.

¹⁰⁰ Sobre las virtudes de la custodia compartida, v. RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “La igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres”, en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (coord. por F. DE P. BLASCO GASCÓ, M. E. CLEMENTE MEORO, F. J. ORDUÑA MORENO, L. PRATS ALBENTOSA, R. VERDERA SERVER), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 2153-2154.

¹⁰¹ En la actualidad, muchos abuelos pueden cumplir con esa función de acompañar al menor; incluso, por la propia crisis económica y la escasez de puestos de trabajo, pudiera ser que la misma función la realizara el progenitor no custodio.

Evidentemente, más obvio sería el caso en el que el menor, antes de la crisis matrimonial, tuviera ya que desplazarse por no estar el colegio cerca de la vivienda familiar. En estos casos, incluso, podría ser que la vivienda del progenitor no custodio estuviera más cercana al colegio (habiendo sido éste entendido básicamente como uno de los elementos centrales de la noción de “entorno” -amigos, profesores, etc.-), lo que claramente aconsejaría la custodia compartida por ser más útil que la monoparental al fin de mantener al menor en su entorno.

Y es que, cuando se hace referencia al “entorno” del menor, se suele partir de una premisa que en los tiempos que corren ha ido decayendo, y que no es otra que considerar que la vivienda familiar está próxima al colegio de aquél.

¹⁰² En este sentido, hay que tener en cuenta que la tasa de penetración de Internet en los hogares españoles es elevadísima. Del mismo modo se constata un incremento en el uso de dispositivos de fibra óptica. Éstas y otras conclusiones pueden consultarse en el informe de la Sociedad de la

Desde esta perspectiva, podríamos hablar de un “entorno virtual”, en el que concurren todos sin necesidad de salir de casa¹⁰³. Por tanto, siendo esto así, no tiene sentido mantener la rigidez en la aplicación del art. 96.I CC. Aunque el menor viva parte del tiempo en un domicilio diverso de aquel en el que había habitado constante el matrimonio, puede seguir teniendo contacto con sus amigos en el tiempo de ocio, lo que emerge como un nuevo argumento para apostar por la custodia compartida.

3º) En fin, existe un tercer elemento, no por ser el último menos importante, que ofrece poca consistencia a la hora de justificar un mantenimiento del menor en un pretendido entorno ideal para su desarrollo¹⁰⁴. Este elemento es la edad del menor. Existen muchos casos en que la crisis matrimonial sobreviene cuando el menor es un bebé, o tiene corta edad, en cuyo caso no tiene aún ningún tipo de conciencia que le permita discernir un entorno de otro, ni se ha relacionado con nadie más allá de sus padres y su familia. Así, su interés prevalente exigiría, no tanto mantenerlo en un entorno en el que todavía no se ha desarrollado socialmente, sino permitirle el contacto personal y regular con ambos progenitores.

Desde luego, la conjunción de los elementos que hacen que la atribución de la custodia monoparental pueda ser contraproducente para el menor, junto con la de aquellos que hacen que esa atribución, *a priori*, carezca de una justificación sólida, deben servir suficientemente al efecto de replantearse la idoneidad de la custodia monoparental, cuyo efecto suele ser, en muchas ocasiones, que el menor, *de facto*, acaba

Información en España, que publica Fundación Telefónica, y que se encuentra disponible para su descarga en la web http://www.fundaciontelefonica.com/arte_cultura/publicaciones-listado/pagina-item-publicaciones/?itempubli=323 (fecha de consulta: 6 de noviembre de 2015).

¹⁰³ Los niños y adolescentes de hoy en día pertenecen a la llamada “Generación Z”, con la que se identifica, generalmente, a las personas nacidas entre los años 1995 y 2010. A éstas se les atribuye una serie de características comunes o homogéneas, entre las que destaca el hecho de haber tenido contacto con las nuevas tecnologías desde edades tempranas, lo que ha derivado, en muchos casos, en una adicción a las mismas, hasta el punto de que las comunicaciones entre los miembros de dicha generación se realiza, en gran parte, por medio de entornos virtuales (sistemas de mensajería instantánea: “Messenger”, “Skype”, “Whatsapp”, “Line”, etc.).

¹⁰⁴ V. a este respecto SANTOS MORÓN, M^a. J.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de reforma”, cit., p. 22.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

teniendo sólo un progenitor habida cuenta la limitada relación que pasa a tener con el otro, relación que, en el peor de los casos, puede desaparecer con el paso del tiempo.

A este respecto, recientemente el Tribunal Supremo ha desarrollado una doctrina, a partir de la STS núm. 495/2013, de 19 de julio (RJ 2013, 5002), según la cual la protección del interés superior del menor “exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de éstos con aquél”¹⁰⁵.

Esta doctrina ha tenido inmediatamente su reflejo en la jurisprudencia menor¹⁰⁶, con el consiguiente efecto de incrementar (o de mantener, si ya había sido concedida en

¹⁰⁵ Doctrina seguida por las posteriores SSTS núm. 757/2013, de 29 de noviembre (RJ 2013, 7449); núm. 761/2013, de 12 de diciembre (RJ 2013, 7838); núm. 200/2014, de 25 de abril (RJ 2014, 2651); núm. 368/2014, de 2 de julio (RJ 2014, 4250); núm. 515/2015, de 15 de octubre de 2014 (RJ 2014, 4894); núm. 566/2014, de 16 de octubre (RJ 2014, 5165); núm. 576/2014, de 22 de octubre (RJ 2014, 5023); núm. 619/2014, de 30 de octubre (RJ 2014, 5268); núm. 616/2014, de 18 de noviembre (RJ 2014, 5718); núm. 52/2015, de 16 de febrero (RJ 2015, 553); núm. 96/2015, de 16 de febrero (RJ 2015, 564); núm. 390/2015, de 26 de junio (RJ 2015, 2658); núm. 449/2015, de 15 de julio (RJ 2015, 3004); núm. 465/2015, de 9 de septiembre (RJ 2015, 4179); o núm. 571/2015, de 14 de octubre (RJ 2015, 4746).

¹⁰⁶ V., de modo exhaustivo, SSAP Toledo núm. 268/2013, de 26 de noviembre (JUR 2014, 10029); Cádiz núm. 110/2014, de 5 de marzo (JUR 2014, 120819); Alicante núm. 219/2014, de 29 de abril (JUR 2014, 199004); Guadalajara núm. 121/2014, de 29 de abril (JUR 2014, 158519); Madrid núm. 434/2014, de 6 de mayo (JUR 2014, 164542); Tarragona núm. 172/2014, de 16 de mayo (JUR 2014, 182574); Córdoba núm. 257/2014, de 4 de junio (JUR 2014, 203457); A Coruña núm. 186/2014, de 5 de junio (JUR 2014, 217761); Murcia núm. 105/2014, de 5 de junio (JUR 2014, 184293); Castellón núm. 85/2014, de 9 de junio (AC 2014, 1622); Castellón núm. 83/2014, de 10 de junio (AC 2014, 1734); Islas Baleares núm. 259/2014, de 16 de junio (JUR 2014, 223211); Álava núm. 162/2014, de 27 de junio (JUR 2014, 246153); A Coruña núm. 164/2014, de 25 de junio (JUR 2014, 220763); Vizcaya núm. 421/2014, de 26 de junio (JUR 2014, 240111); Almería núm. 175/2014, de 30 de junio (JUR 2014, 202945); Pontevedra núm. 275/2014, de 24 de julio (JUR 2014, 220687); Tarragona núm. 254/2014, de 25 de julio (JUR 2014, 236305); Álava núm. 207/2014, de 8 de septiembre (JUR 2014, 298921); Guipúzcoa núm. 200/2014, de 16 de septiembre (JUR 2014, 276233); Córdoba núm. 396/2014, de 1 de octubre (JUR 2015, 32940); Madrid núm. 864/2014, de 8 de octubre (JUR 2014, 289484); Álava núm. 242/2014, de 10 de octubre (JUR 2015, 13649); Guipúzcoa núm. 233/2014, de 15 de octubre (JUR 2015, 76002); Asturias núm. 251/2014, de 20 de octubre (JUR 2015, 5669); Vizcaya núm. 597/2014, de 30 de octubre (JUR 2015, 14468); Guadalajara núm. 264/2014, de 25 de noviembre (JUR 2015, 67966); Pontevedra núm. 414/2014, de 2 de diciembre (JUR 2015, 57125); Madrid núm. 1070/2014, de 5 de diciembre (JUR 2015, 19607); Álava núm. 316/2014, de 12 de diciembre (JUR 2015, 62911); Vizcaya núm. 711/2014, de 15 de diciembre (JUR 2015, 65522); Vizcaya núm. 735/2014, de 23 de diciembre (JUR 2015, 65284);

León núm. 281/2014, de 26 de diciembre (JUR 2015, 49898); Guipúzcoa núm. 6/2015, de 9 de enero (JUR 2015, 101379); Tarragona núm. 13/2015, de 16 de enero (JUR 2015, 80577); Madrid núm. 55/2015, de 20 de enero (JUR 2015, 72394); Murcia núm. 51/2015, de 5 de febrero (JUR 2015, 80213); Córdoba núm. 63/2015, de 6 de febrero (JUR 2015, 102366); Madrid núm. 168/2015, de 13 de febrero (JUR 2015, 94490); Madrid núm. 171/2015, de 13 de febrero (JUR 2015, 94405); Cádiz núm. 85/2015, de 16 de febrero (JUR 2015, 101811); Cádiz núm. 77/2015, de 17 de febrero (JUR 2015, 101815); Álava núm. 34/2015, de 17 de febrero (JUR 2015, 103289); Asturias núm. 47/2015, de 23 de febrero (JUR 2015, 94222); Álava núm. 49/2015, de 25 de febrero (JUR 2015, 102953); Vizcaya núm. 97/2015, de 26 de febrero (JUR 2015, 102101); Madrid de 27 de febrero de 2015 (JUR 2015, 180872); Alicante núm. 83/2015, de 2 de marzo (JUR 2015, 123832); Cáceres núm. 55/2015, de 2 de marzo (JUR 2015, 94662); Cádiz núm. 142/2015, de 2 de marzo (JUR 2015, 126910); Islas Baleares núm. 82/2015, de 4 de marzo (JUR 2015, 99795); Islas Baleares núm. 88/2015, de 5 de marzo (JUR 2015, 98699); Cádiz núm. 105/2015, de 6 de marzo (JUR 2015, 126916); Madrid núm. 224/2015, de 6 de marzo (JUR 2015, 101738); Almería núm. 95/2015, de 11 de marzo (JUR 2015, 168225); Santa Cruz de Tenerife núm. 144/2015, de 11 de marzo (JUR 2015, 214955); Vizcaya núm. 142/2015, de 12 de marzo (JUR 2015, 132181); Burgos núm. 94/2015, de 20 de marzo (JUR 2015, 126013); Girona núm. 60/2015, de 20 de marzo (JUR 2015, 166523); Islas Baleares núm. 107/2015, de 24 de marzo (JUR 2015, 112800); Vizcaya núm. 201/2015, de 31 de marzo (JUR 2015, 131942); Córdoba núm. 166/2015, de 8 de abril (JUR 2015, 191686); Almería núm. 145/2015, de 10 de abril (JUR 2015, 169002); Madrid núm. 354/2015, de 10 de abril (JUR 2015, 173064); Navarra núm. 22/2015, de 13 de abril (JUR 2015, 131134); Almería núm. 121/2015, de 14 de abril (JUR 2015, 168878); Guipúzcoa núm. 89/2015, de 14 de abril (JUR 2015, 170259); Madrid núm. 380/2015, de 14 de abril (JUR 2015, 174246); Vizcaya núm. 228/2015, de 15 de abril (JUR 2015, 170813); Ciudad Real núm. 115/2015, de 17 de abril (JUR 2015, 127671); Pontevedra núm. 138/2015, de 17 de abril (JUR 2015, 126793); Asturias núm. 102/2015, de 20 de abril (JUR 2015, 126789); Tarragona núm. 214/2015, de 20 de abril (JUR 2015, 166766); Alicante núm. 73/2015, de 21 de abril (JUR 2015, 167446); León núm. 81/2015, de 21 de abril (JUR 2015, 131379); Madrid núm. 393/2015, de 21 de abril (JUR 2015, 173066); Madrid núm. 406/2015, de 21 de abril (JUR 2015, 131990); Alicante núm. 160/2015, de 5 de mayo (JUR 2015, 167330); Guadalajara núm. 70/2015, de 5 de mayo (JUR 2015, 145096); Madrid núm. 444/2015, de 5 de mayo (JUR 2015, 151022); Ourense núm. 156/2015, de 5 de mayo (JUR 2015, 139594); Vizcaya núm. 280/2015, de 6 de mayo (JUR 2015, 178523); Madrid núm. 453/2015, de 6 de mayo (JUR 2015, 150143); Islas Baleares núm. 162/2015, de 11 de mayo (JUR 2015, 148720); Islas Baleares núm. 173/2015, de 25 de mayo (JUR 2015, 174599); Castellón núm. 57/2015, de 28 de mayo (JUR 2015, 225869); Santa Cruz de Tenerife núm. 296/2015, de 28 de mayo (JUR 2015, 215254); Cáceres núm. 169/2015, de 1 de junio (JUR 2015, 161015); Islas Baleares núm. 182/2015, de 1 de junio (JUR 2015, 175444); Vizcaya núm. 344/2015, de 2 de junio (JUR 2015, 207143); León núm. 129/2015, de 12 de junio (JUR 2015, 175323); León núm. 134/2015, de 15 de junio (JUR 2015, 174768); Madrid núm. 588/2015, de 16 de junio (JUR 2015, 181480); Vizcaya núm. 373/2015, de 16 de junio (JUR 2015, 206947); Cádiz núm. 294/2015, de 19 de junio (JUR 2015, 196315); Santa Cruz de Tenerife núm. 346/2015, de 22 de junio (JUR 2015, 215403); Vizcaya núm. 401/2015, de 25 de junio (JUR 2015, 207148); Álava núm. 224/2015, de 26 de junio (JUR 2015, 206851); Huelva núm. 222/2015, de 29 de junio (JUR 2015, 223207); Madrid núm. 651/2015, de 29 de junio (JUR 2015, 205585); Madrid núm. 671/2015, de 30 de junio (JUR 2015, 205400); Asturias núm. 193/2015, de 1 de julio (JUR 2015, 249178); Toledo núm. 169/2015, de 1 de julio (JUR 2015, 181076); La Rioja núm. 163/2015, de 7 de julio (JUR 2015, 193953); Girona núm. 163/2015, de 8 de julio (JUR 2015, 234193); Cádiz núm. 326/2015, de 9 de julio (JUR 2015, 229386); A Coruña núm. 261/2015, de 14 de julio (JUR 2015, 210521); Girona núm. 169/2015, de 14 de julio (JUR 2015, 233922); Guadalajara núm. 123/2015, de 16 de julio (JUR 2015, 238282); Girona núm. 174/2015, de 17 de julio (JUR 2015, 234565); Guipúzcoa núm. 160/2015, de 17 de julio (JUR 2015, 210250); Barcelona núm. 557/2015, de 20 de julio (JUR 2015, 228197); Girona núm. 179/2015, de 21 de julio (JUR 2015, 234667); Madrid núm. 737/2015, de 21 de julio (JUR 2015, 203390); Barcelona núm. 572/2015, de 22 de julio (JUR 2015, 227219); Madrid núm. 741/2015, de 23 de julio (JUR 2015, 203391); Madrid núm. 746/2015, de 23 de julio (JUR 2015, 203707); León núm.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

primera instancia) los supuestos en los que se concede una custodia compartida no solicitada de común acuerdo por los progenitores¹⁰⁷. Esto, a su vez, conlleva la

167/2015, de 24 de julio (JUR 2015, 211312); La Rioja núm. 187/2015, de 30 de julio (JUR 2015, 209231); Asturias núm. 282/2015, de 31 de julio (JUR 2015, 233703); Islas Baleares núm. 268/2015, de 2 de septiembre (JUR 2015, 233632); Islas Baleares núm. 270/2015, de 4 de septiembre (JUR 2015, 223808); Madrid núm. 761/2015, de 11 de septiembre (JUR 2015, 247531); Asturias núm. 242/2015, de 14 de septiembre (JUR 2015, 248975); Guadalajara núm. 124/2015, de 15 de septiembre (JUR 2015, 238620); León núm. 183/2015, de 15 de septiembre (JUR 2015, 233411); Asturias núm. 309/2015, de 25 de septiembre (JUR 2015, 243053); y Asturias núm. 279/2015, de 13 de octubre (JUR 2015, 249306).

¹⁰⁷ Obsérvese que, aunque una de las premisas sobre las que se asienta la concesión de una custodia compartida es un clima de cordialidad entre los progenitores, el hecho de no llegar a un acuerdo en este punto (guarda y custodia compartida), no implica mala relación o conflictos graves insuperables, pues se debe partir también de la base de que, con carácter anterior a la crisis familiar, existen ya unas diferencias entre aquéllos que precisamente han tenido como efecto la decisión de separar sus caminos. De lo que se trata es que, al tiempo de conceder la guarda y custodia, haya quedado suficientemente acreditado que la relación, aunque lógicamente deteriorada, distante, tensa y fría, sea cordial y de respeto mutuo; y no, en ningún caso, altamente conflictiva o litigiosa.

Sobre el particular, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3/2010, p. 13, considera, acertadamente, que la capacidad de entendimiento de los progenitores (predisposición para el diálogo y el acuerdo) no debe considerarse equivalente al acuerdo para decidir la custodia compartida como forma de ordenación de sus relaciones familiares después de la crisis matrimonial. Incide la autora en que “Los padres pueden manifestar un desacuerdo sobre este punto porque ambos desean de forma principal verse atribuida la guarda unilateral y, sin embargo, se aprecia en ambos una tendencia a superar las desavenencias por el bien del hijo, a buscar un entendimiento mínimo, a mantener una corresponsabilidad”.

En la jurisprudencia, han destacado esta cuestión las SSTS núm. 579/2011, de 22 de julio (RJ 2011, 5675), y núm. 757/2013, de 29 de noviembre (RJ 2013, 7449), según las cuales “las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”, lo que sucede “en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento”.

A este respecto, por ejemplo, las SSAP Guipúzcoa núm. 233/2014, de 15 de octubre (JUR 2015, 76002); Pontevedra núm. 414/2014, de 2 de diciembre (JUR 2015, 57125); Tarragona núm. 13/2015, de 16 de enero (JUR 2015, 80577); Islas Baleares núm. 88/2015, de 5 de marzo (JUR 2015, 98699); Almería núm. 145/2015, de 10 de abril (JUR 2015, 169002); o La Rioja núm. 187/2015, de 30 de julio (JUR 2015, 209231), entendieron que la normal tensión y conflictividad postcrisis matrimonial entre los progenitores no era de entidad suficiente como para desaconsejar el régimen de guarda y custodia compartida.

En cambio, la SAP Cáceres núm. 81/2015, de 23 de marzo (JUR 2015, 105834), consideró que la situación de conflictividad existente entre los progenitores era perjudicial para el interés del menor, “lo que desaconsejaría la adopción del sistema de custodia compartida. Es decir, el incremento de los conflictos entre los progenitores, la ausencia de comunicación entre los mismos y su falta de cooperación en orden a poder conceder el régimen de guarda y custodia compartida, hacen inviable la misma, hasta el punto que es aconsejable que los progenitores se sometieran a un programa de Orientación o Mediación Familiar”.

También estimaron la existencia de malas relaciones entre los progenitores, impeditivas del régimen de custodia compartida, las SSAP Asturias núm. 121/2014, de 26 de mayo (JUR 2014, 180302); Madrid núm. 592/2014, de 24 de junio (JUR 2014, 245194); Madrid núm. 719/2014, de 28 de julio (JUR 2014, 244559); Madrid núm. 1027/2014, de 18 de noviembre (JUR 2015, 41006); Madrid

búsqueda de criterios alternativos para atribuir el uso de la vivienda familiar, pues, es de presumir que, si no existe acuerdo en torno a la custodia de los hijos menores, tampoco lo habrá sobre el uso de la vivienda familiar¹⁰⁸; y, como se ha tenido ocasión ya de anticipar, los criterios del art. 96.I CC dejan de tener validez una vez quiebra el presupuesto del que parte dicho precepto (custodia monoparental).

núm. 294/2015, de 24 de marzo (JUR 2015, 108350); Madrid núm. 696/2015, de 7 de julio (JUR 2015, 202839); y Soria núm. 63/2015, de 23 de julio (JUR 2015, 214554).

¹⁰⁸ Así lo pone de manifiesto acertadamente DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., p. 3394.

CAPÍTULO II: EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

El derecho de uso de la vivienda familiar es un derecho cuyos contornos han sido delimitados por la doctrina y jurisprudencia, pues el art. 96 CC únicamente se refiere a él, sin que existan mayores precisiones en cuanto a su naturaleza jurídica, constitución, contenido, duración, extinción, etc.

Se puede decir, en consecuencia, que es un derecho nominado, pero atípico, y, dada la trascendencia que posee en sede familiar, ha sido ampliamente estudiado por la doctrina, habiéndose generado, especialmente, un intenso debate en torno a si es un derecho real o personal. Debate que, en cualquier caso, resulta no excesivamente relevante en la práctica, pues, si de algo no hay duda, es de que se trata de un derecho oponible *erga omnes* y accesible al Registro de la Propiedad.

Otro de los puntos de desacuerdo es el relativo a la constitución del derecho de uso en los casos en que se prevé en el convenio regulador y la separación o el divorcio se tramitan ante el juez. En este concreto supuesto, se ha discutido si se trata también de un derecho de constitución judicial (como lo es cuando es el juez quien impone la medida), o si el derecho se constituye por la voluntad de los cónyuges expresada en el convenio regulador, limitándose el juez a su homologación.

Asimismo, estudiaremos en este capítulo otras cuestiones directa o indirectamente relacionadas con la naturaleza jurídica del derecho de uso. En este sentido, también ha habido un profuso debate doctrinal acerca de la duración del derecho, distinta según existan, o no, hijos en el matrimonio (algo que tendremos ocasión de matizar más adelante). Por su parte, la titularidad del derecho ha sido igualmente fuente de controversias doctrinales debido al tenor literal del art. 96.I CC, que parece atribuir dicha titularidad a los hijos, y no, al cónyuge custodio.

En fin, tampoco ha estado exenta de discusión la cuestión de la eventual oponibilidad a terceros del derecho de uso, habida cuenta la enorme importancia que la misma adquiere en el tráfico jurídico-económico de los inmuebles.

1. La naturaleza jurídica del derecho de uso.

Sin duda, una de las cuestiones más discutidas en sede doctrinal y jurisprudencial, por el amplio abanico de posibilidades que se ha barajado, es la relativa a la naturaleza jurídica del derecho de uso contemplado en el art. 96.I CC; centrándose dicho debate en aclarar si se trata de un derecho real¹⁰⁹ o, en cambio, de un derecho

¹⁰⁹ Constituye ésta la postura tradicionalmente mayoritaria; no obstante, existen matices en las posturas de cada uno de los autores que optan por defender esta posición. Así, unos encajan el derecho de uso de la vivienda familiar dentro de los derechos reales de uso y habitación regulados en los arts. 523 y ss. CC, y otros optan por considerar que se trata de un derecho real atípico.

Para CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B.: “Protección legal de la vivienda familiar”, cit., pp. 1611-1612, en principio, el derecho de uso que se conceda será “un derecho real de usufructo”, inalienable, inembargable y personalísimo; o bien “un derecho de habitación”, en el que, además de concurrir los caracteres anteriores, “se pacte como *conditio juris* de él que la ocupación por el habitacionista se extiende a toda la vivienda”.

RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G.: “La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710, 2008, pp. 2521 y 2522, entiende, con base en un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la década de los 90, que ésta, prescindiendo del binomio real/personal, se ha decantado por configurar el derecho de uso como “un derecho familiar”, “en el que el interés de protección a los hijos o cónyuge más desfavorecido es esencial a su naturaleza”. En cualquier caso, ya desde una perspectiva personal, la autora se inclina, con base en su oponibilidad *erga omnes* y en el hecho de ser inscribible en el Registro, por “situarlo más cerca de un derecho real que otro de distinta naturaleza”.

ISAC AGUILAR, A.: “Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: el uso de la vivienda conyugal”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 577, 1986, pp. 1730-1734, considera que estamos ante un derecho real con todas sus características, e inscribible en el Registro de la Propiedad, a la vez que le ve acomodo en la figura del derecho de habitación contemplado en el art. 524.2 CC.

Por su parte, JUANES PECES, Á. y GALVÁN ARIAS, J. R.: “La naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1992, p. 6 (versión en pdf; *La Ley* 5273/2001), considera que la atribución del uso de la vivienda constituye “un derecho real *sui generis*, cuyo contenido vendrá determinado por la propia sentencia matrimonial”.

LACRUZ BERDEJO, J. L. et. al.: *Elementos de Derecho Civil. IV: Familia*, cit., p. 102, toda vez reconocer la dificultad de la calificación jurídica del uso, entiende que “podría acaso considerarse como un derecho de habitación temporal no vitalicio constituido, con arreglo a la ley, por decisión judicial”.

LUQUE JIMÉNEZ, M^a. DEL C.: *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, cit., p. 132, considera que estamos ante un derecho que se puede entender como una variante del derecho de habitación regulado en los arts. 523 y ss. CC o como un derecho real autónomo de constitución judicial, admisible con arreglo a la teoría del *numerus apertus*.

personal¹¹⁰, sin olvidar otras interpretaciones posibles, como la de considerar que es un derecho que participa de caracteres tanto de los derechos reales como de los

MANZANO FERNÁNDEZ, M^a. del M.: *El uso de los inmuebles en el Derecho civil moderno*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, p. 166, sostiene que el derecho de uso “es «un verdadero derecho real inmobiliario en cuanto modifica, desde luego, las facultades de dominio sobre un bien inmueble (arts. 2 de la LH y 7 del RH)”.

MORALEJO IMBERNÓN, N.: “La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial”, cit., p. 109, dice a este respecto que “El derecho de uso sobre la vivienda familiar, ya provenga de un convenio regulador o de la sentencia judicial que pone fin al procedimiento, es un derecho real de carácter atípico, con una duración temporal limitada, indisponible por su titular en beneficio de terceros e irrenunciable en los supuestos en que la vivienda se entrega al cónyuge que convive con los hijos (arg. art. 6.2), salvo que esta renuncia no les perjudique (vgr., porque la vivienda es sustituida por otra). Como derecho real que es, tiene acceso al Registro de la Propiedad en virtud de lo dispuesto en los arts. 2 LH y 7 RH, siendo esta constancia registral requisito de oponibilidad frente a los terceros de buena fe”.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, *Actualidad Civil*, núm. 19, semana 5-11 mayo 1986, pp. 1333-1334, opina que el derecho de uso de la vivienda familiar constituye un derecho real limitado y autónomo.

En fin, RAMS ALBESA, J.: “Artículo 96 CC”, cit., p. 1015, considera que es un “verdadero y propio derecho real de uso”.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, la tónica habitual es la de considerar que se trata de un derecho de “carácter familiar” con eficacia *erga omnes*, si bien no faltan resoluciones que le atribuyan el carácter de derecho real.

Así, la STS de 20 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3807), consideró que el derecho de uso de la vivienda familiar es similar al regulado en el Código Civil, al afirmar que es un “derecho de uso y habitación, derecho real de disfrute limitado en cuanto a su contenido y duración”.

La STS núm. 905/1994, de 18 de octubre (RJ 1994, 7722), por su parte, afirmó que “el uso atribuido judicialmente a la vivienda de autos debe configurarse como derecho oponible a terceros, pues el mismo se conforma como derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad que refiere el artículo 96, párrafo último del Código Civil”.

¹¹⁰ Son menos los autores que entienden que el derecho de uso de la vivienda familiar contemplado en el art. 96.I CC es un derecho personal.

Uno de los primeros autores que defendió la naturaleza personal del derecho de uso de la vivienda familiar fue LUCINI CASALES, Á.: “La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado”, cit., pp. 100-101, quien se apoya para llegar a tal conclusión en “el propio sustrato personal, incluso personalísimo diría yo, de la relación matrimonial, que se pone claramente de relieve en los párrafos segundo y tercero del artículo 96, conforme a los cuales «cuando alguno de los hijos quede en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente» y que «no habiendo hijos podrá acordarse que el uso de la vivienda y del ajuar por el tiempo que prudencialmente se fije corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias lo hicieren aconsejable, y su interés fuera el más necesitado de protección». Todo lo cual resulta, ciertamente, poco compatible con la estructura más estable del derecho real”. Sea como fuere, el autor matiza posteriormente que su opción a favor de la naturaleza personal del derecho (la cual confiesa aceptar “sin excesiva convicción”), no le impide reconocer que, “en todo caso, el derecho que analizamos, en la práctica [...], funciona como una auténtica limitación del dominio que a su eficacia frente a terceros proveniente de su base legal, y su eventual refrendo judicial en caso de controversia, añade la posibilidad de obtener la eficacia *erga omnes* característica de los derechos reales”.

GARCÍA-MAURIÑO, S. y DEL CARPIO FIESTAS, V.: “Atribución de uso de vivienda familiar y «actio communi dividundo»”, *Actualidad Civil*, núm. 5, 31 enero-6 febrero 1994, p. 81, entienden como criterio más fundado el de considerar la atribución del uso como un derecho personal. Dicen, así, que “No resulta admisible que la sentencia matrimonial afecte a quienes no han sido ni han podido ser parte procesal en un procedimiento de separación, nulidad o divorcio. El derecho concedido al

personales¹¹¹, o que es un derecho de “carácter familiar”¹¹². La situación, además, se torna más compleja si tenemos en cuenta que no siempre se da el supuesto de hecho que implícitamente presupone el legislador, es decir, que la vivienda sea común (lo que incluye varias posibilidades¹¹³) o privativa de uno de los cónyuges (premisa de la que parte el art. 96.I CC¹¹⁴), sino que puede ser que la posean en virtud de otro título distinto

cónyuge beneficiario no debe tener más alcance y contenido que el que ostentaba frente a esos extraños el cónyuge no beneficiario”.

Para MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: “Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición”, *Actualidad Civil*, núm. 19, noviembre 2005, p. 2326, “el no titular no es un simple tenedor, ni un simple precarista, pues tiene derecho a ser mantenido en la vivienda familiar junto con el otro cónyuge; pero tampoco es titular de un derecho real. Es titular de un derecho personal, que además es personalísimo, por derivar de una relación que también tiene esa naturaleza”.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *El uso de la vivienda familiar en las crisis familiares*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998, p. 51, opina que se trata de un “derecho personal, derivado de relación personal”.

¹¹¹ Señala CERVILLA GARZÓN, M^a. D.: “Algunas consecuencias jurídicas derivadas de la atribución del uso del domicilio conyugal propiedad del otro cónyuge”, cit., p. 19, que “El hecho de que después de muchos años discutiendo sobre esta cuestión, es decir, la calificación de la atribución de uso de la vivienda familiar como derecho personal o real, no se haya llegado a conclusión ninguna de forma unánime, puede ser indicio de que, efectivamente, no es posible encajar este derecho dentro de una de estas dos categorías de forma excluyente, porque, participando de caracteres de una y otra, su naturaleza bifronte así se lo permite. El Derecho no es una ciencia exacta, por lo que es factible que, a veces, existan categorías o derechos que no puedan ser definidos acudiendo a las clasificaciones tradicionales, porque dado su naturaleza híbrida o *sui generis*, participan de rasgos pertenecientes a uno y otro tipo, lo que le impiden ser definidos de una forma con exclusión de la otra. Esta situación no es común pero tampoco es novedosa”.

En cualquier caso, y aunque no se posicione abiertamente en favor de esta tesis, CERVILLA GARZÓN (pp. 19-21) considera el derecho de uso más cercano a la categoría de los derechos reales, por su oponibilidad *erga omnes* y la posibilidad de acceso al Registro; insistiendo, en cualquier caso, que también presenta rasgos típicos de los derechos personales.

En la jurisprudencia, parece optar (aunque no lo diga expresamente) por la tesis de ser el derecho de uso de la vivienda familiar un derecho personal con eficacia real la STS núm. 1199/1994, de 31 de diciembre (RJ 1994, 10330), la cual afirmó que la decisión judicial que reconoce el derecho de uso es “oponible *erga omnes*, aunque no generadora de un derecho real”.

¹¹² Ésta es la postura de la Dirección General de los Registros y del Notariado, manifestada, entre otras, en las RRDGRN de 20 de febrero de 2004 (RJ 2004, 2376); de 10 de octubre de 2008 (RJ 2009, 634); de 14 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3006); núm. 8775/2013, de 9 de julio (RJ 2013, 6668); o núm. 12221/2014, de 24 de octubre (RJ 2014, 6107).

De dicha postura también se ha hecho eco el Tribunal Supremo en alguna ocasión, como en el caso de las SSTS núm. 859/2009, de 14 de enero de 2010 (RJ 2010, 2323); núm. 584/2010, de 8 de octubre (RJ 2010, 7445); núm. 772/2010, de 22 de noviembre (RJ 2011, 936); núm. 78/2012, de 27 de febrero (RJ 2012, 3383); y núm. 118/2015, de 6 de marzo (RJ 2015, 1104).

¹¹³ Por ejemplo, que exista una copropiedad sobre la vivienda, o que ésta tenga naturaleza ganancial.

¹¹⁴ CERVILLA GARZÓN, M^a. D.: “Algunas consecuencias jurídicas derivadas de la atribución del uso del domicilio conyugal propiedad del otro cónyuge”, cit., p. 16 (v. también misma opinión de la autora en CERVILLA GARZÓN, M^a. D.: “Las consecuencias económicas de las crisis de pareja: la pensión alimenticia y la atribución del uso de la vivienda familiar”, en CERVILLA GARZÓN, M^a. D. y FUENTES RODRÍGUEZ, F. (coords.): *Mujer, familia y derecho*, Servicio de Publicaciones de la

(por ejemplo, sean arrendatarios o usufructuarios), o, incluso, sin título de ocupación alguno¹¹⁵ (la posean en concepto de precario), en cuyo caso, como señalaremos en su momento, no se puede imponer al propietario de la vivienda que soporte la carga del art. 96.I CC.

Universidad de Cádiz, Cádiz, 2003, p. 34); DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”; cit., p. 3414; DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: “Definición y atribución del domicilio familiar”, *Seminario Permanente de Ciencias Sociales (SPCS)*, Documento de trabajo 2008/5, p. 14 (documento disponible en https://www.uclm.es/cu/csociales/pdf/documentosTrabajo/05_2008.pdf); LUCINI CASALES, Á.: “La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado”, cit., pp. 97 y ss.; y MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC) (Teoría y práctica jurisprudencial)*, cit., pp. 380 y ss.

En contra, BENAVENTE MOREDA, P.: “Comentario a la Sentencia de 20 de mayo de 1993”, *CCJC*, núm. 33, 1993, p. 815, y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: “Vivienda familiar y crisis matrimoniales”, *Academia sevillana del notariado*, Tomo 14, 2006, p. 272, para quienes el precepto sólo se aplica en caso de ser la vivienda familiar privativa de uno de los cónyuges; precisamente, del cónyuge al que no se atribuye el uso, con base en que el art. 96, apartados 3 y 4, se refiere al “cónyuge no titular”. También parece decantarse por esta interpretación RAMS ALBESA, J. J.: “Artículo 96 CC”, cit., p. 1015, al señalar que el supuesto de vivienda en pleno y privativo dominio del cónyuge no usuario es el supuesto de hecho sobre el que se construye el art. 96.I CC.

Sin embargo, parece más prudente entender que, si el art. 96, apartados I y II CC se hubiera querido referir únicamente al caso de ser la vivienda privativa del cónyuge que no queda con los hijos, lo habría puesto de manifiesto, pues no parece razonable que el mismo precepto en dos apartados (III y IV) mencione expresamente al “cónyuge no titular”, y en los más importantes (por protegerse el interés superior del menor), se deba considerar implícita esa mención. Así lo entiende MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC) (Teoría y práctica jurisprudencial)*, cit., p. 380, para quien, en la medida en que los arts. 96.I y II CC “no hacen alusión alguna a la titularidad de la vivienda, prescindiendo de la misma para configurar su supuesto de hecho”.

En fin, hay que destacar que el nuevo art. 96.3.I CC, en la redacción dada por el Anteproyecto, sí que se refiere a la titularidad de la vivienda, estableciendo la aplicación del precepto cuando ésta “fuere privativa del otro progenitor o común a ambos”. En el mismo sentido se pronuncia, también, el art. 12.5.II de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, precepto prácticamente idéntico al art. 96.3.I CC previsto en el Anteproyecto. Esta ley es la primera ley autonómica sobre relaciones familiares en supuestos de crisis matrimonial posterior a la aprobación del Anteproyecto, y, en buena lógica, se ha inspirado en éste, siguiendo las soluciones adoptadas por el Anteproyecto en muchos puntos y conteniendo preceptos de una literalidad semejante o idéntica.

¹¹⁵ En este sentido, CERVANTES GÓMEZ-ANGULO, L.: “Inoponibilidad del derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar atribuido por resolución judicial frente a terceros propietarios. Acción de desahucio por precario”, *Diario La Ley*, Año XXXV, núm. 8363, Sección Tribuna, 28 de julio de 2014, p. 5, dice que “De la simple lectura del precepto parece desprenderse que no preocupa al legislador la circunstancia de que se ostente título hábil para poseer dicha vivienda familiar”.

DE LA PUENTE DE ALFARO, F.: “La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución”, cit., p. 2371, afirma que “la regulación legal prescinde por completo del título en virtud del cual se posea, del título en virtud del que se esté legitimado para poseer e incluso de si existe propiamente un título que legitime para poseer”.

Igualmente, a FÉLIX BALLESTA, M^a. Á.: “Asignación de la vivienda familiar en supuestos de nulidad, separación y divorcio”, cit., pp. 192-193, le sorprende que el legislador no haga mención en el precepto a la existencia de arrendamientos.

Lo anterior justifica las reservas de una parte de la doctrina para hablar de una categoría general que pueda englobar todos los supuestos que en la práctica se puedan dar¹¹⁶. En consecuencia, en lugar de decantarnos por una postura extrema, que combine argumentos a favor y en contra, optaremos por adoptar una más flexible, reconociendo que el derecho de uso, según los casos, puede configurarse como un derecho real o como un derecho personal¹¹⁷; partiendo, no obstante, de que en la práctica, y dándose el

¹¹⁶ Lo explica ilustrativamente GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: “Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial”, *Aranzadi civil*, núm. 1, 1994, p. 7 (versión del artículo extraída de Aranzadi Insignis; BIB 1994/72), quien advierte que la consideración del derecho de uso como un derecho oponible a terceros “es plenamente asumible cuando, como en el caso litigioso ocurría, el uso de la vivienda había sido adjudicado en un procedimiento matrimonial en el cual estaba presente el titular dominical del inmueble, pues pertenecía con carácter privativo al esposo no adjudicatario. Ahora bien, hay que prevenir la mala utilización que de tal doctrina pueda realizarse intentando generalizar su solución a supuestos en los cuales los esposos no sean titulares dominicales de la vivienda cuyo uso se adjudica a uno de ellos. En tal caso debe insistirse en que la Resolución judicial no crea *per se* un derecho originario, nuevo, oponible erga omnes sino que, a lo sumo, frente a tales terceros, podrán oponerse por el cónyuge ocupante las facultades de que antes disponían ambos esposos”.

V. en el mismo sentido CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, cit., p. 11; DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., p. 3416; FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M.: “La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular. Examen del artículo 96 del Código Civil”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2011, febrero 2011, pp. 19-20.

Se trata, igual que ocurría en el supuesto de determinación de la vivienda familiar, no tanto de buscar una solución que pretenda ser única, como de admitir que existe una solución que servirá en la mayoría de los casos pero que se deberá excepcionar si el supuesto no cumple la premisa de partida del art. 96.I CC de cotitularidad o de titularidad exclusiva de la vivienda por parte de uno de los cónyuges.

¹¹⁷ Esta tesis ofrece la ventaja de no tener que tratar de justificar una posición extrema con multitud de excepciones y contradicciones que, en la práctica, más que servir para apoyar una posición, acaban debilitándola.

Entre los autores que con más vehemencia ha defendido esta tesis de atender al caso concreto para configurar el carácter, real o personal, del derecho de uso, se encuentra CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, cit., pp. 11 y ss., para quien “Negar al derecho de uso la consideración de derecho real cuando el tribunal resuelve un supuesto en el que los cónyuges poseen el inmueble por virtud de un derecho personal y afirmarla cuando uno o ambos son propietarios del inmueble no me parece en absoluto contradictorio”. Lo que sí entiende criticable la autora es negarle el carácter de derecho real y posteriormente admitir la oponibilidad *erga omnes* cuando uno o ambos cónyuges son propietarios del inmueble, como acontece en la STS núm. 861/2009, de 18 de enero de 2010 (RJ 2010, 1274) [sentencia de gran relevancia que ha sido comentada, entre otros, por MARÍN VELARDE, A.: “Atribución de la vivienda familiar: posición jurídica del cónyuge poseedor de la vivienda cuando la titularidad del inmueble pertenece en copropiedad a su consorte. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010 (RJ 2010, 1274)”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 25, 2010, pp. 290-293].

supuesto del que parte el art. 96.I CC (vivienda común o privativa de uno de los cónyuges), su configuración tendrá carácter real, siendo ésta la regla general.

Se trata, por tanto, no tanto de adoptar una postura extrema (derecho real o personal) que pretenda ser única y válida para todos los supuestos, sino de estar a la situación concreta que se produce, siendo conscientes de que tradicionalmente la vivienda familiar era propiedad de uno o ambos cónyuges, lo que explicaba la configuración del derecho de uso como un derecho real; pero reconociendo, al mismo tiempo, que en la época actual, de crisis económica, el aumento de los arrendamientos y de las situaciones de precario lleva a no poder realizar consideraciones absolutas.

Dicha configuración alternativa como un derecho real o personal se explica teniendo en cuenta que el derecho de uso de la vivienda familiar es un derecho dependiente del derecho primitivo de ocupación que se ostentara, de forma que, en ningún caso, puede tener aquél facultades mayores que las que otorgaba éste¹¹⁸. De este modo, si el derecho inicial de uso de los cónyuges tuviera como fundamento un derecho real (la propiedad), el derecho de uso que concede el juez ex art. 96.I CC se configurará como un derecho real (con los efectos que ello conlleva); sin embargo, si el derecho originario de ocupación era un derecho personal, el juez no podrá conceder un derecho de uso que tenga carácter real, y, en el peor de los casos, esto es, si no existía título alguno de ocupación previo (caso del precario), desde luego el juez tampoco lo podrá

En este mismo sentido se pronuncian BERROCAL LANZAROT, A. I.: “La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común”, cit., p. 3497; DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., pp. 3415-3416; y GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: “Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial”, cit., p. 7 (versión del artículo extraída de Aranzadi Insignis; BIB 1994/72).

¹¹⁸ Que es precisamente lo que ocurriría de admitirse la naturaleza real del derecho de uso en los casos en que su titular ocupara originariamente la vivienda en virtud de un derecho personal; especialmente, un contrato de arrendamiento.

A este respecto, dice CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: “Protección legal de la vivienda familiar”, cit., p. 1609, que “la facultad de usar” se atribuirá “siempre en atención a cuál sea el derecho que tenga sobre la vivienda el cónyuge titular de ella, que va a ser privado de aquella facultad de uso”.

V., también en este mismo sentido, CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, cit., p. 11; y DE LA PUENTE DE ALFARO, F.: “La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución”, cit., p. 2371.

crear¹¹⁹. Ello deriva de la aplicación del argumento *a fortiori*: la situación derivada que se origine por mor del art. 96.I CC no puede otorgar mayores derechos que los que se tuvieran en la situación preexistente¹²⁰.

1.1. El derecho de uso de la vivienda familiar en el supuesto del que parte el art. 96.I CC: vivienda común o privativa de uno de los cónyuges.

Si se parte del supuesto previsto en el art. 96.I CC (titularidad de la vivienda común, o privativa de uno de los cónyuges), que ciertamente será el que en la práctica se presente con más frecuencia, la configuración teórica que se debe hacer del derecho

¹¹⁹ Así lo explica DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., p. 3415, quien señala acertadamente que “Si la vivienda es arrendada o es ocupada por la familia a título de precario o comodato, es evidente que el art. 96 CC no permite al juez generar un derecho real sobre la base de una mera situación de hecho (precario) o de un derecho personal (arrendamiento o comodato): en virtud de la asignación del derecho de uso, no es posible convertir a quien, a lo sumo, era titular de un derecho de crédito (suponiendo que lo fuera él, y no el otro progenitor) y poseía la vivienda de manera mediata (merced a la obligación de no hacer asumida por el arrendador o el comodante) en titular de un derecho real oponible a terceros y, por lo tanto, también al propietario del inmueble (comodante o arrendador, quedando a salvo, eso sí, el derecho de subrogación del inquilino en los términos previstos en el art. 15.2 LAU)”.

Concluye el autor señalando oportunamente que “El derecho de uso no se crea abstractamente por la sentencia, sino que presupone una realidad jurídica previa sobre la que se proyecta, la cual determina su naturaleza, que, por lo tanto, no es siempre uniforme: en consecuencia, habrá unos casos en los que el derecho sea real y otros en los que no lo sea”.

V. también, a este mismo respecto, las consideraciones de CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, cit., p. 11; DE COSSÍO MARTÍNEZ, M.: *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, cit., p. 44; DE LA PUENTE DE ALFARO, F.: “La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución”, cit., p. 2371; FÉLIX BALLESTA, M^a. Á.: “Asignación de la vivienda familiar en supuestos de nulidad, separación y divorcio”, cit., pp. 195-196; GARCÍA-MAURIÑO, S. y DEL CARPIO FIESTAS, V.: “Atribución de uso de vivienda familiar y «*actio communi dividundo*»”, cit., p. 81; MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: “Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición”, cit., p. 2312; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, cit., p. 1335; SERRANO GÓMEZ, E.: *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, cit., p. 23; VICENTE DÍAZ, M.: “Cuestiones sustantivas y procesales de los bienes gananciales en las crisis matrimoniales”, *Actualidad Civil*, núm. 5, febrero 1988, p. 268.

En Italia, afirman igualmente BENETTI GENOLINI, M. U. y FRANCIOLI, L.: *Separazione e divorzio. Figli, coniugi e casa coniugale. Provvedimenti e tutela*, cit., p. 200, que “la asignación de la vivienda familiar está subordinada a la disponibilidad *de facto* y jurídica de la misma que tenga el cónyuge obligado”.

¹²⁰ Dice ilustrativamente a este respecto VICENTE DÍAZ, M.: “Cuestiones sustantivas y procesales de los bienes gananciales en las crisis matrimoniales”, cit., p. 268, que el derecho de uso de la vivienda consiste en un derecho “cualitativamente distinto y de menor entidad” que el preexistente del que deriva.

de uso es la de un derecho real de disfrute sobre cosa, total o parcialmente (según el caso), ajena¹²¹. Obsérvese desde ya, aunque posteriormente volveremos sobre el tema, que, en el caso de ser la vivienda común de ambos cónyuges, el uso que se atribuye por mor del art. 96 CC al cónyuge custodio copropietario de aquélla, es un derecho de uso exclusivo de la misma, de forma que éste poseerá la vivienda en virtud de este derecho de uso, y no del uso genérico al que le habilita el derecho de copropiedad sobre la vivienda familiar¹²².

Volviendo al caso contemplado en el art. 96.I CC, la doctrina ha puesto de manifiesto que en este supuesto concurre el aspecto interno (el elemento estático) de los derechos reales, esto es, la inmediatez, pues el titular del derecho está facultado para usar la vivienda directamente y por sí solo, sin necesidad de la intermediación de un tercero¹²³.

En torno a este punto, se ha suscitado una importante cuestión con ocasión de la STS núm. 859/2009, de 14 de enero de 2010 (RJ 2010, 2323)¹²⁴. La sentencia (del Pleno) afirma que “Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en

¹²¹ Así lo entiende DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., p. 3414. Similar opinión sostienen BENAVENTE MOREDA, P.: “Comentario a la Sentencia de 20 de mayo de 1993”, cit., p. 816; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, cit., p. 1334; y RAMS ALBESA, J. J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, cit., pp. 110-112.

¹²² V. *infra* II.2.4 y II.6.2.

¹²³ Así lo ponen de relieve DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., p. 3414; MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: “Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición”, cit., p. 2326; y MORALEJO IMBERNÓN, N.: “La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial”, cit., p. 109. GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, cit., p. 80, matiza esta postura, al entender que el derecho de uso no concede un poder inmediato sobre la vivienda que se despliegue de forma absoluta, “ya que únicamente confiere la facultad de aprovechamiento”.

¹²⁴ Cuya doctrina, que exponemos, se reproduce en las posteriores SSTS núm. 584/2010, de 8 de octubre (RJ 2010, 7445); núm. 772/2010, de 22 de noviembre (RJ 2011, 936); núm. 178/2011, de 18 de marzo (RJ 2011, 935); núm. 78/2012, de 27 de febrero (RJ 2012, 3383); y núm. 118/2015, de 6 de marzo (RJ 2015, 1104).

su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad”.

La doctrina emanada de la sentencia parece, de algún modo, querer privar al derecho de uso de su contenido interno, al equipararlo a una mera facultad de oposición a la eventual enajenación del inmueble llevada a cabo por el cónyuge propietario de la misma, sin consentimiento del titular del derecho de uso (o sin autorización judicial)¹²⁵. Ciertamente es que el derecho de uso concedido por sentencia judicial implica que el cónyuge titular no pueda disponer de la vivienda, pero, junto a ello, el derecho de uso se compone de una vertiente positiva, cual es la de facultarle para usar, de forma temporal y provisional, la vivienda¹²⁶ (que ya, de por sí, representa un importante sacrificio patrimonial para el cónyuge titular de la vivienda, que se viene a sumar a la restricción consistente en no poder disponer de ella).

Por tanto, desde este aspecto interno, el derecho tiene una doble vertiente:

a) positiva, que se traduce en la facultad para usar de la vivienda de forma temporal y provisional; y

¹²⁵ Tal doctrina tiene su origen en la RDGRN de 10 de octubre de 2008 (RJ 2009, 634), según la cual “siendo el contenido del derecho de uso el de contar con el consentimiento de su titular para la enajenación de la vivienda, no es precisa su expresión cuando corresponde al mismo cónyuge que es titular exclusivo de dicha vivienda, ya que en ningún caso se podrá proceder a la enajenación sin su consentimiento”.

También se había referido principalmente a ese contenido, anteriormente, la RDGRN de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7680), al aseverar que “Respecto a la inscribibilidad de la atribución de la vivienda al cónyuge que no es propietario, es algo indiscutible, pues, sin necesidad de entrar en si tal uso y disfrute es o no un derecho real, en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario (cfr. artículo 90 del Código Civil) que produce efectos «erga omnes», por lo que debe tener acceso al Registro, ya que, de no tenerlo, una afirmación falsa del propietario disponente podría dar lugar a la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que haría perder tal uso al cónyuge a quien se hubiera atribuido”.

¹²⁶ Así lo han esclarecido posteriores resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, complementando el contenido del derecho de uso que habían establecido inicialmente (como una mera limitación de la facultad de disponer de la vivienda por el cónyuge titular de la misma). De esta forma, las RRDGRN de 14 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3006); núm. 8775/2013, de 9 de julio (RJ 2013, 6668); núm. 12221/2014, de 24 de octubre 2014 (RJ 2014, 6107); y núm. 2692/2015, de 20 de febrero (RJ 2015, 1226), entienden que el derecho de uso se compone de “un haz de facultades”, integrado básicamente “por una facultad de ocupación provisional y temporal [...], y por el poder de limitar el ejercicio de las facultades dispositivas por parte del cónyuge (ex cónyuge) titular del dominio”.

b) negativa, que significa que el titular del derecho de uso se puede oponer a la enajenación de la vivienda realizada por el cónyuge propietario de la misma, sin haber recabado primero el consentimiento de aquél¹²⁷.

Junto a este aspecto interno, también concurre en el derecho de uso de la vivienda familiar el aspecto externo (esto es, el elemento dinámico: la garantía jurídica de aquél contenido económico), que consiste en la oponibilidad natural a terceros no amparados en el art. 34.I¹²⁸ de la Ley Hipotecaria (L.H., en adelante), sin necesidad de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Por otro lado, sólo considerando que estamos ante un derecho real puede explicarse la posibilidad de su inscripción en el Registro de la Propiedad, al amparo de los arts. 1.I L.H. y 7 del Reglamento Hipotecario (R.H., en adelante), y añadir, así, a su oponibilidad natural la que resulta de la publicidad registral, evitando el riesgo de que el titular del derecho no pueda oponerlo a un tercer adquirente protegido por el art. 34 L.H.¹²⁹. En cualquier caso, más adelante volveremos con más precisión y detalle sobre esta cuestión, matizando lo dicho (ver *infra* II.6.1).

¹²⁷ En contra, DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., p. 3414; para quien la facultad de que dispone el cónyuge titular del derecho de uso, para oponerse a la venta de la vivienda realizada sin su consentimiento, “no forma parte del contenido del derecho, sino que es externa al mismo, presuponiendo su existencia como un hecho previo: se le otorga al titular del derecho de uso como un mecanismo (no exclusivo) para proteger la necesidad de habitación de los hijos encomendados a su cuidado (o, en defecto de hijos, la suya propia). Digo que no es un mecanismo de protección exclusivo, porque el no ejercicio de la acción de anulación no implica la extinción del derecho de uso, que persistirá frente a terceros adquirentes no amparados por la fe pública registral”.

¹²⁸ Precepto que consagra el principio de la buena fe registral al establecer que “El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro”.

¹²⁹ Ya alertó de este riesgo la RDGRN de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7680), al señalar que el derecho de uso “debe tener acceso al Registro, ya que, de no tenerlo, una afirmación falsa del propietario disponente podría dar lugar a la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que haría perder tal uso al cónyuge a quien se hubiera atribuido”.

1.2. El derecho de uso de la vivienda familiar con base en un derecho personal.

El caso analizado en el apartado anterior es el supuesto prototípico por excelencia. Como hemos apuntado, el derecho de uso se configura como un derecho real, al tener origen en un derecho real como es el de propiedad. Sin embargo, existen otros supuestos, en los que el título por el que los cónyuges ocupaban la vivienda no era el de propiedad, sino otro distinto. Además, puede ser que el derecho primitivo de ocupación fuera, no un derecho real, sino un derecho personal. El caso del que nos vamos a ocupar aquí, por ser el más frecuente (y problemático en la práctica), es el del arrendamiento.

1.2.1. El derecho de uso con origen en un contrato de arrendamiento.

El art. 96.I CC parte, como ya hemos tenido ocasión de exponer, de la premisa de que la vivienda es común o privativa de uno de los cónyuges. La redacción del precepto, dada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, ha sido criticada por la doctrina¹³⁰, incapaz de entender como en aquella época el legislador no hizo referencia a un fenómeno que, en absoluto, resultaba extraño o aislado: el arrendamiento de vivienda.

Fenómeno que, en nuestros días, y dada la dificultad existente para acceder a una vivienda en propiedad, ha sido utilizado, no sólo por cónyuges que no pueden permitirse adquirir una vivienda, sino también por parejas de hecho, e, incluso, por jóvenes que buscan la independencia respecto de sus familias¹³¹.

¹³⁰ Entre otros, v. CERVANTES GÓMEZ-ANGULO, L.: “Inoponibilidad del derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar atribuido por resolución judicial frente a terceros propietarios. Acción de desahucio por precario”, cit., p. 5; DE LA PUENTE DE ALFARO, F.: “La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución”, cit., p. 2371; FÉLIX BALLESTA, M^a. Á.: “Asignación de la vivienda familiar en supuestos de nulidad, separación y divorcio”, cit., pp. 192-193; o LUCINI CASALES, Á.: “La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado”, cit., p. 102.

¹³¹ Con la intención de dinamizar el alquiler de viviendas, se promulgó la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, que, entre otras

Lo que se trata de ver aquí es qué naturaleza tiene el derecho uso cuando el derecho primitivo de ocupación es un derecho de arrendamiento, clasificado tradicionalmente como un derecho personal; el cual, no obstante, tiene cierta eficacia real, al ser inscribible en el Registro de la Propiedad¹³², obligando de este modo al adquirente de la finca a respetarlo¹³³.

La conclusión a la que hay que llegar es que, en estos casos, el derecho de uso no tendrá carácter real¹³⁴, solución que se sustenta en los siguientes razonamientos:

a) la carga que impone el derecho de uso de la vivienda al cónyuge propietario o copropietario de la vivienda se explica recurriendo al principio de solidaridad familiar, de modo que, al tiempo de ser una carga, tiene por objeto satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos de aquél;

b) fuera de los casos anteriores (por tener el derecho de uso que se concede una base distinta al derecho real de propiedad), no parece posible convertir al titular de dicho derecho de uso en titular de un derecho real oponible a terceros, entre ellos,

medidas, modificó el art. 15 L.A.U., relativo a la “Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario”.

¹³² Así lo prevé el art. 2.5º L.H., al declarar inscribibles en el Registro “Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarrendos, cesiones y subrogaciones de los mismos”.

¹³³ Dice, a este respecto el art. 7.2 L.A.U., que “En todo caso, para que los arrendamientos concertados sobre fincas urbanas, surtan efecto frente a terceros que hayan inscrito su derecho, dichos arrendamientos deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad”.

Además, hay que tener en cuenta a este respecto lo que establecen los arts. 10.2 L.A.U. (“Una vez inscrito el contrato de arrendamiento, el derecho de prórroga establecido en el artículo 9, así como la prórroga de un año a la que se refiere el apartado anterior, se impondrán en relación a terceros adquirentes que reúnan las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria”), y 14.1 (“El adquirente de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad, arrendada como vivienda en todo o en parte, que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sólo quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador si el arrendamiento se hallase inscrito, [...] con anterioridad a la transmisión de la finca”).

¹³⁴ Como se verá enseguida, el problema que se plantea en estos casos consiste en dilucidar si el derecho de uso de la vivienda familiar arrendada se instrumenta a través de una mera cesión del uso de aquélla o, en cambio, a través de una subrogación en el contrato de arrendamiento (*ex art. 8 L.A.U.*).

especialmente, al propietario de la vivienda¹³⁵ (sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 15.2 L.A.U.¹³⁶).

La conjunción de ambas razones lleva a concluir la imposibilidad de inscribir el derecho de uso que derive de un derecho personal como es el arrendamiento. De llegar a una solución distinta, esto es, admitir que el derecho de uso es un derecho real, con eficacia real, en todas las situaciones posibles (incluida la aquí contemplada), se estarían produciendo problemas teórico-prácticos de diverso orden.

En primer lugar, se atacaría directamente al contenido esencial de un derecho constitucionalmente protegido como es el derecho de propiedad, reconocido en el art. 33.1 CE.

Junto a ello, en la práctica se produciría un efecto perverso, distante desde luego de los objetivos gubernamentales de promoción del alquiler de viviendas vacías o desocupadas: si el propietario sabe que, en virtud de un derecho de uso, no va a poder usar la vivienda durante un tiempo que puede ser más o menos prolongado, no va a tener incentivos para arrendarla.

Y, en el caso de que la arrendase, quedaría vacío de contenido el art. 9.3 L.A.U., que faculta al propietario a no soportar la prórroga obligatoria del contrato si, “transcurrido el primer año de duración del mismo, el arrendador comunica al arrendatario que tiene necesidad de la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial”.

¹³⁵ DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., p. 3415.

¹³⁶ Según el cual “La voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda”.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la teorización sobre si el derecho de uso que tiene su origen en un derecho personal (como es el derecho de arrendamiento) puede inscribirse o no, no tiene excesiva trascendencia práctica, pues, inscrito el arrendamiento en el Registro de la Propiedad, ya resulta oponible a terceros, y, precisamente, el arrendamiento faculta a usar de la vivienda arrendada. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, sobrevenida una de las causas de extinción del contrato de arrendamiento, se extinguirá también el derecho de uso, cuya suerte va indisolublemente ligada a la de aquél.

1.2.2. La adjudicación del uso de la vivienda familiar al cónyuge no arrendatario.

El problema más frecuente que tiene lugar en la práctica forense en este supuesto es el de que se atribuya el uso al cónyuge que no consta en el contrato de arrendamiento, es decir, al cónyuge que no suscribió dicho contrato. Ya bajo la vigencia de la antigua L.A.U. 1964, se planteó la cuestión de saber si la atribución del uso de la vivienda familiar arrendada al cónyuge no arrendatario consistía en una mera cesión del uso de la vivienda, o si, por el contrario, existía una auténtica subrogación en el contrato de arrendamiento¹³⁷.

Lo cierto es que decantarse por una u otra opción no es una disquisición meramente teórica, pues, como se ha apuntado, existen distintas cuestiones que varían en función de la opción que se elija; por ejemplo, saber quién tiene que abonar la renta, a quién puede dirigirse el arrendador en caso de incumplimiento del contrato, quién puede ejercitar el derecho de tanteo o retracto en caso de que el arrendador quisiera enajenar la vivienda, etc¹³⁸.

¹³⁷ MORALEJO IMBERNÓN, N.: “La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial”, cit., p. 112, pone de manifiesto los esfuerzos que realizó la doctrina por tratar de compatibilizar la atribución judicial del uso de la vivienda arrendada al cónyuge no arrendatario con las disposiciones especiales de la L.A.U. 1964.

¹³⁸ COLÁS ESCANDÓN, A: “La vivienda familiar en alquiler y el art. 15 de la LAU”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 13/2003, p. 5 (versión del artículo extraída de Aranzadi Insignis; BIB 2003/1292); y MORENO VELASCO, V.: “La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada en procedimientos de separación, nulidad y divorcio: aplicación práctica del art. 15 LAU”, *Diario La Ley*, Año XXVII, núm. 6562, Sección Doctrina, 3 de octubre de 2006, p. 3 (versión del artículo en pdf).

La L.A.U. actual tuvo la oportunidad de aclarar la cuestión y acabar con la polémica doctrinal y jurisprudencial suscitada¹³⁹, si bien, al final, la redacción original del precepto (art. 15.1¹⁴⁰) únicamente señalaba que “el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida”, con lo cual se mantuvo la discusión entre los partidarios de la tesis de la mera cesión del uso de la vivienda¹⁴¹ y aquellos que consideraban que se producía una subrogación en la

¹³⁹ Lo cual estuvo a punto de suceder, pues los Proyectos de Ley con los que se trabajaba previamente a la aprobación de la L.A.U. otorgaban al cónyuge del titular arrendatario idéntica condición.

Así, por ejemplo, el art. 13.1 del Proyecto de Ley de 30 de diciembre de 1992 disponía que “En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge del arrendatario adquirirá también dicha condición por ministerio de la ley, cuando le corresponda el uso de la vivienda arrendada, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil”.

Por su parte, el art. 15.1 del Proyecto de Ley de 21 de febrero de 1994 afirmaba que “En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario adquirirá también y de forma solidaria dicha condición por ministerio de la ley, cuando le corresponda el uso de la vivienda arrendada, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil”.

¹⁴⁰ “En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil”.

¹⁴¹ El argumento principal usado por quienes sostienen esta tesis es que la redacción originaria del art. 15.1 hablaba únicamente de “podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada”, y no, en cambio, de cotitularidad o de subrogación; habida cuenta que el legislador podía haberlo hecho (y así iban encaminados los Proyectos de Ley previos a la aprobación del texto definitivo), igual que lo hizo de modo expreso cuando quiso hablar, por ejemplo, de la subrogación por causa de muerte (art. 16 L.A.U.).

Junto a ello, y para rebatir el argumento de la desprotección en que quedaría el cónyuge del arrendatario en ciertos supuestos (desistimiento del contrato, falta de renovación cuando finalice el plazo pactado, no ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en caso de enajenación de la vivienda, etc.), los partidarios de esta tesis entienden que:

a) no se vería perjudicado el cónyuge del arrendatario en caso de desistimiento del contrato o de no renovación del mismo por el titular, puesto que podría acogerse a la posibilidad contemplada en el art. 12.1 L.A.U., que le permite continuar en el arrendamiento si no ha consentido el desistimiento o la no renovación;

b) en cuanto al supuesto de enajenación de la vivienda, es cierto que no se van a poder ejercer los derechos de tanteo o retracto, pero ello no afecta a la suerte del arrendamiento, que debe ser soportado por el nuevo adquirente en los términos previstos en el art. 14 L.A.U.;

c) hay que tener en cuenta que la atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los supuestos de separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario afecta únicamente al uso de aquella, pero no a la titularidad del contrato primitivo (en este caso, de arrendamiento) del que derive el uso que se venía haciendo de la vivienda constante el matrimonio.

Un último argumento que nos parece interesante es el siguiente. Si en el caso prototípico, de vivienda propiedad de ambos cónyuges o privativa del cónyuge al que no se atribuye el uso, nadie se plantea una transmisión de la propiedad, ¿por qué tratar de forma distinta el supuesto en el que la vivienda fuese arrendada?

En esta línea se pronuncian, entre otros (y sin perjuicio de que alguno de ellos pueda entender que la solución legal no sea óptima), BENAVENTE MOREDA, P.: “Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar por sentencia de separación, nulidad o divorcio al cónyuge no titular del derecho arrendaticio sobre la misma”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLI, fasc. 3, 1988, pp. 874 y ss.;

titularidad del contrato (es decir, una auténtica cesión contractual¹⁴²); sin olvidar el supuesto, promovido en su día por el Tribunal Constitucional, de que ambos cónyuges son cotitulares por estar la vivienda destinada al uso de hogar familiar¹⁴³, tesis puesta en entredicho posteriormente por el Tribunal Supremo¹⁴⁴.

CARRASCO PERERA, Á.: “Comentario al Artículo 15: Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Aranzadi, 3ª ed., Elcano, 2002, p. 356; COLÁS ESCANDÓN, A.: “La vivienda familiar en alquiler y el art. 15 de la LAU”, cit., pp. 26-27 (versión del artículo extraída de Aranzadi Insignis; BIB 2003/1292); IBARRA SÁNCHEZ, J. L.: “La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada, efectuada por resolución judicial conforme al art. 15 LAU-1994 tras la Ley 4/2013, de 4 de junio”, *Actualidad Civil*, Sección “A Fondo”, núm. 11, 2014, p. 5 (versión del artículo en pdf); MORENO VELASCO, V.: “La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada en procedimientos de separación, nulidad y divorcio: aplicación práctica del art. 15 LAU”, cit., pp. 5-8 (versión del artículo en pdf); PASQUAU LIAÑO, M.: “Comentario al Artículo 15: Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario”, en DÍEZ NÚÑEZ, J. J. (dir.): *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Consejo General del Poder Judicial, Manuales de Formación Continuada, núm. 40, Madrid, 2007, pp. 366-367; PLANES MORENO, Mª. D.: “La vivienda familiar”, cit., pp. 981-982; o SANTOS MARTÍNEZ, A. M.: “Efectos de la atribución de la vivienda familiar arrendada en las crisis matrimoniales”, *Actualidad Civil*, Sección “A Fondo”, núm. 15-16, 2012, pp. 1571 y ss.

¹⁴² Los partidarios de esta tesis también tienen argumentos sólidos a los que aferrarse. El primero de ellos es la literalidad de la Exposición de Motivos de la L.A.U. 1994, en concreto cuando dice “En relación con las subrogaciones *inter vivos*, sólo se reconoce su existencia previo consentimiento escrito del arrendador” (apartado 2).

Otro argumento tiene como base el propio contenido del derecho de arrendamiento, que tiene por objeto el uso de una cosa por un tiempo determinado a cambio de un precio cierto (art. 1543 CC). Desde esta perspectiva, se sostiene que si no se va a poder usar de la vivienda arrendada, no tiene sentido mantener el contrato a nombre del cónyuge que ha perdido el uso de la vivienda por resolución judicial.

Asimismo, se ha dicho que, de no atribuir la condición de arrendatario al cónyuge al que se atribuye el uso de la vivienda arrendada, podría el cónyuge titular del contrato de arrendamiento perjudicar a aquél, desistiendo del mismo, no procediendo a prorrogarlo, no cumpliendo con las obligaciones que le incumben (en especial, el pago de la renta), o, en fin, no ejercitando los derechos de tanteo o retracto en caso de enajenación de la vivienda por el arrendador.

Son partidarios de esta opción, entre otros, ALAMILLO SANZ, F. J.: “Las crisis matrimoniales y la adjudicación en exclusiva de la vivienda familiar al cónyuge no arrendatario”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 1985, pp. 990-995; ELORRIAGA DE BONIS, F.: *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 532; GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: “Comentario al Artículo 15: Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario”, en GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dir.): *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Lex Nova, Valladolid, 1994, pp. 192-193; LOSCERTALES FUERTES, D.: *Arrendamientos urbanos (Edición adaptada a Ley 1/2000 y Ley 23/2003)*, Sepín, 4ª ed., Madrid, 2004, pp. 237-238; QUESADA GONZÁLEZ, Mª. C.: *La vivienda familiar arrendada*, Cedecs, Barcelona, 1998, p. 192; RODRÍGUEZ CEPEDA, E.: “Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario”, en PAU PEDRÓN, A. (coord.): *El nuevo arrendamiento urbano. Régimen civil y registral*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996, pp. 136 y ss.; y VENDRELL FERRER, E.: “La vivienda familiar y su protección. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de octubre de 1986”, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1987, p. 1003.

¹⁴³ La STC núm. 135/1986, de 31 de octubre (RTC 1986, 135), afirmó que “Es evidente que en el caso presente no se puede negar a la que recurre esa atribución y relación con la cosa, es decir, su derecho a la posesión arrendaticia adquirido mediante contrato suscrito por su marido (alquiler de vivienda para uso familiar), el cual, aunque fuera el único firmante del contrato, no por eso puede

ostentar la exclusiva ni de la titularidad, ni de la posesión, obviamente posesión común o coposesión (posesión indivisa admitida por el artículo 445 del Código Civil)”. Añade el Tribunal Constitucional que “el art. 96 del Código Civil ha creado un litis consorcio pasivo necesario al equiparar al cónyuge no titular (no firmante) del contrato de arrendamiento con el suscriptor del mismo, considerando a ambos en la misma situación jurídica contractual. La consecuencia procesal es, pues, la necesidad de traer a juicio a los dos para evitar que, ausente uno, pueda éste verse afectado sustancialmente en su derecho material (aquí la posesión arrendaticia) por la sentencia dictada contra el otro, con eficacia de cosa juzgada, es decir, con indefensión insubsanable. De ahí, para impedirlo, que la doctrina jurisprudencial haya determinado el deber de apreciar «ex officio» la no llamada al juicio del litisconsorte y declarar mal formada la relación jurídica procesal, sin entrar en el fondo del asunto”.

La doctrina emanada de la sentencia viene a decir que, aun firmado el contrato de arrendamiento por uno solo de los cónyuges, si el destino de la vivienda arrendada es servir como vivienda familiar, ello implica la cotitularidad del arrendamiento por parte de ambos cónyuges.

En cualquier caso, la sentencia, aun siendo citada por muchas que resolvían este tipo de supuestos, ha sido interpretada de forma muy diversa por la jurisprudencia menor, lo que no ha contribuido a la solución del problema.

¹⁴⁴ El Tribunal Supremo, ante la vacilante jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en relación a la cuestión de la cotitularidad, desacreditó esta tesis en su STS núm. 220/2009, de 3 de abril (RJ 2009, 2806). En efecto, una parte de la jurisprudencia menor, siguiendo la doctrina contenida en la STC núm. 135/1986, de 31 de octubre (RTC 1986, 135), consideraba que, aunque el contrato de arrendamiento, celebrado constante matrimonio, fuera suscrito por uno solo de los cónyuges (en la mayor parte de los casos, el esposo), ambos eran cotitulares, por la finalidad a la que se destinaba la vivienda arrendada: servir de vivienda familiar.

Sin embargo, el Supremo, en la sentencia citada, relativa a un caso distinto de los aquí examinados, pero igualmente válido a la hora de extrapolar las conclusiones, fijó como doctrina jurisprudencial la siguiente: “el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento”.

En el supuesto, la viuda del arrendatario no había comunicado a la propietaria del piso la muerte de su marido, entendiéndola que aquella no podía seguir ocupando el piso por faltar los requisitos de la subrogación *mortis causa* previstos en el art. 16 L.A.U. La viuda, sin embargo, entendía que, habiéndose celebrado el arrendamiento constante matrimonio, se trataba de un bien ganancial y, en consecuencia, no hacía falta la subrogación.

El Supremo resolvió el caso apoyándose en los siguientes argumentos:

1º Los contratos producen efectos entre las partes contratantes y sus herederos y por ello, las posiciones contractuales de cada uno de los cónyuges en los contratos de arrendamiento que hayan concluido no forman parte de la sociedad de gananciales, porque, además, se trata de derechos personales.

2º El derecho a la subrogación por causa de muerte forma parte del contenido del contrato de arrendamiento, que es independiente del régimen de bienes que ostente el titular de la posición de arrendatario.

3º La persona que tiene derecho a subrogarse de acuerdo en la posición del arrendatario es la que está determinada en la Legislación especial reguladora de este tipo de contrato, por lo que debe cumplir los requisitos establecidos en el art 16 LAU, aplicable en este caso en virtud de lo dispuesto en la DT 2.B) LAU”.

V. en el mismo sentido las posteriores SSTS núm. 78/2010, de 10 de marzo (RJ 2010, 2335); núm. 333/2010, de 10 de junio (RJ 2010, 5387); núm. 498/2010, de 9 de julio (RJ 2010, 6031); núm. 753/2010, de 22 de noviembre (RJ 2010, 7989); núm. 206/2011, de 24 de marzo (RJ 2011, 3007); núm. 343/2012, de 30 de mayo (RJ 2012, 8352); núm. 247/2013, de 22 de abril (RJ 2013, 3495); o núm. 614/2013, de 22 de octubre (RJ 2013, 6993).

EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

En la actualidad, la nueva redacción del precepto¹⁴⁵ dispone que “En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil que resulte de aplicación. El cónyuge a quien se haya atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, pasará a ser el titular del contrato”¹⁴⁶.

Se observa que el precepto se decanta por especificar claramente la suerte que sigue el contrato de arrendamiento¹⁴⁷: adjudicado el derecho de uso de la vivienda familiar arrendada al cónyuge no arrendatario, éste pasará a ser el titular del contrato (esto es, habrá una subrogación¹⁴⁸), cuando el uso se le atribuya “de forma permanente” o “en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento”.

¹⁴⁵ Redacción dada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas.

¹⁴⁶ Como pone de manifiesto BLANCO CARRASCO, M.: *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*, Editorial Reus, Colección Jurídica General: Monografías, Madrid, 2014, p. 121, la norma tiene carácter imperativo, lo que impediría un pacto entre el arrendatario y el arrendador para excluir la continuidad en el uso de la vivienda pasados los tres primeros años del contrato.

¹⁴⁷ Hay que tener en cuenta que esto únicamente será válido para los contratos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas (es decir, para los celebrados después del 6 de junio de 2013), por imperativo de la Disposición Transitoria Primera de dicha ley, que dispone que “Los contratos de arrendamiento sometidos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación”, sin perjuicio de que “cuando las partes lo acuerden y no resulte contrario a las previsiones legales, los contratos preexistentes podrán adaptarse al régimen jurídico establecido en esta Ley”.

ACHÓN BRUNÉN, M^a. J.: “La duración de los contratos de arrendamiento de vivienda y el régimen de prórroga forzosa tras la Ley 4/2013”, *Práctica de Tribunales*, núm. 109, julio-agosto 2014, pp. 6 y ss.; e IBARRA SÁNCHEZ, J. L.: “La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada, efectuada por resolución judicial conforme al art. 15 LAU-1994 tras la Ley 4/2013, de 4 de junio”, cit., p. 7 (versión del artículo en pdf), critican este distinto tratamiento legal en función de la fecha de celebración del contrato de arrendamiento.

¹⁴⁸ Como efectivamente señala CARRASCO PERERA, Á.: “Comentario al Artículo 15: Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Thomson Reuters Aranzadi, 6^a ed., Cizur Menor, 2013, p. 519, la nueva redacción del precepto viene, pues, a “saldar una duda cuya solución soslayaba el texto anterior”, de forma que ahora “Definitivamente queda claro que el cónyuge atributivo del uso de la vivienda conyugal familiar en situaciones de crisis adquiere (previa manifestación) la condición de arrendatario subrogado de la vivienda arrendada”.

La solución, por tanto, evita los problemas prácticos que pueden darse de continuar siendo titular del arrendamiento el cónyuge al que no se atribuye la vivienda. Así se advierte claramente, al tratar de salvar el legislador el escollo de no renovación del contrato por su titular una vez finalizado el plazo pactado, produciéndose el cambio de titularidad cuando la vivienda se hubiera atribuido al cónyuge no arrendatario de forma permanente o en un plazo superior al plazo que restase para el vencimiento del contrato¹⁴⁹.

Sin embargo, la voluntad del legislador parece ser la de producir el cambio de titularidad exclusivamente en los supuestos en que existiese riesgo de no renovación, de forma que cuando la atribución del uso de la vivienda arrendada se haga por un periodo inferior al periodo que resta para la finalización del contrato de arrendamiento, únicamente tendrá lugar una mera cesión del uso de la vivienda arrendada, y no, en cambio, una subrogación contractual¹⁵⁰.

Junto a lo ya dicho, el alcance de la reforma presenta, al menos desde un punto de vista teórico, otro interrogante de difícil solución. Y es que, al subordinar el nuevo art. 15.2 L.A.U. la producción del efecto subrogatorio a la notificación perentoria del mismo al arrendador¹⁵¹, se plantea la duda de si el efecto subrogatorio opera *ope legis* o

¹⁴⁹ Esta norma supone una excepción al principio de relatividad de los contratos consagrado en el art. 1257 CC, imponiéndole al arrendador un nuevo arrendatario con independencia de su voluntad. Toda vez resultar necesaria una norma de este calado, que clarificara la situación en la que quedaba el cónyuge no arrendatario en caso de nulidad, separación o divorcio, no parece que la solución elegida pueda cumplir los objetivos de la ley que, no olvidemos, pretende promocionar, flexibilizar y dinamizar el mercado de alquiler de viviendas. Algo difícil de llevar a cabo si, los propietarios que optan por ofertar en alquiler sus pisos, corren el riesgo de, en algún momento, tener que soportar arrendatarios impuestos contra (o con independencia de) su voluntad.

¹⁵⁰ Para IBARRA SÁNCHEZ, J. L.: “La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada, efectuada por resolución judicial conforme al art. 15 LAU-1994 tras la Ley 4/2013, de 4 de junio”, cit., p. 6 (versión del artículo en pdf), “en el nuevo art. 15 LAU-1994 la atribución del uso y la subrogación subjetiva en el contrato de alquiler en la posición de arrendatario no resultan ya ser conceptos jurídicos antagónicos sino alternativos. Puede darse uno u otro dependiendo de las características de la atribución que se efectúe por el Juez de familia con o sin acuerdo de las partes pues dentro de los dos supuestos comentados habrá subrogación y fuera de ellos, mera atribución del uso y convivencia del usuario no arrendatario con un arrendatario-no usuario que va a continuar siéndolo”.

¹⁵¹ “La voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda”.

es un mero derecho potestativo del cónyuge usuario¹⁵². A este respecto, se ha apuntado que no se trata de un arrendamiento forzoso, pero, al mismo tiempo, el art. 15 L.A.U. no ofrece otras alternativas distintas a la de arrendatario para mantenerse en el uso de la vivienda¹⁵³.

Como colofón a todo lo anterior, baste decir que, desde luego era necesaria, ya hace tiempo, la reforma del régimen, que ha contribuido a clarificar la situación en la que queda el cónyuge no arrendatario; ahora bien, puestos a reformar, no entendemos la dualidad de regímenes que establece el legislador según sea el periodo por el que se atribuye el uso de la vivienda familiar arrendada mayor o menor que el periodo que resta para que venza el contrato. A buen seguro que esta dualidad tendrá su reflejo en una jurisprudencia igualmente oscilante, una vez empiecen a producirse los primeros litigios en contratos de arrendamiento vigentes al amparo del nuevo art. 15.1 L.A.U.

1.2.3. El arrendamiento por razón del cargo como límite a la atribución del uso de la vivienda arrendada al cónyuge no arrendatario.

En determinados supuestos, la vivienda arrendada por el cónyuge arrendatario, aunque usada como vivienda familiar, tiene una importancia para el cónyuge arrendatario que trasciende del desarrollo de la convivencia conyugal.

Éste sería el caso, por ejemplo, de los porteros, de los conserjes, de ciertos representantes diplomáticos residentes en el extranjero o de los militares. Aquí, la vigencia del arrendamiento de la vivienda se encuentra vinculada a una relación laboral o funcional previa.

¹⁵² CARRASCO PERERA, Á.: “Comentario al Artículo 15: Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario”, cit. (6ª ed.), p. 531.

¹⁵³ Dice, así, CARRASCO PERERA, Á.: “Comentario al Artículo 15: Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario”, cit. (6ª ed.), p. 531, que “El cónyuge puede optar por no subrogarse, mas entonces pierde el derecho de uso frente al arrendador y puede ser desahuciado como precarista. El cónyuge atributivo no dispondrá, como en la legislación derogada, de un derecho a «continuar» en la posesión sin el apoyo en la subrogación. Es decir, si decide no adquirir la titularidad del contrato (basta no notificar este extremo) no conserva un derecho residual a seguir ocupando en concepto de precario, amparada en el título lejano de su excónyuge”.

La tesis de este autor es seguida también por BLANCO CARRASCO, M.: *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*, cit., p. 121.

La doctrina mayoritaria ha entendido, a este respecto, que, sobrevenida la crisis matrimonial, la vivienda únicamente puede ser atribuida al cónyuge empleado-arrendatario, sin que se pueda conceder, ni mediante convenio, ni mediante resolución judicial, un derecho de ocupación al cónyuge que no desempeña el cargo, pues el titular de la vivienda promovería un juicio de desahucio por no ocuparla la persona que desempeña el cargo. Se dice, en consecuencia, que la ocupación por el cónyuge que ostenta el cargo es personalísima¹⁵⁴. En cualquier caso, también existen autores que no descartan que, en determinados casos, se pueda atribuir el uso de la vivienda arrendada al cónyuge no arrendatario¹⁵⁵.

Junto a estos supuestos, puede ser también que en la vivienda familiar arrendada desarrolle el cónyuge arrendatario una actividad profesional liberal (pensemos por ejemplo en el médico que tiene su consulta privada en la vivienda, o en el arquitecto o abogado que tienen su estudio profesional allí), en cuyo caso, ésta podría verse mermada sensiblemente de atribuirse el uso de la vivienda al cónyuge no arrendatario. En efecto, si por razón de la ubicación céntrica de la vivienda, o por lo conocido de su ubicación, el cambio de vivienda le puede suponer al cónyuge arrendatario una disminución de ingresos, parece razonable buscar soluciones que sean satisfactorias para todas las partes, pues no hay que olvidar que el perjuicio económico que

¹⁵⁴ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales", cit., pp. 1335-1336. El autor diferencia, en este sentido, entre la vivienda "para desempeñar el cargo", como podría ser la de los conserjes o porteros, y la vivienda "por razón del cargo", como la del militar o el Presidente de la Audiencia.

V. en el mismo sentido ACHÓN BRUÑÉN, M^a. J.: "La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges", *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 28, 2006, p. 56; GABRIELLI, G.: "I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia", cit., p. 139; LETE DEL RÍO, J. M.: "Artículo 96 CC", en LACRUZ BERDEJO, J. L. (coord.): *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil*, Civitas, Madrid, 1982, p. 744; LUCINI CASALES, Á.: "La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado", cit., p. 104; y PLANES MORENO, M^a. D.: "La vivienda familiar", cit., p. 986.

¹⁵⁵ Por todos, VENTOSO ESCRIBANO, A.: "Algunos problemas registrales y notariales en las situaciones de conflicto del matrimonio", en AA.VV.: *Actos conmemorativos del cincuentenario del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1986, p. 142.

experimente el cónyuge arrendatario puede ir en detrimento de su contribución a la eventual pensión compensatoria o de alimentos¹⁵⁶.

La primera de ellas sería, en la medida de lo posible, y siempre y cuando sea consentido por el propietario del piso, la realización de obras¹⁵⁷ que aíslen el estudio del resto de la vivienda familiar arrendada. Ello, sin embargo, no será posible en muchos casos, bien por imposibilidad física de la vivienda, bien por negativa del propietario del piso a la realización de tales obras. La siguiente opción sería mantener en la vivienda al cónyuge arrendatario, haciendo valer el argumento de que, cuanto mayores sean los ingresos de éste, mejor cubiertas quedarán las necesidades de la familia, pues su contribución a las cargas del matrimonio será tanto mayor cuanto mayor sea la salud económica de la que goce¹⁵⁸.

Como se observa, en estos casos, se trata de mantener en el uso del domicilio conyugal al cónyuge especialmente interesado por razón de su cargo, profesión u oficio. Ahora bien, hay que advertir que, en los casos en que se hubiese otorgado la guardia y custodia de los hijos al otro cónyuge, los intereses de éstos podrían verse perjudicados, en caso de no disponer aquél de una vivienda alternativa. Una de las soluciones a esta situación pasaría, desde luego, por atribuir en estos casos la guardia y custodia de los hijos al cónyuge arrendatario, tal y como ha apuntado algún autor¹⁵⁹.

1.3. El derecho de uso de la vivienda familiar derivado de una situación de precario.

Una última posibilidad que se plantea es aquella en la que el derecho de uso de la vivienda familiar traiga causa de una situación de mera tolerancia del uso,

¹⁵⁶ Así, en el caso resuelto por la STS núm. 78/2012, de 27 de febrero (RJ 2012, 3383), se atribuyó el derecho de uso de la vivienda familiar al marido porque desempeñaba en ella su actividad profesional como abogado y los ingresos que obtenía eran los únicos de la familia, “por lo que un pronunciamiento distinto no haría más que contribuir a la inestabilidad y deterioro económico de la misma, con grave peligro para los cónyuges y, en particular, para su hijo menor”.

¹⁵⁷ El art. 23.1 L.A.U. permite esta posibilidad, si bien, para ello será necesario el consentimiento por escrito del arrendador.

¹⁵⁸ ALAMILLO SANZ, F. J.: “Las crisis matrimoniales y la adjudicación en exclusiva de la vivienda familiar al cónyuge no arrendatario”, cit., pp. 993-995.

¹⁵⁹ ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, M.: *Código Civil: Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I: Artículos 1 a 332, Trivium, 3ª ed., 1992, p. 716.

denominada precario¹⁶⁰. Generalmente, se trata de supuestos en que los padres ceden el uso de una vivienda a su hijo/a para que conviva en ella junto a su cónyuge e hijos, surgiendo el problema una vez se produce la crisis matrimonial y el uso de la vivienda no es atribuido al hijo, sino al otro cónyuge¹⁶¹. La práctica, nada infrecuente, se ha

¹⁶⁰ Al precario se refería ya la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en su art. 1565.3º, según el cual “Procederá el desahucio y podrá dirigirse la demanda [...] Contra cualquiera otra persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced, siempre que fuere requerida con un mes de anticipación para que la desocupe”.

En la actual Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se ocupa del juicio de desahucio por precario el art. 250.1.2º, según el cual, se decidirán en juicio verbal las demandas “que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca”.

Por su parte, y en lo que se refiere al concepto, para la STS de 30 de octubre de 1986 (RJ 1986, 6017), merece el calificativo de precario “una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho”.

En fin, la doctrina ha entendido que, aunque el precepto hable de “comodato”, el concepto de precario viene recogido en el art. 1750.I CC, según el cual “Si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad”.

¹⁶¹ ACHÓN BRUÑÉN, Mª. J.: “La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges”, cit., p. 83; ALONSO SAURA, P. y CARRILLO VINADER, F. J.: “Comentarios a la jurisprudencia sobre los efectos frente a terceros de la atribución del uso de la vivienda en procesos de familia. Especial consideración del desahucio por precario”, *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 44, 2010, p. 96; BELLO JANEIRO, D.: “Comentario a la STS de 18 de octubre de 1994”, *CCJC*, núm. 37, 1995, p. 335; BENETTI GENOLINI, M. U. y FRANCIOLI, L.: *Separazione e divorzio. Figli, coniugi e casa coniugale. Provvedimenti e tutela*, cit., p. 201; CREMADES GARCÍA, P.: “Uso de la vivienda familiar por cesión gratuita de familiar cercano a uno de los progenitores”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, núm. 3, enero 2008, p. 13; FERNÁNDEZ RAMALLO, P.: “Las consecuencias jurídicas de la atribución judicial del domicilio en los procedimientos matrimoniales”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, núm. 34, 2003, p. 71; LÓPEZ FRÍAS, A. Mª.: “El derecho de uso ex artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, 2012, p. 113 (nota al pie 3); MARÍN LÓPEZ, M. J.: “Comentario a la Sentencia de 2 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5587)”, *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 682-683; MORENO VELASCO, V.: “La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito”, *Diario La Ley*, Año XXVII, núm. 6503, Sección Doctrina, 13 de junio de 2006, p. 1 (versión del artículo en pdf); y PÉREZ UREÑA, A.: “Cesión gratuita de inmueble a familiares para su uso como vivienda familiar. Praxis judicial procesal y sustantiva”, *La Toga: Publicación del Colegio de Abogados de Sevilla*, núm. 165, agosto-octubre 2007, p. 14.

Este problema, evidentemente, no se produce cuando el uso de la vivienda se atribuye al hijo de quienes la ceden, pues, con la reivindicación de la misma, lo que se pretende es expulsar de ella no al propio hijo, sino a quien, habiendo sido cónyuge del hijo, ya no lo es (v. en este mismo sentido, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja. Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados*, cit., p. 934).

acrecentado en nuestro tiempo, debido, como se ha puesto de manifiesto¹⁶², al encarecimiento del mercado de vivienda, al difícil (y cada vez más tardío) acceso de los adultos jóvenes al mercado de trabajo (lo que, a su vez, dificulta la obtención de ingresos con los que se pueda adquirir una vivienda), y, cómo no, a la crisis económica mundial que viene afectando a España desde, aproximadamente, el año 2008.

En este caso, no existe título alguno para usar la vivienda, sino que estamos ante un uso tolerado. Por ello, se ha dicho que en estos supuestos, aun concurriendo el poder directo e inmediato sobre la cosa (la vivienda), es difícil apreciar la eficacia *erga omnes* que caracteriza a los derechos reales, en la medida en que falta el requisito de la formación en su creación¹⁶³.

Así las cosas, el juez no podrá crear un derecho de uso *ex novo*, sino que únicamente atribuirá el uso de la vivienda al cónyuge en cuya compañía queden los hijos, uso que, lógicamente, quedará subordinado a la eventual continuidad del precario tras la crisis matrimonial¹⁶⁴. En la jurisprudencia, diversas sentencias del Tribunal

¹⁶² BLANDINO GARRIDO, M^a. A.: “Donación de vivienda familiar que evita la atribución del uso al hijo menor y a la madre conviviente: falta de apreciación de oficio de la nulidad de la donación simulada. Comentario de la STS de 13 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1341)”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 34, mayo-agosto 2014, p. 403; SALAZAR BORT, S.: *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: amplio estudio jurisprudencial*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, p. 170; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja. Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados*, cit., pp. 933-934.

¹⁶³ CREMADES GARCÍA, P.: “Uso de la vivienda familiar por cesión gratuita de familiar cercano a uno de los progenitores”, cit., p. 18.

¹⁶⁴ Es muy claro en su exposición O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, cit., p. 1335, quien considera que en este caso el derecho de uso no es un “derecho subjetivo, real y autónomo”, sino que “tiene una posición subordinada al precario, sobre el cual se ha constituido. No se ha creado derecho nuevo, porque ningún derecho existía antes”. De esta forma, no habiendo título de ocupación (ni real ni personal), “el cónyuge a quien se le ha dado el derecho de ocupación continuará en la vivienda, pero sin más apoyo que aquel precario”, estando, por tanto, “sometido a que en cualquier momento cese el precario”; por su parte, el otro cónyuge, antes precarista, “quedará sin derecho alguno, pero tampoco antes lo tenía”.

V. también en este sentido DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., p. 3415.

Supremo han tenido ocasión de referirse a esta situación, señalando que la posesión en concepto de precario no es oponible al título de propiedad de la vivienda¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Así, la STS núm. 1199/1994, de 31 de diciembre (RJ 1994, 10330), afirmó que hay que tener en cuenta “la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí sólo proteger el que la familia ya tenía”. Añade el Supremo que “Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita ceder el uso de la vivienda”.

Esta sentencia resolvió un caso curioso. Los cónyuges vivían en una vivienda adquirida por el padre del esposo. Disuelto el matrimonio por divorcio, en el convenio regulador el esposo atribuye el uso de la vivienda a su esposa e hijos. Dos meses después de la sentencia de divorcio, fallece el padre, y al tiempo el hijo acepta la herencia, entre cuyos bienes se encontraba la vivienda familiar. Entretanto, la ex esposa había intentado, en repetidas ocasiones, anotar en el Registro de la Propiedad la atribución del uso de la vivienda familiar, siéndole denegada porque no figuraba inscrita a nombre del esposo. Posteriormente, el ex esposo vende la vivienda a una sociedad, que a su vez la hipoteca a favor de un banco en garantía de un préstamo. Ante estas actuaciones, la ex esposa interesa que se declare la nulidad de la venta y de la hipoteca constituida sobre ella. El Supremo, no obstante no acceder a la pretensiones de la ex esposa, establece la oponibilidad *erga omnes* de la decisión judicial que aprobó el convenio que atribuyó el uso a la esposa, “aunque no generadora de un derecho real”, precisando que “la situación posesoria, que en vida de éste [del padre del ex esposo] dependía sólo de su voluntad, pasa a depender de la decisión judicial, que protege a la familia en virtud de la aprobación del convenio, al amparo de los artículos 90 y 96 del Código Civil”, lo que no impide la enajenación compatible con el uso, una vez disuelto el matrimonio. Concluye el Supremo afirmando que “Serán, en su caso, los adquirentes los que valorarán la incidencia del uso atribuido en el consentimiento, por ellos prestado, en el contrato de adquisición”.

En el caso resuelto por la STS núm. 859/2009, de 14 de enero de 2010 (RJ 2010, 2323), los cónyuges vendieron una vivienda a una inmobiliaria, con anterioridad a la crisis matrimonial, y continuaron viviendo en ella. Sobrevenida la crisis matrimonial, la vivienda fue atribuida a la ex esposa en sentencia de divorcio. Posteriormente, la inmobiliaria vendió la vivienda, ejercitando dicha inmobiliaria y los compradores una acción reivindicatoria sobre aquélla. El Supremo, tras comenzar recordando que cuando se ocupa una vivienda en precario, en virtud de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario, “mediante la adjudicación del uso a uno de ellos [de los cónyuges] en aplicación del artículo 96 CC no se puede obtener frente a un tercero una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporcionaba a los cónyuges. De esto se sigue que el propietario puede recuperar la vivienda a su voluntad, aunque se haya atribuido judicialmente el uso a uno de los cónyuges, pues la decisión de poner fin a la situación de precario por parte del propietario de la vivienda no presupone acto alguno de disposición previo por parte del precarista”, concluye, en línea con la Audiencia, que la ocupación de la ex esposa era a título de simple precario, “porque habiendo probado el actor su título de propiedad, no ha quedado probado que la demandada ostentara ningún título que la legitimara para poseer más que a título de precario el inmueble aquí reivindicado”.

También observó la existencia de precario la STS núm. 299/2011, de 30 de abril (RJ 2011, 3724), por tratarse de una mera tolerancia del uso, liberalidad a cargo del padre del ex esposo que pretende con razón, disuelto el matrimonio, recuperar la posesión de la vivienda de la que es propietario.

En cambio, la STS núm. 861/2009, de 18 de enero de 2010 (RJ 2010, 1274), no consideró que existiera precario en un caso en el que la vivienda familiar era copropiedad del ex esposo y de una hermana suya, acordando éstos, en su día, que la vivienda sería utilizada como vivienda familiar por el primero. Luego, para el Supremo, la atribución del uso de la vivienda judicial no se basa en un precario, sino “en una copropiedad con uso convenido entre los copropietarios”.

De lo contrario, al igual que ocurría en el caso del arrendamiento (en el que se podría desincentivar la oferta de viviendas en alquiler si el derecho de uso pudiera ser oponible al propietario), de crear el juez de familia un derecho de uso que pudiera resultar oponible al progenitor del cónyuge que hubiera tolerado el uso de la vivienda, tal liberalidad se vería condicionada por este hecho en el futuro¹⁶⁶.

1.3.1. La difícil delimitación práctica del precario respecto del comodato.

A pesar de resultar lo anterior bastante pacífico, existe en este supuesto una problemática que complica la apreciación por los jueces de la situación de precario en ciertos casos. Este problema no es otro que su compleja distinción del contrato de comodato, el cual consiste, no en la mera tolerancia, sino en la cesión gratuita del uso de una cosa (art. 1741 CC), en este caso la vivienda familiar. El comodato está configurado por el Código Civil como un contrato por el cual una persona cede a otra gratuitamente una cosa para que haga uso de ella, con la obligación de restituirla una vez terminado el uso en consideración al cual se cedió, si bien puede el comodante reclamarla antes si la precisa con urgencia para sí mismo (art. 1749 CC).

El problema se produce porque, en el caso de cesión de una vivienda entre familiares, es muy difícil probar la existencia de un comodato, puesto que se trata de una cesión gratuita de uso que debida a la confianza recíproca entre miembros de una familia no suele quedar documentada¹⁶⁷. Tal dificultad probatoria ha tenido su reflejo en una jurisprudencia inicialmente vacilante, considerando, en unos casos, que se estaba

¹⁶⁶ Así lo pone de manifiesto la STS núm. 1199/1994, de 31 de diciembre (RJ 1994, 10330), según la cual esto que decimos “traería como consecuencia que desaparecieran muchas benéficas ayudas para proporcionar techo a seres queridos ante el temor de que una crisis familiar privara en parte del poder de disposición que sobre la vivienda tiene el cedente del uso”.

¹⁶⁷ A este respecto, dicen ALONSO SAURA, P. y CARRILLO VINADER, F. J.: “Comentarios a la jurisprudencia sobre los efectos frente a terceros de la atribución del uso de la vivienda en procesos de familia. Especial consideración del desahucio por precario”, cit., p. 102, que “La libertad de forma que rige en nuestro Derecho (art. 1278 C. c.) permite que el contrato de comodato sea verbal, y ése es el supuesto más frecuente en el supuesto que se examina, lo que lleva consigo la inseguridad en cuanto a los términos del convenio y la calificación como tal, pues no hay precisión ni en la existencia y duración del plazo, ni en la determinación del uso para el que se cede la cosa, ya que ha de ser concreto y determinado”.

ante un contrato de comodato, en el que el uso al que se destina la cosa (la vivienda) es servir de vivienda familiar *sine die*; solución que, una vez rota la convivencia conyugal, planteaba el problema de considerar si ese uso persistía por continuar viviendo parte de la familia en ella¹⁶⁸, o había cesado al dejar de morar en ella un integrante de la unidad familiar y, en consecuencia, ese comodato inicial se había transformado en precario¹⁶⁹. En otros casos, consideraba simplemente que, no pagándose renta por vivir en la vivienda, la situación de la familia y, en consecuencia, posteriormente la de (generalmente) la mujer a quien se atribuía el uso de aquella, era la de un precario¹⁷⁰.

¹⁶⁸ A este respecto, dice la STS de 2 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10250), que el motivo o causa de la cesión es el de “servir de vivienda, es decir para habitarla los esposos con sus hijas (nietas de los actores)”, siendo que “está fijado tal uso por la proyección unilateral que al comodato se le inviste por la doctrina mayoritaria que consiste en servir de habitación a la familia de los demandados y sus hijas y como tal «uso preciso y determinado» lo impregna de la característica especial que diferencia al comodato del precario (arts. 1749 y 1750 del Código Civil), pues aun cuando no se haya especificado el tiempo de su duración, éste viene circunscrito y reflejado por esa necesidad familiar que no se ha negado en la demanda como tampoco se ha justificado ni alegado siquiera en la misma la «necesidad urgente» de los dueños para recuperar el piso, por lo que coincidiendo la no desmentida necesidad de habitar el piso los demandados y sus hijas y la no alegada necesidad urgente de ocuparla por los propietarios”. Añade el Supremo que el ejercicio de la acción de reclamación es “sospechosamente posterior al divorcio del hijo y adjudicación a la esposa -nuera de los actores- y a las hijas -nietas de los demandantes-, para que ellas continúen habitando el piso en concepto de hogar conyugal o familiar como lo fue desde un principio”.

¹⁶⁹ Como diremos enseguida, esta es la solución seguida por la jurisprudencia actual, admitiendo, por tanto, que la cesión de la vivienda se hace en consideración a un uso concreto y específico, cual es el de servir de vivienda familiar para el matrimonio e hijos; uso que, una vez rota la convivencia conyugal, cesa, convirtiendo al cónyuge al que se le atribuye el uso de la vivienda en un mero precarista.

V. a este respecto las SSTS núm. 1022/2005, de 26 de diciembre (RJ 2006, 180); núm. 910/2008, de 2 de octubre (RJ 2008, 5587); núm. 1025/2008, de 29 de octubre (RJ 2008, 6923); núm. 1034/2008, de 30 de octubre (RJ 2008, 6925); núm. 1036/2008, de 30 de octubre (RJ 2009, 403); núm. 1037/2008, de 30 de octubre (RJ 2008, 6924); núm. 1077/2008, de 13 de noviembre (RJ 2009, 5); núm. 1078/2008, de 14 de noviembre (RJ 2009, 393); núm. 474/2009, de 30 de junio (RJ 2009, 4244); núm. 653/2009, de 22 de octubre (RJ 2009, 5704); núm. 859/2009, de 14 de enero de 2010 (RJ 2010, 2323); núm. 861/2009, de 18 de enero de 2010 (RJ 2010, 1274); núm. 443/2010, de 14 de julio (RJ 2010, 6041); núm. 727/2010, de 11 de noviembre (RJ 2010, 8048); núm. 178/2011, de 18 de marzo (RJ 2011, 935); núm. 299/2011, de 30 de abril (RJ 2011, 3724); núm. 386/2012, de 11 de junio (RJ 2012, 8848); núm. 160/2013, de 14 de marzo (RJ 2013, 2420); núm. 548/2014, de 14 de octubre (RJ 2014, 4729); o núm. 118/2015, de 6 de marzo (RJ 2015, 1104).

¹⁷⁰ Así lo entendió la antigua STS de 30 de noviembre de 1964 (RJ 1964, 5552), según la cual “aunque es normal y frecuente que los padres de familia, al casarse alguno de sus hijos, les entreguen una vivienda para que vayan a habitar en ella, lo cierto es que de esa cesión del uso y disfrute, sin señalamiento y exigencia de pago de renta o merced, no puede inferirse, mientras otra cosa no conste que se establezca un derecho real de habitación, sino solamente que se constituye un verdadero precario, en el sentido técnico con que el Derecho Romano le configuraba, que cesará cuando a él quieran ponerle fin, el cedente o el cesionario”.

De la misma forma, la ya comentada STS núm. 1199/1994, de 31 de diciembre (RJ 1994, 10330), dice que hay que tener en cuenta “la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los

EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Las consecuencias prácticas de optar por una calificación u otra son de gran trascendencia: de optar por el comodato, y considerar que la vivienda continuaba sirviendo al destino de vivienda familiar (a pesar de no vivir ya en ella uno de sus integrantes), el familiar que ha cedido el uso no podría recuperarlo (salvo que acreditara una urgente necesidad para sí, algo que en la práctica resultaba complicado ya que, lógicamente, quien cede el uso de una vivienda es porque tiene la necesidad básica de alojamiento ya cubierta); en cambio, si se considera que la situación que se origina es la de un precario, por ser el uso de la vivienda familiar meramente tolerado¹⁷¹, el propietario de la misma puede, a su sola voluntad, recuperar la posesión instando un juicio de desahucio por precario¹⁷².

cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí sólo proteger el que la familia ya tenía”, añadiendo que “Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita ceder el uso de la vivienda”.

Por su parte, la STS núm. 1022/2005, de 26 de diciembre (RJ 2006, 180), planteó la cuestión en sus exactos términos, observando que existían dos posibilidades en el caso:

a) considerar que existe una auténtica relación contractual que justifica la posesión, relación contractual que debe ser clara pero que puede deducirse también de actos tácitos de las partes, en cuyo caso deberán aplicarse las reglas del comodato previstas en el Código Civil; y

b) entender que se trata de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario, en cuyo caso estaríamos ante un simple precario.

Esta segunda posibilidad es la que contempla el Supremo a la hora de resolver el supuesto, señalando que “nos hallamos ante un simple precario, porque habiendo probado el actor su título de propiedad, no ha quedado probado que la demandada ostentara ningún título que la legitimara para poseer el inmueble aquí reivindicado”, y que el argumento de la protección de la vivienda ligado a la de la familia usado por la ex esposa “es absolutamente aceptable cuando se trata de las relaciones entre cónyuges, pero no puede afectar a terceros que nada tienen que ver con el matrimonio que se disuelve y que no son parte, porque no pueden serlo, en el procedimiento matrimonial”.

¹⁷¹ V. a este respecto el art. 444 CC, que a estos efectos dispone que “Los actos meramente tolerados y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión”.

¹⁷² Esta situación se encuentra prevista en el art. 233-21.2 CCCat., según el cual “Si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley. Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el Artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias”.

En términos prácticamente idénticos se pronuncia el nuevo art. 96.6 CC redactado por el “Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia”, a tenor del cual:

“Si los cónyuges poseyeran la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedarán limitados a lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley.

Con motivo de la falta de unanimidad en torno a la resolución de la cuestión, con doctrina oscilante tanto del propio Tribunal Supremo como, especialmente, de las Audiencias Provinciales, el alto tribunal dictó la STS núm. 910/2008, de 2 de octubre (RJ 2008, 5587)¹⁷³, en la que, partiendo de la doctrina sentada en la STS núm.

Cuando los cónyuges detentaren la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando éste les reclame su restitución”.

¹⁷³ V., en el mismo sentido, las posteriores SSTS núm. 1025/2008, de 29 de octubre (RJ 2008, 6923); núm. 1034/2008, de 30 de octubre (RJ 2008, 6925); núm. 1036/2008, de 30 de octubre (RJ 2009, 403); núm. 1037/2008, de 30 de octubre (RJ 2008, 6924); núm. 1077/2008, de 13 de noviembre (RJ 2009, 5); núm. 1078/2008, de 14 de noviembre (RJ 2009, 393); núm. 474/2009, de 30 de junio (RJ 2009, 4244); núm. 653/2009, de 22 de octubre (RJ 2009, 5704); núm. 859/2009, de 14 de enero de 2010 (RJ 2010, 2323); núm. 861/2009, de 18 de enero de 2010 (RJ 2010, 1274); núm. 443/2010, de 14 de julio (RJ 2010, 6041); núm. 727/2010, de 11 de noviembre (RJ 2010, 8048); núm. 178/2011, de 18 de marzo (RJ 2011, 935); núm. 299/2011, de 30 de abril (RJ 2011, 3724); núm. 386/2012, de 11 de junio (RJ 2012, 8848); núm. 160/2013, de 14 de marzo (RJ 2013, 2420); núm. 548/2014, de 14 de octubre (RJ 2014, 4729); o núm. 118/2015, de 6 de marzo (RJ 2015, 1104).

Estas sentencias no suelen tener en cuenta, por su falta de trascendencia a efectos prácticos, si en un primer momento pudo existir un contrato de comodato, ya que, una vez cesa la convivencia conyugal, la situación del cónyuge a quien se atribuye el uso es la de un mero precarista.

Existe, sin embargo, una sentencia aislada, que, a pesar de exponer inicialmente la doctrina emanada de las sentencias anteriores, se aparta de ellas. Nos referimos a la STS núm. 253/2009, de 13 de abril (RJ 2009, 2895), la cual resolvió un supuesto distinto al que se suele dar en esta sede. El propietario de la vivienda (el esposo), vendió a su madre el derecho de usufructo sobre la misma, permitiéndole ésta continuar viviendo en la casa con su familia. Posteriormente, los cónyuges se divorciaron, asignándose el uso de la vivienda familiar a la madre y a los hijos, ante lo cual la usufructuaria instó el desahucio por precario. El Tribunal Supremo calificó la relación jurídica existente como de comodato “aunque no porque la razón de la cesión del uso de la vivienda fuera la de servir de hogar conyugal, sino porque los datos anteriores permiten concluir que la recurrente permitió, no que en la vivienda se constituyera el hogar familiar, sino que continuara ese uso, iniciado por quien hasta entonces era pleno propietario de la vivienda, el esposo de la recurrida, y que como consecuencia de la venta del derecho de usufructo a sus padres pasó a ser el nudo propietario”. A continuación, en vez de entender, como venía haciendo, que una vez cesa la convivencia conyugal desaparece el uso, y, en consecuencia, la situación del usuario es la de un precarista, deniega el lanzamiento solicitado, alegando motivos muy discutibles:

a) así, entiende contraria a la buena fe la acción de desahucio por precario ejercitada, pues “sólo tras el convenio alcanzado por la recurrida y su esposo, homologado judicialmente, en virtud del que se atribuyó el uso de la vivienda conyugal al hijo común y a la ahora demandada, la recurrente decide emprender la acción tendente a obtener la posesión del inmueble”;

b) aduce también que la actora no ha alegado en ningún momento la situación de urgente necesidad que le permitiría recuperar el inmueble por mor del art. 1749 CC; y

c) en fin, considera también relevante el hecho de que la actora no era la propietaria del inmueble, sino sólo una mera usufructuaria.

Esta solución no nos convence, ya que no nos parece que deba valorarse de manera distinta el hecho de que el comodante sea un propietario o un usufructuario, habida cuenta que este último está plenamente facultado para ceder el uso de la vivienda, como también para reclamar su restitución, una vez que deja de tener sentido el fin para el que la prestó. Asimismo tampoco acertamos a ver qué diferencia hay entre que se trate de permitir iniciar en el inmueble la convivencia del hijo con su propia familia, o la continuación de la misma después de la constitución del usufructo. Por último, si la mujer del propietario no estaba de acuerdo con la venta del usufructo sobre la vivienda familiar

1022/2005, de 26 de diciembre (RJ 2006, 180), establece las siguientes reglas para resolver los supuestos que lleguen en el futuro:

“A) Cuando se aprecie la existencia de un contrato entre el titular cedente de la vivienda y los cesionarios, y, en particular, de un comodato, se han de aplicar los efectos propios de ese contrato; pero en el caso de que no exista, la situación de los cesionarios en el uso del inmueble es la propia de un precarista.

B) En concreto, en los casos en que la vivienda se ha cedido a título gratuito y sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado, que, ciertamente, puede consistir en la utilización por el cónyuge y la familia del hijo del concedente como hogar conyugal o familiar, si bien con la precisión de que dicho uso ha de ser siempre y en todo caso específico, y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino, y de que la relación jurídica ha de constar de forma clara, con independencia de que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes.

debió haberse opuesto, ya que su consentimiento era también necesario para realizar dicho acto de disposición (art. 1320 CC) o haber anulado el contrato en su momento (art. 1322 CC), cosa que no hizo.

La única posibilidad que se nos ocurre para justificar la decisión del Supremo es que, a la vista de los hechos, la adquisición del usufructo por parte de la suegra lo fuera a los solos efectos de poder desahuciar a su nuera en caso de una eventual crisis matrimonial, teniendo en cuenta la proximidad temporal entre la adquisición del usufructo y la ruptura, lo cual entendemos que sí sería más reprochable, desde el punto de vista de la buena fe, que el hecho de intentar recuperar, sobrevenida la crisis matrimonial, una vivienda propia que se había cedido para el uso de la familia del hijo. En cualquier caso, la mujer no procedió a oponerse a la venta del usufructo cuando podía hacerlo, lo cual, en parte, resta razón a su pretensión.

En un sentido similar se pronuncia, CREMADES GARCÍA, P.: “Comentario a la Sentencia de 13 de abril de 2009”, *CCJC*, núm. 83, 2010, p. 709, quien tampoco entiende muy bien qué distingue a este supuesto del contemplado en la STS núm. 910/2008, de 2 de octubre (RJ 2008, 5587), afirmando que el hecho de que sea la usufructuaria y no una propietaria quien reclame el uso “no deslegitima a la actora de su pretensión”. Considera, del mismo modo, que “Los mismos efectos deberían tener «consentir» que se inicie el uso de la vivienda familiar como tal, y «permitir» que se continuara en ese uso”. El dato relevante que utiliza el Supremo para resolver la cuestión puede que sea, a juicio de la autora, la falta de coherencia en la actuación de la demandante usufructuaria, en la medida en que adquiere un usufructo del que no iba a disfrutar, lo que podría ser constitutivo de mala fe en su proceder, si se atiende a la proximidad de fechas entre la transmisión del usufructo y el momento de la ruptura matrimonial.

C) Cuando cesa el uso, lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal, y el concedente no reclama la devolución del inmueble, la situación del usuario es la de un precarista.

D) El derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, atribuido por resolución judicial a uno de los cónyuges, es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, mas no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia se ha roto o cuyo vínculo se ha disuelto, que no son parte -porque no pueden serlo- en el procedimiento matrimonial, pues no genera por sí mismo un derecho antes inexistente, ni permite reconocer a quienes ocupan la vivienda en precario una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, ya que ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda”.

Con base en las anteriores reglas, el Supremo resuelve el supuesto planteado, entendiendo que, a pesar de que la relación jurídica que vinculaba a los demandantes (propietarios de la vivienda) con los demandados, pudiera ser inicialmente la de un comodato, por haberse realizado la cesión de la vivienda en consideración al matrimonio de su hijo y con objeto de que los cónyuges establecieran en ella su hogar conyugal, la posterior ruptura matrimonial y el cese de la convivencia conyugal conlleva la desaparición del uso originario, con lo cual la situación de quien posee el inmueble por habersele atribuido su uso en sentencia de divorcio es la de un precarista.

Concluye el alto tribunal fijando como doctrina jurisprudencial la siguiente: “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, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial”.

Desde luego, esta posición resulta totalmente plausible. Desde el punto de vista de la voluntad del progenitor que cede o tolera el uso de la vivienda, es evidente que lo hace, principalmente, en consideración a su hijo/a¹⁷⁴, y no tanto a su nuera/yerno, de

¹⁷⁴ V. en este sentido CREMADES GARCÍA, P.: “Comentario a la Sentencia de 13 de abril de 2009”, cit., p. 705; CUADRADO PÉREZ, C.: “Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 734, 2012, p. 3187; y RAMS ALBESA, J. J.: “Comentario a la Sentencia de 2 de diciembre de 1992”, *CCJC*, núm. 30, 1992, p. 1082.

En Italia, la doctrina ha sostenido firmemente que no es admisible la atribución a un cónyuge de un inmueble sobre el que el otro no tenga disponibilidad jurídica alguna, como sería el caso de un inmueble ocupado sin título (así lo ponen de manifiesto BENETTI GENOLINI, M. U. y FRANCIOLI, L.: *Separazione e divorzio. Figli, coniugi e casa coniugale. Provvedimenti e tutela*, cit., p. 201).

El problema se plantea en los casos en que la vivienda ha sido cedida en comodato por parte de un tercero, especialmente los padres del esposo, para que tuviera lugar en ella el desarrollo de la convivencia familiar. En estos casos, la jurisprudencia, en ocasiones, por la delicadeza del tema y los intereses tan dignos de protección a los que afecta, ha admitido la posibilidad de la atribución a la mujer cuyos suegros cedieron la vivienda, solución que ha resultado muy criticada por la doctrina cuando se realiza sin el consentimiento del propietario (lo que suele pasar casi siempre).

En este sentido, señala la doctrina italiana que las disposiciones del arrendamiento no pueden ser aplicadas al caso del comodato, puesto que el interés del arrendador es obtener un beneficio económico mediante la cesión de la vivienda, mientras que el interés del comodante es únicamente que una persona por él elegida pueda obtener utilidad del uso de la casa, de forma que si cambia el beneficiario del comodato y no puede obtener utilidad del uso de la vivienda la persona por él elegida, se quiebra también el interés del comodante.

Del mismo modo, el derecho de propiedad del cónyuge no asignatario puede sufrir un sacrificio que se encuentra justificado por la educación y el mantenimiento al que viene obligado como progenitor de los menores; en cambio, tal consideración no es suficiente a efectos de sacrificar un derecho de propiedad de un tercero ajeno al matrimonio, cual es el comodante (en este sentido puede verse Cass., 4 mayo 2005, núm. 9253, en *DeJure online*).

De todo lo anterior se deriva que, para la doctrina, el único supuesto admisible de atribución sería el caso en el que el comodato se hubiera hecho en consideración a ambos cónyuges (v. a este respecto GABRIELLI, G.: “I problemi dell’assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia”, *Riv. dir. civ.*, I, 2003, pp. 137-138).

Sin embargo, la postura más reciente de la jurisprudencia italiana, a raíz de la sentencia Cass. Sez. Un., 29 septiembre 2014, núm. 20448, en *DeJure online*, parece admitir la continuidad en el inmueble del cónyuge custodio de los hijos económicamente dependientes, asignatario del uso de aquél, en los supuestos en que hubiese existido acuerdo entre el comodante (o comodantes) y, al menos, uno de los cónyuges, para destinar el inmueble al uso de vivienda familiar. V. en este mismo sentido Cass., 9 febrero 2016, núm. 2506, en *DeJure online*.

En fin, también resultan interesantes, desde otros puntos de vista, las reflexiones de AL MUREDEN, E.: “Casa in comodato, crisi coniugale e persistenti doveri di solidarietà tra familiari”, *Famiglia e diritto*, núm. 7/2012, pp. 694-703; ANDREOLA, E.: “Casa familiare tra comodato e assegnazione”, *Riv. notariato*, fasc. 2, 2011, pp. 412-416; SCARPA, A.: “Casa coniugale di proprietà di terzi concessa in locazione o comodato”, en BELLANOVA, L., DE FILIPPIS, B., FIORILLO, L., GIANNATTASIO, F., MEA, R., MOLINARO, I., PALADINI, M., y SCARPA, A.: *L’assegnazione della casa coniugale nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, Milano, 2010, pp. 59-67; VACIRCA, V.: “L’assegnazione della casa familiare nella separazione e nel divorzio. L’opponibilità del provvedimento di assegnazione al successivo acquirente dell’immobile e al proprietario-comodante”, *Riv. notariato*, fasc. 6, 2008, pp. 1433 y ss; y VIRGADAMO, P.: “Il comodato di casa familiare in Italia: un rapporto precario”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015,

forma que, debiendo el hijo abandonar la vivienda tras la crisis matrimonial, el uso para el que se prestó ésta (servir de vivienda familiar de toda la familia) desaparece. En este sentido, reclamar la posesión de la vivienda en tal caso no nos parece un hecho constitutivo de mala fe, puesto que bastante beneficio ha obtenido ya el cónyuge precarista al usar gratuitamente, durante un periodo de tiempo más o menos prolongado, una vivienda ajena¹⁷⁵.

Además, desde el punto de vista del derecho de propiedad, el sacrificio patrimonial que supone tener que soportar el uso por un tercero de una vivienda propia no parece que deba ser impuesto a personas que resulten extrañas al proceso de nulidad, separación o divorcio. Ya esclareció esta cuestión la STS núm. 1022/2005, de 26 de diciembre (RJ 2006, 180), al establecer que “el argumento de la protección de la vivienda ligado a la de la familia [...] es absolutamente aceptable cuando se trata de las relaciones entre cónyuges, pero no puede afectar a terceros que nada tienen que ver con

pp. 399-416; *Íd.*: “Il comodato di casa familiare: un rapporto precario”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 4, Napoli, 2016, pp. 149-171.

¹⁷⁵ V. a este respecto COSTAS RODAL, L.: “IV. Comodato”, dentro de “§13. Contratos de cesión temporal de uso y disfrute”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.) y MORALEJO IMBERNÓN, N. y QUICIOS MOLINA, S. (coords.): *Tratado de contratos. Tomo II: contratación con consumidores, contratos de adhesión y contratación electrónica, contratos con finalidad traslativa de dominio, contratos de cesión temporal de uso y disfrute*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2013, pp. 3179-3180.

Asimismo, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: “Vivienda familiar y crisis matrimoniales”, cit., p. 281, afirma en este mismo sentido que el daño causado por el propietario del inmueble con el lanzamiento “se compensa por el beneficio que hasta ese momento ha tenido el cónyuge por el uso gracioso de la vivienda”. Añade el autor, frente a quienes critican el comportamiento de los abuelos como de “inmoral” o “antisocial”, que hay que tener en cuenta que “estos «abuelos desnaturalizados» no son más que personas que dieron gratuitamente la vivienda a un hijo suyo y ahora se encuentran con que el otro cónyuge es el que la tiene en virtud de la sentencia dictada en el proceso matrimonial, mientras que su hijo ha sido lanzado a la calle”.

Por su parte, la SAP Madrid núm. 304/2009, de 29 de junio (JUR 2009, 342880), dice al hilo de esto que “A lo anterior [a la procedencia de la acción de desahucio por precario ejercitada] no obstan las manifestaciones vertidas en el recurso sobre ausencia de buena fe en la demandante o en una actuación abusiva por ser abuela de las menores hijas del matrimonio y ello porque no abusa de su derecho quien simplemente usa de él, y de la misma manera que la demandante usó de su derecho cuando por mera liberalidad cedió su vivienda sin contraprestación alguna, puede usar de él cuando le interesa la recuperación de su posesión sin que éste hecho pueda considerarse injusto cuando no pareció injusta la ocupación gratuita de ese bien. Si durante un determinado periodo de tiempo la recurrente pudo disfrutar gratuitamente de una vivienda, ello ya ha sido de por sí un beneficio que no puede prolongarse en el tiempo por su única voluntad como tampoco pudo ocupar la vivienda por su única voluntad. Si para vivir gratuitamente en ella precisó el consentimiento de la propietaria, para permanecer en la misma ha de requerirlo en igual forma”.

el matrimonio que se disuelve y que no son parte, porque no pueden serlo, en el procedimiento matrimonial”¹⁷⁶.

Existiría, en fin, un último argumento para apoyar la consideración de este supuesto como de precario. Se ha puesto de manifiesto, a este respecto, que se estaría ofreciendo un trato privilegiado al padre que es menos altruista con el hijo. Así,

¹⁷⁶ Más adelante, volvió a insistir sobre esto el Supremo en su STS núm. 861/2009, de 18 de enero de 2010 (RJ 2010, 1274), al aseverar que “Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios”.

Se hacen eco de la anterior doctrina las posteriores SSTS núm. 443/2010, de 14 de julio (RJ 2010, 6041); núm. 299/2011, de 30 de abril (RJ 2011, 3724); y núm. 160/2013, de 14 de marzo (RJ 2013, 2420); así como las SSAP Málaga núm. 432/2010, de 30 de septiembre (AC 2013, 756); A Coruña núm. 487/2010, de 9 de diciembre (JUR 2011, 54617); Córdoba núm. 374/2010, de 30 de diciembre (JUR 2011, 387388); Tarragona núm. 124/2011, de 3 de marzo (JUR 2011, 209902); Segovia núm. 76/2011, de 11 de abril (JUR 2011, 199222); Valencia núm. 358/2011, de 24 de junio (JUR 2011, 325523); Cádiz núm. 322/2011, de 13 de diciembre (AC 2012, 585); Barcelona núm. 678/2011, de 23 de diciembre (JUR 2012, 113841); Burgos núm. 79/2012, de 24 de febrero (JUR 2012, 156551); Valencia núm. 209/2012, de 20 de abril (AC 2012, 1798); Alicante núm. 241/2012, de 24 de abril (JUR 2012, 226411); Islas Baleares núm. 201/2012, de 27 de abril (JUR 2012, 191000); Asturias núm. 222/2012, de 23 de mayo (JUR 2012, 203575); Madrid núm. 350/2012, de 7 de junio (JUR 2012, 230390); Sevilla núm. 284/2012, de 14 de junio (JUR 2012, 308069); Sevilla núm. 288/2012, de 14 de junio (JUR 2012, 308682); Alicante núm. 515/2012, de 18 de septiembre (JUR 2012, 368684); A Coruña núm. 418/2012, de 19 de octubre (JUR 2012, 369394); Girona núm. 485/2012, de 14 de diciembre (JUR 2013, 28553); A Coruña núm. 19/2013, de 23 de enero (JUR 2013, 59342); Madrid núm. 88/2013, de 21 de febrero (JUR 2013, 118855); Madrid núm. 167/2013, de 11 de abril (AC 2013, 1108); Sevilla núm. 161/2013, de 11 de abril (JUR 2013, 333393); Málaga núm. 204/2013, de 16 de abril (JUR 2013, 224601); Las Palmas núm. 321/2013, de 3 de junio (JUR 2014, 72185); Madrid núm. 471/2013, de 29 de julio (JUR 2013, 273786); Girona núm. 375/2013, de 4 de octubre (JUR 2013, 356448); Málaga núm. 520/2013, de 21 de octubre (JUR 2014, 15929); Castellón núm. 72/2013, de 15 de noviembre (JUR 2014, 16054); Madrid de 12 de diciembre de 2013 (JUR 2014, 60535); Alicante núm. 651/2013, de 18 de diciembre (JUR 2014, 78213); Córdoba núm. 54/2014, de 12 de febrero (JUR 2014, 97221); Burgos núm. 41/2014, de 18 de febrero (JUR 2014, 88695); Madrid núm. 79/2014, de 3 de marzo (JUR 2014, 93739); Málaga núm. 102/2014, de 4 de marzo (JUR 2014, 192148); Salamanca núm. 73/2014, de 24 de marzo (JUR 2014, 98147); Cádiz núm. 59/2014, de 25 de marzo (JUR 2014, 156424); Ourense núm. 97/2014, de 31 de marzo (JUR 2014, 214043); Cáceres núm. 95/2014, de 7 de abril (JUR 2014, 118696); Almería núm. 204/2014, de 23 de julio (JUR 2014, 276230); Almería núm. 237/2014, de 18 de septiembre (JUR 2015, 168986); Pontevedra núm. 554/2014, de 30 de septiembre (JUR 2014, 278218); Sevilla núm. 531/2014, de 24 de octubre (JUR 2015, 71304); A Coruña núm. 332/2014, de 27 de octubre (JUR 2015, 46041); Valencia núm. 372/2014, de 26 de diciembre (JUR 2015, 95056); Pontevedra núm. 2/2015, de 13 de enero (JUR 2015, 67357); Santa Cruz de Tenerife núm. 37/2015, de 10 de febrero (JUR 2015, 122202); Madrid núm. 103/2015, de 21 de abril (RJ 2015, 132319); Pontevedra núm. 143/2015, de 23 de abril (JUR 2015, 127138); Barcelona núm. 239/2015, de 27 de mayo (JUR 2015, 229779); Madrid núm. 296/2015, de 10 de septiembre (JUR 2015, 239883); y Las Palmas núm. 393/2015, de 28 de septiembre (JUR 2015, 252387).

ilustrativamente, se ha puesto el ejemplo del padre que alquila un piso a un hijo y al cónyuge de éste, en virtud del cual podría recuperar la vivienda:

- a) una vez finalizada la duración pactada del arrendamiento;
- b) por no satisfacerse la renta; o
- c) por precisarlo para cubrir sus propias necesidades o las de su familia.

Sin embargo, de optar por la consideración del supuesto que estamos aquí analizando como de comodato, una vez rota la convivencia el padre magnánimo que cedió el piso desinteresadamente a su hijo y a la familia de éste, no podría después recuperarlo mediante la acción de desahucio por precario, lo que, paradójicamente, vendría a penalizar al padre más benévolo¹⁷⁷.

Cabe añadir, por último, que la situación del precario se contempla expresamente en el art. 96.6.II CC redactado por el “Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia”, al disponer dicho precepto que “Cuando los cónyuges detentaren la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando éste les reclame su restitución”.

¹⁷⁷ V. a este respecto CREMADES GARCÍA, P.: “Uso de la vivienda familiar por cesión gratuita de familiar cercano a uno de los progenitores”, cit., pp. 20-21.

Esta paradoja la pone de manifiesto la SAP Madrid de 14 de marzo de 2000 (AC 2000, 1804), al subrayar que “De aceptar la tesis del comodato se llegaría a la conclusión (absurda y por ello rechazable) de hacer de mejor condición al padre que arrienda el piso al hijo para que viva con su familia, frente al que se lo cede gratuitamente. En caso de arriendo, el padre arrendador tiene derecho a desahuciar sin más a su hijo (con los demás ocupantes de la vivienda: nuera y nietos) por causa de necesidad para sí (en el supuesto de prórroga forzosa conforme a la Ley de 1964), o llegado el plazo pactado, o producido el impago de la renta. Así pues, el padre magnánimo pasaría a tener un trato desfavorable frente al que se comporta como simple arrendador al margen de la relación familiar, y se le infligiría una especie de pena imponiéndole una grave limitación porque no podría recuperar la posesión y disponibilidad de su vivienda ni aun en caso de necesidad”.

1.3.2. ¿Se salvaguarda el interés superior del menor atribuyendo al cónyuge custodio el uso de una vivienda propiedad de un tercero ajeno al matrimonio?

A nuestro juicio, la *ratio decidendi* que subyacía tras las decisiones de las Audiencias Provinciales o del propio Tribunal Supremo en las que consideraban que los casos de uso tolerado de una vivienda constituían un comodato, tenía que ver con la salvaguarda del interés superior del menor, el cual, en caso de poder ser el cónyuge custodio y los hijos menores expulsados de la vivienda familiar mediante un juicio por precario, se vería gravemente menoscabado al no poder satisfacer la necesidad básica de habitación o alojamiento¹⁷⁸.

Ya hemos mostrado nuestra adhesión a la unificación de doctrina llevada a cabo por el Supremo en su STS núm. 910/2008, de 2 de octubre (RJ 2008, 5587), mediante la que califica como precario la situación de quien ocupa, tras el cese de la convivencia conyugal, una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo. Siendo lo anterior así, procede plantear ahora una nueva cuestión: ¿protegen los tribunales el

¹⁷⁸ V. en este sentido MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L.: “¿Existe derecho, tras la separación o el divorcio, a continuar ocupando la vivienda familiar gratuitamente cedida por un tercero? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 20 de enero de 1999 (Ar. Civ. 215/99)”, *Revista Facultad de Derecho Univ. Gr.*, núm. 4, 2001, p. 502, para quien son los principios de protección del derecho a la vivienda familiar y de tutela a los menores los que justifican las decisiones judiciales que desatienden las pretensiones reivindicatorias de los propietarios, de forma que resultaría “improbable” que los tribunales desestimasen las acciones ejercitadas por los propietarios para recuperar los inmuebles, “de no darse la circunstancia de ser éstos los abuelos de los menores que los continúan ocupando”. Para la autora, “parece razonable que el interés de los abuelos ceda ante el superior interés del menor. Admitir esto supone aceptar que existen, no ya en la conciencia social, sino también para el Derecho, obligaciones de naturaleza no patrimonial de los abuelos respecto de sus nietos menores de edad”. Sin embargo, concluye la autora, la genérica invocación del principio de protección del menor difícilmente bastaría para imponer a un tercero, que no tuviera ningún vínculo de parentesco con los menores, el deber de mantener a éstos en el disfrute de la vivienda.

En un sentido similar, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: “Vivienda familiar y crisis matrimoniales”, cit., p. 281, subraya que, si como suele pasar, se considera “profundamente injusto” que unos niños pequeños carezcan de vivienda, se debería entonces proceder a un cambio normativo, en lugar de atacar “con tanta desfachatez la propiedad”.

Más contundente se muestra DE LA PUENTE DE ALFARO, F.: “La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución”, cit., p. 2372, para quien la jurisprudencia, “acuciada por el deseo de mantener en la posesión a la parte que consideraban más débil, el cónyuge del hijo, se ha tenido que inventar la existencia de un título, el comodato, porque la confirmación del precario llevaba inevitablemente al lanzamiento”.

interés superior de los menores atribuyendo al progenitor custodio el uso de una vivienda familiar que es propiedad de un familiar de su ex cónyuge?

Prima facie podría parecer que sí, puesto que es razonable pensar que quien usa de una vivienda cedida es porque no tiene recursos suficientes para procurarse una propia. Ahora bien, podría ser que el matrimonio tuviese otra vivienda, y decidiesen vivir en el inmueble cedido por cualquier motivo justificado (por ejemplo, porque es más grande, porque es más bonito, porque está más cerca del colegio, porque está cerca del trabajo de uno de los cónyuges, etc.).

En este caso, mantener a los hijos en la vivienda familiar cedida conlleva el riesgo de que el propietario reivindique la posesión de la misma y sean expulsados; evidentemente, este riesgo también existe cuando sólo se puede satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos atribuyendo al progenitor custodio la vivienda familiar cedida, pero en este caso no existirían más alternativas, como sí las hay cuando el matrimonio dispone de alguna vivienda adicional a la vivienda familiar cedida¹⁷⁹.

Así lo entendió la STS núm. 695/2011, de 10 de octubre (RJ 2011, 6839), que resolvió un caso en el que la familia vivía en una vivienda propiedad de los abuelos y del padre del menor, disponiendo el matrimonio de otra vivienda propiedad de ambos cónyuges. El Supremo soluciona el litigio atribuyendo a la progenitora custodia la vivienda de la que era copropietaria, porque el interés de la hija menor de edad “es el que debe ser protegido, puesto que en el presente caso, la posibilidad de que los propietarios recuperen la vivienda ejerciendo el desahucio por precario, implica que deba entenderse perjudicial para el propio menor la atribución del uso de una vivienda de la que podría ser desalojado”. Concluye el Supremo fijando como doctrina

¹⁷⁹ A este respecto, afirma CERVANTES GÓMEZ-ANGULO, L.: “Inoponibilidad del derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar atribuido por resolución judicial frente a terceros propietarios. Acción de desahucio por precario”, cit., p. 7, que “si el hecho de atribuir el uso de la vivienda familiar al menor puede acarrearle graves perjuicios, por ser esta propiedad de un tercero, deberían buscarse otras soluciones alternativas, siempre que con ello se proteja el interés de los menores que no es otro que el derecho a disponer de una vivienda digna en la que habitar y en el mismo entorno en el que ha estado viviendo hasta que se ha producido la ruptura matrimonial de sus progenitores”. V. en el mismo sentido PANIZA FULLANA, A.: “Atribución del uso de la vivienda familiar «versus» derecho de propiedad (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2013)”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2014, p. 89.

jurisprudencial la siguiente: “El juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos”¹⁸⁰.

En otro orden de ideas, más recientemente, la STS núm. 448/2015, de 15 de julio (RJ 2015, 3597), reiteró la doctrina contenida en la STS núm. 695/2011, de 10 de octubre (RJ 2011, 6839). En el caso, la vivienda familiar pertenecía a la abuela paterna (que residía junto al matrimonio), pasando a residir la madre junto con sus hijas, tras la crisis matrimonial, en una vivienda de la que era propietaria la abuela materna. El Supremo resuelve el caso advirtiendo que “lo determinante es que la vivienda que fue familiar es titularidad de la abuela paterna con lo que la asignación de ésta a los

¹⁸⁰ Crítico con esta sentencia se muestra LEGERÉN MOLINA, A.: “Atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio y titular exclusivo de la misma cuando el menor y el cónyuge custodio tengan satisfechas de manera adecuada sus necesidades de alojamiento en otra vivienda. Sentencia de 5 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10135)”; cit., pp. 538-539, quien, a pesar de reconocer la justicia material que subyace en la decisión a la que llega el alto tribunal, entiende que se trata de una solución *contra legem* pues el art. 96 CC sólo permite atribuir la vivienda familiar, y no otras. En un sentido muy similar se pronuncian MORENO NAVARRETE, M. Á.: “Comentario a la STS de 10 de octubre de 2011. Atribución del uso de la vivienda familiar en residencia distinta a la de la convivencia familiar durante el matrimonio”, cit., p. 463; y MORENO VELASCO, V.: “La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores”, *Diario La Ley*, Año XXXIII, núm. 7843, Sección Tribuna, 23 de abril de 2012, p. 12.

Desde luego, se trata de una opinión poco afortunada, al menos, por dos motivos. Por una parte, la esencia del art. 96.I CC no es tanto atribuir la vivienda familiar, sino proteger el interés superior del menor tras una crisis matrimonial. Desde esta perspectiva, la atribución del uso de la vivienda familiar es un mero instrumento que contribuye al fin de salvaguardar el interés superior del menor y, si en el caso concreto, la atribución de la que venía siendo vivienda familiar va a suponer que el menor pueda verse desprovisto de habitación por la eventual acción de desahucio por precario ejercitada por un tercero, parece totalmente razonable atribuir al progenitor custodio, de haberla, el uso de otra vivienda que satisfaga igualmente tal necesidad.

Por otra parte, las normas jurídicas se tienen que interpretar de acuerdo a la realidad social de la época (art. 3.1 CC), y no hay duda de que, de un tiempo a esta parte, existen otros intereses, también muy dignos de protección, que se están viendo afectados por la aplicación rígida y automática del art. 96.I CC, algo de lo que se han hecho eco tanto la normativa autonómica existente (CCCat.; CDFA; Ley Valenciana núm. 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven; o Ley del País Vasco núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores), como la normativa de Derecho común que viene (el Anteproyecto), y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, flexibilizando el tenor del art. 96.I CC y admitiendo otras soluciones igualmente válidas que pueden dar igual o, incluso, mejor cumplimiento al interés superior del menor, y que sean satisfactorias para todas las partes e intereses en conflicto.

menores junto con su madre está sujeta al riesgo cierto de desahucio por precario, máxime cuando tienen otros medios de afrontar la necesidad de vivienda. También es concluyente que la vivienda en cuestión ya no puede considerarse vivienda familiar”¹⁸¹.

En la jurisprudencia menor, han tenido en cuenta la doctrina recién expuesta (aunque no la han aplicado en todos los casos), las SSAP Cantabria núm. 128/2012, de 24 de febrero (JUR 2013, 23079); Asturias núm. 277/2012, de 1 de junio (JUR 2013, 298443); Asturias núm. 398/2012, de 27 de julio (JUR 2012, 295935); Burgos núm. 390/2012, de 25 de octubre (JUR 2012, 402934); Burgos núm. 396/2012, de 30 de octubre (JUR 2013, 5542); Castellón núm. 156/2012, de 13 de noviembre (JUR 2013, 47001); Burgos núm. 453/2012, de 11 de diciembre (JUR 2013, 33574); Asturias núm. 308/2013, de 27 de noviembre (JUR 2014, 11126); Valencia núm. 219/2014, de 2 de abril (JUR 2014, 168139); Málaga núm. 483/2014, de 30 de junio (JUR 2014, 281745); Málaga núm. 37/2015, de 22 de enero (JUR 2015, 193967); y Cádiz núm. 80/2016, de 22 de febrero (JUR 2016, 110757).

Por tanto, en los casos en que, existiendo el riesgo de ser reivindicada la vivienda familiar, pueda cubrirse satisfactoriamente la necesidad de habitación del cónyuge custodio y de los hijos atribuyendo a aquél una vivienda distinta de la familiar, resulta razonable optar por esta solución, como viene haciendo el Tribunal Supremo. También parece advertirse esta solución en el art. 233-20.6 del Código Civil de Cataluña¹⁸² (en adelante, CCCat.) y en el art. 12.6 de la reciente Ley vasca núm. 7/2015,

¹⁸¹ La solución ofrecida por el Supremo vislumbra la aplicación más laxa que en los últimos tiempos se lleva haciendo del art. 96.I CC: técnicamente, la vivienda familiar era la única de la que disponía el matrimonio (aunque no fuera propia), con lo cual, de seguir la línea automática tradicional de aplicación de dicho precepto se debería haber atribuido a la madre y a las hijas. Ahora bien, el interés superior del menor no debe prevalecer de forma absoluta sobre otros intereses: debe coexistir pacíficamente, aunque con preferencia. En el caso, haber atribuido la vivienda de la abuela paterna a la madre e hijas (sin perjuicio de que pudieran ser posteriormente desahuciadas) habría sido tanto como dejar al padre y a la abuela paterna sin vivienda (ya que tenemos que presumir que si ésta vivía con el matrimonio es porque no disponía de otra vivienda). Y el interés superior del menor desde luego, es incompatible con la falta de hogar del padre y de la abuela paterna, pues tanto o más puede afectar al menor ver a su padre y a su abuela sin casa, en condiciones míseras, que un simple cambio de residencia (habiendo quedado probado en el caso que las hijas se habían escolarizado y adaptado ya a su nueva zona de influencia, y que la nueva vivienda era estable y adecuada para satisfacer sus necesidades).

¹⁸² “La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos”.

de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores¹⁸³.

1.3.3. ¿Puede el precarista oponer el derecho de uso de la vivienda familiar al ex cónyuge que deviene propietario por la herencia del inmueble?

Otro supuesto problemático que se puede producir en la práctica es el siguiente. Imaginemos un matrimonio que ocupaba en precario un piso del padre del esposo hasta que sobreviene la crisis matrimonial, momento a partir del cual el uso de la vivienda familiar es atribuida, en el convenio regulador, a la mujer y a los hijos, que quedan con ella. Posteriormente, fallece el abuelo paterno, quien cedió el piso en precario, y el ex esposo lo hereda. La cuestión que surge entonces es: ¿puede la ex mujer, que ocupa la vivienda familiar sin título alguno, oponer el derecho de uso al ex marido, nuevo propietario de aquélla por herencia, como ocurriría si la vivienda fuera propiedad de éste *ab initio*? O, lo que es lo mismo, ¿puede el ex marido disponer del piso sin restricción alguna?

La STS núm. 1199/1994, de 31 de diciembre (RJ 1994, 10330), resolvió el caso anterior, al que hay que añadir el dato adicional de que el ex marido vendió la vivienda a una sociedad, que a su vez la hipotecó a favor de un banco en garantía de un préstamo. Ante estas actuaciones, la ex esposa interesa que se declare la nulidad de la venta y de la hipoteca constituida sobre ella.

El Supremo, no obstante no acceder a la pretensiones de la ex esposa, establece la oponibilidad *erga omnes* de la decisión judicial que aprobó el convenio que atribuyó el uso a la esposa, “aunque no generadora de un derecho real”, precisando que “la

Desde luego, y con independencia de que con este precepto se pueda contribuir, en este caso específico, a cubrir la necesidad de habitación del cónyuge custodio y de los hijos atribuyendo a aquél una vivienda distinta de la familiar, también se puede acudir a él en otros supuestos por la flexibilidad que ofrece, ya que “permite más juego entre las diferentes viviendas de los progenitores” y favorece una “adecuación a la realidad”. V. en este sentido ALAVEDRA FARRANDO, E.: “Efectes de la nul·litat, la separació i el divorci”, cit., p. 379.

¹⁸³ “El juez podrá sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otra vivienda propiedad de uno o ambos miembros de la pareja si es idónea para satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos e hijas menores y, en su caso, del progenitor más necesitado”.

situación posesoria, que en vida de éste [del padre del ex esposo] dependía sólo de su voluntad, pasa a depender de la decisión judicial, que protege a la familia en virtud de la aprobación del convenio, al amparo de los artículos 90 y 96 del Código Civil”, lo que no impide la enajenación compatible con el uso, una vez disuelto el matrimonio. Concluye el Supremo afirmando que “Serán, en su caso, los adquirentes los que valorarán la incidencia del uso atribuido en el consentimiento, por ellos prestado, en el contrato de adquisición”.

La decisión a la que llegó el Supremo nos parece del todo criticable, siendo la protección de los hijos la única razón aparente que la justifique. En primer lugar, no acertamos a ver por qué, muerto el abuelo paterno cedente, la situación posesoria “pasa a depender de la decisión judicial” que atribuyó el uso de la vivienda a la mujer, al aprobar el convenio regulador. Aun admitiendo que el fallecimiento del cedente no extingue el precario, lo que queda claro es que la suerte que éste deba correr tiene que quedar vinculada al nuevo propietario de la cosa cuyo uso se venía tolerando (en este caso la vivienda familiar), habida cuenta que el precario presupone un vínculo personal entre el cedente y el precarista que motiva la tolerancia del uso, y es evidente que ese vínculo no tiene por qué existir (como ocurre en el caso) entre el nuevo propietario (el ex esposo) y el precarista (la ex mujer). Vínculo que, por otra parte, existía entre el abuelo paterno cedente y su hijo, no tanto así con la nuera precarista; sin embargo, la proximidad temporal (apenas dos meses) entre la fecha del divorcio y la muerte de aquél explica que no hubiera intentado reivindicar la vivienda.

Estando así las cosas, debería ser el ex esposo, nuevo propietario de la vivienda, quien decidiera si tolera el uso o no¹⁸⁴, y, en caso de no hacerlo, poder recuperar la vivienda a su voluntad, instando un juicio de desahucio por precario; o, como sucede en

¹⁸⁴ A este respecto, señala ESPIAU ESPIAU, S.: “Comentario a la Sentencia de 31 de diciembre de 1994”, cit., p. 673, que “El propietario concedente puede, pues, revocar libremente la concesión en precario y recobrar en cualquier momento -antes o después de una situación de crisis matrimonial, antes o después de la sentencia a que, en su caso, dé lugar dicha crisis-la posesión de la vivienda; y lo mismo cabe decir de su heredero, una vez se convierta en propietario de la misma. De otro modo, se dispensaría una protección mayor a quien posee en concepto de precario, sin plazo y por mera tolerancia, que a quien lo hace en concepto distinto del de dueño, fundando su posesión en un derecho patrimonial de contenido posesorio, toda vez que la existencia de esta última se hace depender no sólo de la decisión judicial, sino también de la subsistencia de la titularidad que la fundamenta”.

el caso analizado, disponer de la vivienda libremente, sin restricción alguna (es decir, sin necesidad de recabar el consentimiento que prevé el art. 96.IV CC¹⁸⁵). Sin embargo, el Supremo, y pese a decir que la decisión judicial que aprobó el convenio que atribuyó el uso a la esposa “no es generadora de un derecho real”, sorprendentemente afirma a continuación que dicha decisión judicial es oponible *erga omnes* y que “protege a la familia en virtud de la aprobación del convenio”, con lo cual está, *de facto*, generando un derecho, a pesar de haber dicho líneas atrás que “la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí sólo proteger el que la familia ya tenía”; título que en el caso del precario, como se ha dicho, no existe.

Otra cuestión que trata de demostrar la ex mujer en su afán por lograr que se declare la nulidad de la venta es que el adquirente actuó de mala fe. Con independencia de que éste supiera o no de la existencia del precario (algo que no se pudo demostrar en el proceso), nos preguntamos si en un supuesto como el aquí analizado, en el que la precarista no tiene título alguno para poseer, puede existir mala fe en la adquisición, lo cual nos resulta muy dudoso.

Finalmente, ante el argumento de la ex mujer de que el art. 96.IV CC permite anular la enajenación con independencia de la buena fe del adquirente (al no contener norma parangonable al art. 1320.II CC¹⁸⁶), el Supremo señala que el art. 96.IV CC “proporciona una protección de la vivienda familiar, atribuida a uno de los cónyuges en bien propiedad del otro, de carácter absoluto, ejercitable «erga omnes» pero limitada a que subsista la ocupación durante todo el tiempo que disponga el Juez de familia que aprobó el convenio, que no impide la enajenación compatible con el uso, una vez disuelto el matrimonio”. Acierta el Supremo al admitir la validez de la enajenación realizada al adquirente; sin embargo, como venimos diciendo, nos parece que en este supuesto especial, en que se usa de la vivienda en precario, aquél no debería soportar el uso. Y es que el Supremo parece partir de la premisa prevista en el art. 96.I CC: la vivienda familiar pertenecía al cónyuge no adjudicatario del uso al tiempo de la crisis

¹⁸⁵ “Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”.

¹⁸⁶ “La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”.

matrimonial. Sólo así se explica la solución a la que llega, elevando el derecho de uso atribuido en este caso a la categoría de oponible *erga omnes*.

Concluye el Supremo invitando al adquirente a ejercitar una eventual acción de anulación del contrato (art. 1301 CC) por la posibilidad de que haya resultado viciado por dolo el consentimiento prestado: “Serán, en su caso, los adquirentes los que valorarán la incidencia del uso atribuido en el consentimiento, por ellos prestado, en el contrato de adquisición”.

2. La constitución del derecho de uso de la vivienda familiar.

El derecho de uso de la vivienda ex art. 96 CC precisa, como presupuesto inexcusable para su constitución, la existencia de una situación de crisis matrimonial. Por tanto, el uso (la ocupación de la vivienda) que, constante matrimonio, realizan los cónyuges, no es derecho de uso a estos efectos.

En situación de normalidad matrimonial, el uso u ocupación de la vivienda no es un derecho autónomo, sino que forma parte del más amplio derecho-deber de convivencia conyugal (arts. 68 y 69 CC)¹⁸⁷. Es, en consecuencia, un presupuesto de la convivencia: ésta sólo es posible si ambos cónyuges cohabitan, es decir, usan simultáneamente de la vivienda.

El derecho de uso exclusivo de la vivienda familiar al que nos referimos aquí surge cuando se produce la crisis matrimonial. Ésta trae causa de una situación de deterioro de la convivencia y de la relación, de forma que no pueden ambos cónyuges seguir conviviendo bajo el mismo techo, lo que explica la necesidad de atribuir el uso de la vivienda familiar a uno solo de los cónyuges que, según el art. 96.I CC, será aquel al que, a su vez, se haya atribuido la guarda y custodia de los hijos menores.

¹⁸⁷ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, cit., p. 1336.

2.1. El derecho de uso de la vivienda familiar constituido mediante resolución judicial.

El derecho de uso puede tener dos orígenes distintos, según exista, o no, consenso en el uso de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial. Los arts. 90 a 101 CC regulan “los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, entre los cuales se encuentran ciertos efectos personales¹⁸⁸ y patrimoniales¹⁸⁹, destacando, de entre estos últimos, la atribución del uso de la vivienda familiar¹⁹⁰, que podrá hacerse por los cónyuges en el convenio regulador [art. 90.1.c) CC], o por el Juez, en defecto de convenio (art. 91 CC), o si éste resulta dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (art. 90.2.I CC).

No existiendo consenso, es decir, en defecto de acuerdo de los cónyuges, no cabe duda que el derecho de uso lo constituirá la resolución judicial, *ex art.* 96 CC. Hay que tener en cuenta aquí que la constitución del derecho de uso de la vivienda familiar no se limita únicamente a la sentencia de nulidad, separación o divorcio que ponga fin al proceso, sino que también puede constituirse en las medidas previas o provisionales (art. 104 CC), o en las medidas provisionales que se adopten en punto a este tema (art. 103.2ª CC).

2.2. El derecho de uso de la vivienda familiar como medida acordada en el convenio regulador.

La otra alternativa, es decir, mediando consenso de los cónyuges en el convenio regulador para que el uso de la vivienda se atribuya a uno de ellos, plantea la duda de si existe una auténtica constitución del derecho de uso por parte de los cónyuges, siendo la intervención del juez una mera homologación; o si, en cambio, el derecho de uso es también de constitución judicial. Nos inclinamos por sostener esta segunda tesis, pues,

¹⁸⁸ A saber: guarda y custodia de los hijos (art. 90.1.a), régimen de visitas del progenitor no custodio (art. 90.1.a), y régimen de visitas de los abuelos (art. 90.1.b).

¹⁸⁹ Son los siguientes: atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar (art. 90.1.c), contribución a las cargas del matrimonio y alimentos (art. 90.1.d), liquidación del régimen económico-matrimonial (art. 90.1.e), y pensión compensatoria (art. 90.1.f).

¹⁹⁰ Cuya regulación se contempla ahora en el art. 90.1.c), desde la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Anteriormente, venía regulada en el antiguo art. 90.1.c) CC.

en estos casos, el juez también interviene mediante un análisis del contenido del convenio regulador, que puede hacer inútil la voluntad de los cónyuges si ésta había sido la de atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no quedara con los hijos o que, atendidas las circunstancias, no ostentara el interés más digno de protección¹⁹¹.

Ahora bien, el planteamiento anterior quiebra en ciertos supuestos debido a las previsiones de la Ley núm. 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria¹⁹², que ha introducido alguna novedad en esta materia. Así, en los casos en que no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, la separación o el divorcio se podrán tramitar ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario (arts. 81 y 86, a contrario).

En este supuesto, desde luego, hay que excluir que se trate de una constitución judicial del derecho de uso, algo que salta a la vista por el propio carácter no jurisdiccional de los funcionarios mencionados (sería un absurdo, desde luego, sustraer esta competencia a los juzgados al objeto de aligerar su carga de trabajo y al mismo tiempo afirmar la constitución judicial del derecho de uso).

Descartado lo anterior, el problema fundamental se presenta a la hora de determinar si se trata, o no, de una constitución del derecho de uso realizada por los cónyuges. Como ocurre en el caso de que el convenio regulador deba ser aprobado por el juez, el convenio regulador que presenten ex arts. 82.1 y 87 CC será igualmente objeto de análisis y examen, si bien, aquí, por funcionarios distintos de los investidos con la potestad jurisdiccional¹⁹³, por lo que, y habida cuenta el paralelismo existente,

¹⁹¹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales", cit., pp. 1336-1337, considera a este respecto que la constitución del derecho de uso puede ser directa y coactiva "en las medidas previas o provisionales y en la sentencia", o indirecta, mediante la aprobación del convenio regulador; pero es, en todo caso, una "constitución judicial", puesto que el derecho de ocupación, "como tal y con la naturaleza jurídica vista, sólo se constituirá por la resolución judicial que apruebe dicho convenio".

¹⁹² B.O.E. núm. 158, de 3 de julio de 2015, pp. 54068-54201.

¹⁹³ En este sentido, el nuevo art. 90.2.III CC afirma que "Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Secretario judicial o Notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador".

prima facie podría desecharse la posibilidad de considerar que son los cónyuges quienes constituyen el derecho de uso.

Sin embargo, ambos supuestos no son equiparables de forma absoluta, pues la potestad revisora del Secretario judicial y del Notario es limitada, pudiendo únicamente aprobar el convenio regulador, o rechazarlo en su totalidad, en cuyo caso debe dar por terminado el expediente, de forma que los cónyuges deberán dirigirse al juez para que sea éste quien apruebe la propuesta de convenio regulador (art. 90.2.III CC)¹⁹⁴. Por lo tanto, en la medida en que la intervención del Secretario judicial o Notario es menos trascendente que la del juez cuando ésta es preceptiva, algún autor entiende que en estos supuestos el derecho de uso podría ser constituido por los cónyuges, en el marco de dos nuevos negocios jurídicos de Derecho de familia (separación y divorcio ante Secretario judicial o Notario) cuya validez, eso sí, exige la intervención de dichos funcionarios¹⁹⁵.

2.3. La necesidad de título previo de ocupación a efectos de la constitución del derecho de uso de la vivienda familiar.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que para que el juez pueda constituir el derecho de uso sobre la vivienda familiar debe existir un derecho de ocupación previo por parte de los cónyuges; de forma que, si no existe tal título (como en el caso ya visto del precario), el juez no constituye un derecho de uso, sino que meramente atribuye el uso de la vivienda familiar, es decir, permite la continuación en el uso de la misma¹⁹⁶. En este sentido, se ha señalado acertadamente que “El derecho de uso no se crea

¹⁹⁴ A este respecto, es de advertir la necesidad de crear una base de datos con los expedientes de las separaciones y divorcios que hayan sido denegados por el Secretario judicial o Notario, pues, de lo contrario, los cónyuges podrían acudir a otro funcionario de dichos cuerpos, que, con un criterio distinto, considerara que las cláusulas del convenio regulador no resultan lesivas para ninguna de las partes u otros afectados, y, en consecuencia, decretara la separación o el divorcio, sin posibilidad de que el juez llegara a conocer del contenido del convenio.

¹⁹⁵ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Separación y divorcio”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coord.): *Derecho Civil IV (Derecho de familia)*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2016, p. 92.

¹⁹⁶ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, cit., p. 1335.

abstractamente por la sentencia, sino que presupone una realidad jurídica previa sobre la que se proyecta, la cual determina su naturaleza”¹⁹⁷.

Por lo demás, la propia constitución judicial del derecho de uso excluye que se pueda constituir dicho derecho de otro modo; en particular, ello no será posible mediante un acuerdo *inter partes* en tal sentido¹⁹⁸.

2.4. El uso de la vivienda familiar atribuido al cónyuge propietario o copropietario de la misma.

Puede ocurrir que el derecho de uso de la vivienda familiar sea atribuido al cónyuge propietario o copropietario de la vivienda. Como ya sostuvimos anteriormente, el art. 96.I CC está contemplando dos casos:

a) que el cónyuge al que se atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar no sea el propietario de la misma; y

b) que ese mismo cónyuge sea copropietario de la vivienda.

Por tanto, lo anterior da lugar, a su vez, a dos supuestos:

a) que se atribuya el uso de la vivienda familiar al cónyuge no propietario, en cuyo caso ese específico derecho de ocupación surgirá con independencia de la propiedad de la misma; y

b) que se atribuya el uso al cónyuge copropietario de la vivienda. En este caso, entendemos que ese uso surgirá también con independencia del derecho de copropiedad; es decir, el cónyuge usuario poseerá la vivienda con base en dicho derecho de uso

¹⁹⁷ DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., p. 3416.

¹⁹⁸ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, cit., p. 1337, dice que este acuerdo, en su caso, dará lugar a un arrendamiento, a un precario, a un usufructo, etc., “pero no a este específico derecho de ocupación”.

exclusivo¹⁹⁹, y no en virtud del uso genérico al que le habilita el derecho de copropiedad. Por su parte, el cónyuge copropietario al que no se atribuye el uso de la vivienda familiar únicamente pierde la posesión inmediata de la vivienda, pero ello no afecta a la cotitularidad que de la misma ostenta²⁰⁰. Aunque volveremos sobre el tema, consideramos que en este caso el derecho de uso debe ser también inscribible y oponible al cónyuge cotitular no usuario.

3. La titularidad del derecho de uso de la vivienda familiar.

La titularidad del derecho de uso de la vivienda familiar fue también, en su día, una cuestión debatida. En efecto, el debate surgió por la dicción del art. 96.I CC, al establecer que “el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”²⁰¹. La literalidad del precepto parece atribuir el derecho de uso de la vivienda familiar no sólo al cónyuge custodio, sino, primeramente y antes que a nadie, a los hijos²⁰², lo que generó la duda de si éstos también podían ser considerados titulares del derecho de uso conjuntamente con

¹⁹⁹ Parece ser de esta opinión O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, cit., p. 1334.

²⁰⁰ Señala en este sentido CORTADA CORTIJO, N.: “Comentario a la Sentencia de 4 de diciembre de 2000”, *CCJC*, núm. 56, 2001, p. 617, que “en el supuesto del cónyuge, cuya mitad resulta atribuida – su uso- a su consorte, si bien en ningún caso afecta a su titularidad, que se mantiene inalterada, sí modifica, en cambio, las facultades que constituyen el contenido de su derecho. En este sentido, se priva a dicho sujeto de la posesión que sobre su mitad le correspondería”, añadiendo la autora que “Ahora bien, esta privación de la propia posesión se refiere sólo a la posesión inmediata. La titularidad de la vivienda no resulta afectada, por lo cual, subsiste el *ius possidendi* que justificaba la tenencia, y ello determina que se ostente una posesión mediata sobre la vivienda familiar”.

²⁰¹ Este problema no ha existido en Italia, o, al menos, la solución ofrecida ha sido más homogénea. En efecto, en el país transalpino el actual art. 337 *sexies* CCI (antiguo art. 155 *quater*), aplicable tanto a la separación como al divorcio, dispone, en lo que aquí interesa, que “El disfrute de la vivienda familiar será atribuido teniendo en cuenta prioritariamente los intereses de los hijos”. Por su parte, el art. 6.6 de la Ley núm. 898/1970, de 1 de diciembre (“Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio”) (G.U. núm. 306, de 03-12-1970), relativa al divorcio, señala que tendrá preferencia para permanecer en la vivienda familiar el progenitor a cuyo cuidado queden los hijos o con el que convivan los hijos una vez alcanzada la mayoría de edad. Del análisis conjunto de ambos preceptos, y especialmente del tenor literal de la última norma, se llega a la conclusión que el titular del derecho es el cónyuge custodio, y, en ningún caso, los hijos.

²⁰² ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja. Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados*, cit., p. 977, afirma, con vehemencia, que el legislador, “haciendo caso omiso de la lógica y de lo prevenido en otros preceptos, lleno de buena intención y exceso de celo, añadió a los hijos como titulares de este derecho”, al tiempo que destaca que confundir el amparo preferente a los hijos con la titularidad del derecho de uso “es signo de imprecisión, falta de reflexión y confusión jurídica. Lamentable”.

aquél²⁰³. Incluso, se ha apuntado de la posibilidad de que la titularidad corresponda exclusivamente a los hijos menores, aprovechándose el cónyuge custodio de ese uso en virtud de haberle sido encomendada la guarda y custodia de aquéllos²⁰⁴.

En cualquier caso, predomina la opinión de que la titularidad del derecho de uso corresponde al cónyuge custodio, y no, en cambio, a los hijos que quedan a su cargo, que a estos efectos serían meros beneficiarios del mismo²⁰⁵. Se trata de una titularidad

²⁰³ Así, por ejemplo COBACHO GÓMEZ, J. A.: “El uso de la vivienda familiar y el interés de los hijos”, *Anales de Derecho*, núm. 8, 1985, pp. 148-149; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: *El sistema legal del matrimonio en el Código Civil*, Civitas, Madrid, 2002, p. 246; GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 96 CC”, en ALBALADEJO GARCÍA, M. (dir.): *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo II: arts. 42 a 107 CC, EDERSA, 2ª ed., Madrid, 1982, p. 410; JUANES PECES, Á. y GALVÁN ARIAS, J. R.: “La naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial”, cit., pp. 5-6 (versión en pdf; La Ley 5273/2001); LÓPEZ LIZ, J.: *Bienes inmuebles y sociedad conyugal (Adquisición, administración y disposición, hipoteca y embargo, con particular estudio del derecho real de uso especial de la vivienda familiar)*, cit., p. 271; ROCA TRÍAS, E.: “Art. 96 CC”, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., SALVADOR CODERCH, P. (dirs.): *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 399-400; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja. Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados*, cit., pp. 977-979.

²⁰⁴ V. en este sentido LÓPEZ ALARCÓN, M.: *El nuevo sistema matrimonial español. Nulidad, separación y divorcio*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 370; VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La «necesidad de vivienda»”, cit., p. 24; y VICENTE DÍAZ, M.: “Cuestiones sustantivas y procesales de los bienes gananciales en las crisis matrimoniales”, cit., p. 269.

Hay que hacer notar que esta interpretación choca con el tenor literal del art. 96.I CC, que dice que el uso de la vivienda familiar corresponde “a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”. El uso de la conjunción “y”, como es sabido, implica suma o adición. Por tanto, la interpretación gramatical lleva necesariamente a considerar que el uso de la vivienda no se atribuye a los hijos de modo exclusivo en ningún caso, como proponen estos autores.

Así lo ha observado también MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC) (Teoría y práctica jurisprudencial)*, cit., p. 235, quien matiza que la atribución del uso a los hijos sólo sería posible, desde esta perspectiva literal, si se entiende (algo que según la autora no realiza ninguno de los partidarios de esta postura) que “la mención al cónyuge [custodio] simplemente se hace por beneficiarse éste, en la práctica, de tal atribución al tener que convivir con aquéllos”.

²⁰⁵ A esta conclusión se llega de la lectura del art. 96.IV CC, según el cual “Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”. El precepto, como se observa, habla del uso “que corresponda al cónyuge no titular”, sin mencionar a los hijos comunes.

A este respecto, disponen las RRDGRN de 27 de agosto de 2008 (RJ 2008, 8285); de 10 de octubre de 2008 (RJ 2009, 634); de 14 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3006); de 18 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 1667); núm. 8343/2012, de 19 de mayo (RJ 2012, 7934); o núm. 8775/2013, de 9 de julio (RJ 2013, 6668), que “una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido (en este caso el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su custodia) y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo, pues es a tal cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en

per relationem, que más que establecerse a favor del cónyuge custodio, se establece con el fin de salvaguardar el interés superior de los hijos que quedan a su cargo. La doctrina ha considerado que este criterio es el que (toda vez resultar difícil de conciliar con la literalidad del art. 96.I CC) resulta más acertado, en la medida en que evita los problemas prácticos que surgirían en el caso de considerar también a los hijos como titulares del derecho de uso²⁰⁶. Ésta es también la línea seguida por la jurisprudencia de la DGRN²⁰⁷.

Por lo demás, hay que tener en cuenta que si el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge copropietario, éste será titular del derecho real de uso exclusivo en

que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento. En consecuencia, no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos que son beneficiarios pero no titulares del derecho”.

²⁰⁶ Así, de considerar a los hijos como cotitulares del derecho de uso junto con el cónyuge custodio, se llegaría al absurdo de que, en caso de atribuirse el uso de la vivienda al cónyuge propietario de la misma, éste necesitaría, para disponer de ella, el consentimiento de sus hijos (representados, a su vez, por el otro cónyuge *ex art. 163.II CC*); y, en sentido opuesto, en caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular, si el cónyuge propietario quisiera disponer de ella, precisaría no sólo el consentimiento de aquél, sino también el de sus propios hijos, lo que entraría en conflicto con el art. 96.IV CC que, a estos efectos, sólo exige el consentimiento del cónyuge no titular (o, en su caso, autorización judicial).

V. en este sentido, BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar”, cit., p. 1355; DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”; cit., p. 3454 (nota al pie 128); ELORRIAGA DE BONIS, F.: *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, cit., p. 484; GARCÍA-MAURIÑO, S. y DEL CARPIO FIESTAS, V.: “Atribución de uso de vivienda familiar y «actio communi dividundo»”, cit., p. 83; MANZANO FERNÁNDEZ, M^a. del M.: “Derecho de uso de la vivienda familiar y atribución del uso en situaciones de crisis matrimonial”, *LandAS: International Journal of Land Law & Agricultural Science*, núm. 5, enero-julio 2011, pp. 14-16; MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC) (Teoría y práctica jurisprudencial)*, cit., pp. 239-242; MORALEJO IMBERNÓN, N. I.: “La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial”, cit., p. 98; *ÍD.*: “Régimen jurídico de la vivienda familiar”, cit., p. 1029; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, cit., p. 1337; RAMS ALBESA, J. J.: “Artículo 96 CC”, cit., pp. 1018-1019; *ÍD.*: *Uso, habitación y vivienda familiar*, cit., pp. 113-115; y RODRÍGUEZ LÓPEZ, F.: “Notas sobre la vivienda habitual de la familia (en turno de rectificación)”, cit., p. 1607; y TAMAYO CARMONA, J. A.: “El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro”, *Rev. boliv. de derecho*, núm. 19, enero 2015, p. 289.

²⁰⁷ V. en este sentido las ya citadas RRDGRN de 27 de agosto de 2008 (RJ 2008, 8285); de 10 de octubre de 2008 (RJ 2009, 634); de 14 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3006); de 18 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 1667); núm. 8343/2012, de 19 de mayo (RJ 2012, 7934); o núm. 8775/2013, de 9 de julio (RJ 2013, 6668).

la misma medida que si se atribuyera al cónyuge no propietario, pues el derecho de uso que surge en estos casos es autónomo respecto del derecho de copropiedad²⁰⁸.

En otro orden de ideas, cabe poner de manifiesto que los hijos a los que alcanza la protección que brinda el art. 96.I CC son, exclusivamente, los hijos comunes a ambos cónyuges²⁰⁹; y no, en cambio, los hijos que lo sean únicamente del cónyuge no titular (o copropietario) usuario. Ahora bien, cuestión distinta es que los hijos que lo sean únicamente del cónyuge no titular (o copropietario) usuario puedan llegar a continuar en el uso de la vivienda, por haber sido éste atribuido a aquél en consideración, no a tales hijos exclusivos suyos, sino a los eventuales hijos comunes que pudieran existir. Por último, sería también posible que los hijos exclusivos del cónyuge titular no usuario continuaran en la vivienda, pues, como se ha afirmado, dichos hijos son tan familiares suyos como los comunes²¹⁰.

4. El contenido del derecho de uso de la vivienda familiar.

A nuestro juicio, el contenido del derecho de uso de la vivienda familiar, como ya hemos puesto de manifiesto, tiene una doble vertiente:

a) positiva, que se traduce en la facultad para usar de la vivienda de forma temporal y provisional; y

²⁰⁸ Parece sostener esta opinión, al menos implícitamente, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales", cit., p. 1337.

²⁰⁹ Lo que incluye no sólo los hijos biológicos, sino también los hijos adoptados conjuntamente por ambos cónyuges, y el hijo de uno de ellos adoptado por el otro. V. en este sentido MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC) (Teoría y práctica jurisprudencial)*, cit., pp. 112-113.

²¹⁰ MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC) (Teoría y práctica jurisprudencial)*, cit., p. 112.

Como luego tendremos ocasión de apuntar (ver *infra* III.2.2), a esta solución se ha llegado en Portugal tras las modificaciones introducidas por la "Lei núm. 137/2015, de 7 de setembro", en materia de responsabilidades parentales, la cual ha añadido el art. 1904.A CCP, cuyo primer apartado dispone que: "Cuando la filiación se encuentre establecida únicamente en relación con uno de los padres, las responsabilidades parentales pueden ser también atribuidas, por decisión judicial, al cónyuge o conviviente de aquél, ejerciéndolas, en este caso, de forma conjunta con el progenitor".

b) negativa, que significa que el titular del derecho de uso se puede oponer a la enajenación de la vivienda realizada por el cónyuge propietario de la misma, sin haber recabado primero el consentimiento de aquél.

Así pues, el derecho de uso no puede equipararse a una mera limitación de disponer pues dicho derecho atribuye, también, y sobre todo, la posesión de la vivienda familiar. El derecho de uso tiene una sustantividad propia consistente en permitir el alojamiento del cónyuge custodio y de los hijos menores, a fin de salvaguardar el interés prevalente de éstos²¹¹. La limitación de disponer, desde esta perspectiva, actúa como garantía de dicha función principal de uso, cumpliendo, si se quiere, una función instrumental²¹².

La cuestión, a día de hoy, no está del todo clara en la jurisprudencia. Hasta hace no mucho tiempo, el derecho de uso de la vivienda familiar venía siendo considerado como una mera limitación de disponer, tanto por el Tribunal Supremo²¹³, como por la

²¹¹ AGUIRRE FERNÁNDEZ, B. J.: “La inscripción del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, *Diario La Ley*, Año XXXI, núm. 7378, Sección Doctrina, 12 de abril de 2010, p. 3; DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., p. 3414; DÍAZ FRAILE, J. M^a.: “El uso de la vivienda familiar en el Libro Segundo sobre la persona y la familia del Código Civil de Cataluña y su tratamiento jurisprudencial”, en BARRADA ORELLANA, R., GARRIDO MELERO, M. y NASARRE AZNAR, S.: *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 438; y RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G.: “La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 2013, p. 1897.

²¹² DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., p. 3414, sitúa la limitación de disponer fuera del contenido del derecho de uso. Para el autor, dicha facultad es “externa al mismo”, otorgándose al titular del derecho de uso “para proteger la necesidad de habitación de los hijos encomendados a su cuidado (o, en defectos de hijos, la suya propia)”.

²¹³ Merece traer a colación de nuevo aquí, por ilustrativa, la doctrina emanada de la STS (del Pleno) núm. 859/2009, de 14 de enero de 2010 (RJ 2010, 2323), la cual afirmó que “Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad”.

Tal doctrina se ha reiterado en las posteriores SSTS núm. 584/2010, de 8 de octubre (RJ 2010, 7445); núm. 772/2010, de 22 de noviembre (RJ 2011, 936); núm. 178/2011, de 18 de marzo (RJ 2011, 935); núm. 78/2012, de 27 de febrero (RJ 2012, 3383).

DGRN²¹⁴. Sin embargo, en la actualidad, se puede decir que la postura de la DGRN ha cambiado por completo, reconociendo ahora el doble contenido (positivo y negativo) del derecho de uso²¹⁵; pero no, en cambio, la del Tribunal Supremo, que sigue haciendo referencia únicamente al contenido negativo²¹⁶.

5. La temporalidad del derecho de uso de la vivienda familiar.

El derecho de uso de la vivienda familiar es una medida que se adopta con carácter temporal. Como se ha tenido ocasión de apuntar, el art. 96.I CC parte de la premisa de que la vivienda cuyo uso se atribuye al cónyuge custodio es una vivienda en parte o totalmente ajena, con lo cual perpetuar ese uso indefinidamente equivaldría a atentar contra un derecho consagrado en la Constitución como es el de propiedad (art. 33.1 CE)²¹⁷.

²¹⁴ La doctrina del Tribunal Supremo recién expuesta tiene su antecedente más inmediato en la RDGRN de 10 de octubre de 2008 (RJ 2009, 634), la cual se refirió al contenido del derecho de uso como “el de contar con el consentimiento de su titular para la enajenación de la vivienda”, lo que, como resulta obvio, no resulta necesario cuando dicho derecho de uso es atribuido al cónyuge que es titular exclusivo de dicha vivienda, “ya que en ningún caso se podrá proceder a la enajenación sin su consentimiento”.

También se había referido principalmente a ese contenido negativo, anteriormente, la RDGRN de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7680), al aseverar que “Respecto a la inscribibilidad de la atribución de la vivienda al cónyuge que no es propietario, es algo indiscutible, pues, sin necesidad de entrar en si tal uso y disfrute es o no un derecho real, en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario (cfr. artículo 90 del Código Civil) que produce efectos «erga omnes», por lo que debe tener acceso al Registro, ya que, de no tenerlo, una afirmación falsa del propietario disponente podría dar lugar a la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que haría perder tal uso al cónyuge a quien se hubiera atribuido”.

²¹⁵ En este sentido, las más recientes resoluciones de la DGRN han complementado el contenido del derecho de uso que habían establecido inicialmente (como una mera limitación de la facultad de disponer de la vivienda por el cónyuge titular de la misma), subrayando que dicho derecho se compone de “un haz de facultades”, integrado básicamente “por una facultad de ocupación provisional y temporal [...], y por el poder de limitar el ejercicio de las facultades dispositivas por parte del cónyuge (ex cónyuge) titular del dominio”.

V. a este respecto las RRDGRN de 14 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3006); núm. 8775/2013, de 9 de julio (RJ 2013, 6668); núm. 12221/2014, de 24 de octubre 2014 (RJ 2014, 6107); y núm. 2692/2015, de 20 de febrero (RJ 2015, 1226).

Resulta curioso que estas sentencias se inspiren, a la hora de referirse al contenido positivo del derecho de uso, en una sentencia del Supremo del año 1997, la STS núm. 278/1997, de 4 abril (RJ 1997, 2636), en la que el alto tribunal calificó el derecho de ocupación como “provisional y temporal”.

²¹⁶ V., por ejemplo, la STS núm. 118/2015, de 6 de marzo (RJ 2015, 1104).

²¹⁷ MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC) (Teoría y práctica jurisprudencial)*, cit., p. 246.

Sin embargo, y siendo lo anterior así, el art. 96.I CC, relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar existiendo hijos (menores o mayores de edad), no hace referencia al periodo de tiempo concreto (determinado) por el cual debe extenderse dicho uso²¹⁸; tampoco fija un periodo concreto de tiempo el art. 96.III CC, relativo a la atribución del uso en ausencia de ellos, si bien establece que el uso de la vivienda corresponderá al cónyuge no titular “por el tiempo que prudencialmente se fije”.

5.1. La temporalidad del derecho de uso de la vivienda familiar existiendo hijos económicamente dependientes.

Un sector de la doctrina ha justificado la ausencia de un periodo concreto de tiempo en el art. 96.I CC aludiendo a su superfluidad, ya que, si se parte de que el uso de la vivienda se atribuye al cónyuge custodio para satisfacer el interés superior de los hijos menores, siendo éstos mayores de edad, deja de tener sentido la atribución. Por tanto, estos autores entienden que el periodo de tiempo por el que se conceda el uso debe extenderse hasta que el último de los hijos que queden a cargo del progenitor custodio alcance la mayoría de edad²¹⁹.

Dicha posición doctrinal parece haber sido acogida, en la legislación autonómica, por el CCCat.²²⁰. Así, el art. 233-20.2 dispone que “Si no existe acuerdo o si éste no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure ésta”²²¹. Desde luego, y aunque la guarda sobre los hijos se puede extinguir por otras causas (por privación de la misma al progenitor que la ostenta, por

²¹⁸ Ello ha llevado a TAMAYO CARMONA, J. A.: ¿Patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar?, *REDCV: Revista Electrónica de Derecho Civil Valenciano*, núm. 10, segundo semestre 2011, p. 3 (versión en pdf del artículo, disponible en <http://derechocivilvalenciano.com>), a señalar que se trata de un derecho temporal, “pero no determinable”.

²¹⁹ Entre otros, GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 96 CC”, cit., p. 410; MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC) (Teoría y práctica jurisprudencial)*, cit., pp. 246-247; o PINTO ANDRADE, C.: “La atribución judicial de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 30, mayo 2013, p. 13.

²²⁰ V. a este respecto DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I.: “Los hijos mayores de edad y la atribución del uso de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 733, 2012, pp. 2847-2848.

²²¹ El precepto sigue el criterio establecido en el anterior art. 83.2.a) del ya derogado “Codi de Família”.

emancipación del hijo menor, etc.), el supuesto más habitual de extinción será el de la mayoría de edad de los hijos menores²²².

Esta postura, sin embargo, presenta, a nuestro juicio, diversos problemas. En primer lugar, el art. 96.I CC habla de “hijos”, y no de “hijos menores”, por lo que debe

²²² Con todo, algún autor ha entendido que la custodia se puede constituir “no hasta la mayoría de edad del hijo, sino hasta la independencia económica de éste”, con lo cual, en este último caso, el derecho de uso se extendería hasta dicho momento. V. DÍAZ FRAILE, J. M^a.: “El uso de la vivienda familiar en el Libro Segundo sobre la persona y la familia del Código Civil de Cataluña y su tratamiento jurisprudencial”, cit., p. 432. Detrás de esta discutible opinión se encuentra una tendencia de la Audiencia Provincial de Barcelona consistente en interpretar en sentido amplio el concepto de “guarda” del art. 233-20.2 CCCat., equiparándolo, no al significado jurídico de “guarda y custodia”, sino a un significado más general, entendiendo por “guarda” la convivencia de los hijos menores con el cónyuge custodio.

Éste podría ser el caso resuelto por la SAP Barcelona núm. 212/2014, de 26 de marzo (JUR 2014, 135522). En ella, la Audiencia confirma la sentencia de instancia (la cual había atribuido el uso de la vivienda familiar a la ex esposa mientras tuviera la guarda de los hijos mellizos), rechazando la pretensión del ex esposo apelante de que se fijara un límite temporal de uso de cinco años o, subsidiariamente, la mayoría de edad de los hijos. De esta forma, implícitamente la Audiencia está diciendo que la guarda de los hijos puede prolongarse más allá de la mayoría de edad; lo que tendrá lugar, especialmente, cuando el hijo mayor de edad no haya alcanzado aún la independencia económica respecto de sus progenitores.

Podríamos también incluir aquí, aunque con matices, el caso de la SAP Barcelona núm. 328/2015, de 7 de mayo (JUR 2015, 164638). En ella, la Audiencia entiende que de la sentencia de divorcio no se desprende con claridad que el criterio de atribución sea exclusivamente el de la guarda, pues aquella hace también referencia al criterio de necesidad del cónyuge custodio, en cuyo caso puede prolongarse el uso de la vivienda aun habiendo alcanzado los hijos la mayoría de edad [posibilidad permitida por el art. 233-20.3.c)]. Considera la Audiencia que “los ingresos que percibe la madre, su situación laboral incierta y la convivencia en la misma casa de la hija mayor dependiente que implica lógicamente una carga económica aun cuando perciba una pensión de alimentos del padre, la coloca en una situación de mayor necesidad. El demandante ha adquirido un inmueble en Perpignan (Francia) donde vive y ha puesto a la venta otro inmueble en Palafróls (España), por lo que no requiere disponer de forma inmediata del inmueble que constituye el domicilio familiar. Debe confirmarse en consecuencia el pronunciamiento que además y en correcta aplicación de lo dispuesto en el art. 233-20.5 CCCat fija un límite temporal al derecho de uso que consideramos acertado en tanto aparece vinculado a la posible finalización de los estudios superiores de la hija común”. Por tanto, y a pesar de prolongar el uso en base a la necesidad del cónyuge guardador, la Audiencia confirma el plazo establecido en la instancia, coincidente con el de finalización de los estudios de la hija, lo que se puede interpretar como una protección no sólo a la madre, sino principalmente a la hija, a la que se permite vivir en la vivienda familiar hasta el momento en que se encuentre apta para procurarse por sí misma su subsistencia mediante su incorporación al mercado laboral.

Sin embargo, la SAP Barcelona núm. 823/2014, de 10 de diciembre (JUR 2015, 65353), entendió a este respecto que “la mayoría de edad de la hija no supondrá su independencia pues se encuentra en periodo de formación académica, circunstancia que concurre en la mayoría de los casos, pero ello no autoriza sin más a ampliar el plazo legalmente establecido. El legislador, de forma clara, ha impuesto como límite temporal del derecho de uso la mayoría de edad de los hijos, no el momento en que éstos tengan medios propios o estén en disposición de tenerlos, como sí en cambio ha contemplado para mantener la pensión de alimentos”.

En cualquier caso, choca, desde luego, esta disparidad de criterios en el seno de la Audiencia Provincial de Barcelona.

entenderse que el precepto protege también el interés de los hijos mayores de edad, y no únicamente el de los menores²²³, puesto que el único requisito que exige aquél es el de la convivencia²²⁴.

En segundo lugar, a la misma conclusión se llega necesariamente si se considera el derecho de uso de la vivienda familiar como concepto integrante del contenido del derecho de alimentos²²⁵. Desde este prisma, y pudiendo extenderse los alimentos más allá de la mayoría de edad²²⁶, la solución más razonable consiste en incluir a los hijos mayores de edad en el supuesto de hecho del art. 96.I CC, cuando éstos sean económicamente dependientes respecto de los padres²²⁷. Así, la atribución del uso de la

²²³ Esta posición es coherente con el art. 96.III CC, que regula el supuesto de la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de no existir hijos. Y es que el precepto habla de “No habiendo hijos...”, no de “No habiendo hijos menores de edad...”. Así lo pone de manifiesto, por ejemplo, MONTERO AROCA, J.: *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del artículo 96 del Código Civil)*, cit., p. 96.

²²⁴ Así parece sostenerlo implícitamente O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, cit., p. 1338. V. también en este sentido LUCINI CASALES, Á.: “La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado”, cit., p. 116.

²²⁵ En este sentido, el art. 142.I CC define como alimentos “todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”. Este precepto debe ponerse en conexión con el art. 149.I CC, según el cual “El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”.

²²⁶ “Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable” (art. 142.II CC).

²²⁷ Así se ha manifestado un sector mayoritario de la doctrina: ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, M.: *Código Civil: Doctrina y Jurisprudencia*, cit., p. 715; ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.: “Asignación del uso de la vivienda familiar una vez que el hijo ha alcanzado la mayoría de edad”, cit., pp. 212-213; CERVILLA GARZÓN, M^a. D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, cit., p. 39; CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, cit., p. 18; DE COSSÍO MARTÍNEZ, M.: *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, cit., pp. 60-61; DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales”, *Actualidad Civil*, núm. 17, 27 de abril al 3 de mayo de 1998, p. 387; ELORRIAGA DE BONIS, F.: *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, cit., pp. 479-480; GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, cit., p. 114; FORCADA MIRANDA, F. J.: “La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial”, *Actas de los XIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, 2004, p. 52; GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, M^a. L.: “La vivienda familiar en situaciones de normalidad y crisis”, cit., p. 1123; JUANES PECES, Á. y GALVÁN ARIAS, J. R.: “La naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial”, cit., p. 5 (versión en pdf; La Ley 5273/2001); LUQUE JIMÉNEZ, M^a. DEL C.: *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, cit., pp. 77-78; MONTERO AROCA, J.: *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del artículo 96 del Código Civil)*, cit., p. 96; MORALEJO IMBERNÓN, N. I.: “Régimen jurídico de la vivienda familiar”, cit., pp. 1027-1028; PLANES MORENO, M^a. D.: “Uniones de hecho y relaciones paterno-filiales”, en HIJAS FERNÁNDEZ, E. (coord.): *Los procesos de familia:*

vivienda familiar constituye una prestación *in natura* de carácter alimenticio a cargo del cónyuge titular y a favor del hijo mayor de edad²²⁸.

una visión judicial. Compendio práctico de doctrina y jurisprudencia sobre los procesos de familia y menores, Colex, 2ª ed., Madrid, 2009, p. 101; ÍD.: “La vivienda familiar”, cit., p. 977; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: “Atribución del uso de la vivienda familiar”, cit., p. 350; SANTOS MORÓN, M^a. J.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de reforma”, cit., pp. 3 y 9; SERRANO GÓMEZ, E.: *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, cit., pp. 22; o ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja. Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados*, cit., p. 979.

En contra de esta postura se posicionan BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar”, cit., pp. 1356-1358; LUQUE JIMÉNEZ, M^a. DEL C.: *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, cit., p. 60; MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC) (Teoría y práctica jurisprudencial)*, cit., en especial, p. 219; RUBIO TORRANO, E.: “El interés más necesitado de protección en la atribución del uso de la vivienda familiar”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2011, pp. 11-13; y SALAZAR BORT, S.: *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, cit., pp. 26-41.

También se posiciona en contra el Tribunal Supremo, que en STS (del Pleno) núm. 624/2011, de 5 de septiembre (RJ 2011, 5677), fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: “la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del artículo 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”. Doctrina reiterada por las posteriores SSTs núm. 183/2012, de 30 de marzo (RJ 2012, 4584); y núm. 315/2015, de 29 de mayo (RJ 2015, 2273).

²²⁸ ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.: “Asignación del uso de la vivienda familiar una vez que el hijo ha alcanzado la mayoría de edad”, cit., p. 212; BENAVENTE MOREDA, P.: “Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar por sentencia de separación, nulidad o divorcio al cónyuge no titular del derecho arrendaticio sobre la misma”, cit., p. 891; CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, cit., p. 18; DE COSSÍO MARTÍNEZ, M.: *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, cit., pp. 60-61; DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., pp. 3398-3399; DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales”, cit., p. 388; FORCADA MIRANDA, F. J.: “La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial”, cit., p. 30; LEGERÉN MOLINA, A.: “Atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio y titular exclusivo de la misma cuando el menor y el cónyuge custodio tengan satisfechas de manera adecuada sus necesidades de alojamiento en otra vivienda. Sentencia de 5 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10135)”, cit., pp. 543-544; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: *La obligación legal de alimentos entre parientes*, La Ley, Madrid, 2002, pp. 436-437; MORALEJO IMBERNÓN, N.: “La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial”, cit., pp. 98-99; MURCIA QUINTANA, E.: *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (Artículo 1320 del C.c.)*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 378-382; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M^a. E.: *Obligaciones de los cónyuges tras el divorcio o la separación. Hipoteca sobre la vivienda familiar, pensión alimenticia y pensión compensatoria*, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 62-64; SALAZAR BORT, S.: “El uso de la vivienda familiar”, en LLOPIS GINER, J. M. (coord.): *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pp. 175-176; o SANTOS MORÓN, M^a. J.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de reforma”, cit., p. 21.

En tercer lugar, el art. 96.I CC habla del cónyuge “en cuya compañía queden” [los hijos], y no, en cambio, del “cónyuge custodio”²²⁹.

En cuarto lugar se encuentra el argumento de los antecedentes parlamentarios: se rechazaron enmiendas que pretendían limitar la protección del art. 96.I CC a los hijos menores de edad²³⁰.

En quinto lugar, como se ha dicho con acierto, las normas jurídicas deben ser interpretadas de conformidad con la realidad social existente al tiempo de ser aplicadas, y, si atendemos a dicha realidad social, “se observa muy a menudo que los hijos no están en disposición de procurarse por sí mismos la subsistencia aun después de haber cumplido los dieciocho años”²³¹.

En fin, existe un último argumento, más biológico que jurídico si se quiere. Y es que no existe un cambio apreciable en el interés superior del hijo de un día para otro, de forma que no puede establecerse automáticamente que a los 18 años ese interés deba ceder ante otros intereses merecedores de una mayor protección, siendo que no existe una diferencia apreciable entre tener 17 años, 11 meses y 30 días, y tener 18 años²³².

En la jurisprudencia, multitud de resoluciones han tenido en cuenta la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular de la misma o, a lo sumo, copropietario, a la hora de establecer o modificar la cuantía de la prestación de alimentos.

V. en este sentido, entre muchas otras, las SSAP Córdoba 8 de julio de 1999 (AC 1999, 1782); Córdoba núm. 254/2001, de 25 de octubre (JUR 2001, 332453); Islas Baleares núm. 507/2003, de 20 de noviembre (JUR 2004, 89178); Granada núm. 649/2003, de 9 de diciembre (JUR 2004, 20134); Islas Baleares núm. 382/2004, de 29 de septiembre (JUR 2004, 292295); Barcelona núm. 826/2004, de 9 de diciembre (JUR 2005, 34808); Islas Baleares núm. 9/2009, de 21 de enero (JUR 2009, 193182); Islas Baleares núm. 277/2009, de 22 de julio (JUR 2009, 472092); A Coruña núm. 12/2010, de 21 de enero (JUR 2010, 114070); Islas Baleares núm. 80/2010, de 9 de marzo (JUR 2010, 154356); Islas Baleares núm. 44/2011, de 17 de febrero (AC 2011, 1755); o Barcelona núm. 336/2011, de 24 de mayo (JUR 2011, 293241).

²²⁹ MANZANA LAGUARDA, M^a. P.: “La atribución del uso de la vivienda familiar (Pronunciamientos de la Sección 10^a, de familia, de la Audiencia Provincial de Valencia)”, cit., p. 90.

²³⁰ Sobre esta cuestión, véase con mayor profundidad en MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: “Vivienda familiar y crisis matrimoniales”, cit., p. 274 (nota al pie 7).

²³¹ MORALEJO IMBERNÓN, N.: “La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial”, cit., p. 98.

²³² En general, y con los patrones de vida marcados por la sociedad actual, la necesidad de habitación no desaparece a los 18 años; al contrario, lo habitual es una independencia tardía, consecuencia de la suma de diversos factores, entre los que se encuentran fundamentalmente los años necesarios para finalizar los estudios universitarios y la obtención de un empleo que posibilite

Como se observa, los argumentos ofrecidos tratan de desvirtuar el rigor inmovilista al que se sometería la aplicación del art. 96.I CC en caso de considerar únicamente a los hijos menores de edad. Si se estableciera un periodo de tiempo concreto e inamovible (particularmente, el día que el último hijo alcance la mayoría de edad), se estaría dando un trato uniforme a una institución, como es la familia, caracterizada en nuestro tiempo por su carácter cambiante y mutable.

En conclusión, el elemento clave debe ser el de la dependencia económica: si existe dependencia económica respecto de los padres, todos los hijos, con independencia de si son menores o mayores de edad, deben encontrarse protegidos por el art. 96.I CC²³³; ello, claro está, siempre y cuando dicha dependencia económica no

la vida independiente del nido familiar, pues, con la crisis económica actual, la mayoría de los empleos tienen condiciones precarias, en cuanto a la duración y remuneración de los mismos. Desde luego, prácticamente inexistente es hoy en día el fenómeno de la emancipación, que implicaría que la necesidad de habitación del menor de edad desapareciera antes de los 18 años, por tener dicha necesidad cubierta por sus propios medios.

²³³ Ahora bien, aun siendo esto así, para el Tribunal Supremo el alcance de la protección sí que varía en función de que se trate de hijos menores o mayores de edad. Así, respecto de los primeros, y por mor del art. 96 CC, no cabe realizar ninguna limitación temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar mientras sigan siendo menores, cuando tal limitación pueda perjudicar su derecho a una vivienda.

En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en su STS núm. 236/2011, de 14 de abril (RJ 2011, 3590), al afirmar que “El art. 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio.

El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien.

La sentencia recurrida impone un uso restringido en el tiempo, de la vivienda familiar. Ello porque aunque se atribuye el uso al menor y a la madre, como titular de la guarda y custodia, se mantiene «al objeto de que al tiempo de la deseable liquidación de la sociedad conyugal se reparta el patrimonio acumulado eliminando la carga que siempre supone el mantenimiento de la vivienda familiar», momento en que debe entenderse que cesa dicho uso, según la sentencia recurrida. Y aunque ésta pudiera llegar ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE). Por ello hay que reconocer que la interpretación que se efectúa en la sentencia recurrida, se opone a lo que establece el art. 96.1 CC.

sea imputable a ellos *ex art. 142.II CC*²³⁴. Esta interpretación es, desde luego, la que mejor se compadece con el texto del art. 96 CC²³⁵.

Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de Protección del Menor”.

Esta doctrina, ya iniciada por la STS núm. 221/2011, de 1 de abril (RJ 2011, 3139), ha sido reiterada por las posteriores SSTS núm. 451/2011, de 21 de junio (RJ 2011, 7325); núm. 642/2011, de 30 de septiembre (RJ 2011, 7387); núm. 257/2012, de 26 de abril (RJ 2012, 6102); núm. 304/2012, de 21 de mayo (RJ 2012, 6532); núm. 499/2012, de 13 de julio (RJ 2012, 8358); núm. 622/2013, de 17 de octubre (RJ 2013, 7255); núm. 181/2014, de 3 de abril (RJ 2014, 1950) [v. el comentario a esta sentencia de PÁRAMO DE SANTIAGO, C.: “Divorcio. Atribución del uso de la vivienda familiar (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de abril de 2014)”, *CEFLegal*, núm. 165, octubre 2014, pp. 101-104]; núm. 301/2014, de 29 de mayo (RJ 2014, 3889); núm. 297/2014, de 2 de junio (RJ 2014, 2842); núm. 320/2014, de 16 de junio (RJ 2014, 3073); núm. 660/2014, de 28 de noviembre (RJ 2014, 6048); y núm. 282/2015, de 18 de mayo (RJ 2015, 1919).

En nuestra opinión, tampoco cabe realizar limitaciones temporales del uso de la vivienda familiar en el caso de tratarse de hijos mayores de edad, pero económicamente dependientes por causa no imputable a ellos mismos, si dicha limitación puede perjudicar la necesidad habitativa de los mismos.

En esta misma línea, el proyectado art. 96.1 CC afirma que “En defecto de acuerdo de los progenitores aprobado judicialmente sobre el lugar o lugares de residencia de sus hijos, el Juez acordará lo que considere procedente para la protección de su interés superior, en congruencia con las medidas adoptadas sobre su guarda y custodia, debiendo quedar, en todo caso, garantizado adecuadamente su derecho a una vivienda. Del mismo modo deberá determinar el domicilio de los hijos a efectos de empadronamiento, que coincidirá con el de aquel de los progenitores con el que, en cómputo anual, los hijos pasen la mayor parte del tiempo. Si esta determinación no fuera posible, será aquél con el que los hijos tengan mayor vinculación”. Como se observa, el precepto habla de que debe quedar “garantizado adecuadamente” el derecho a una vivienda de los “hijos”, sin distinguir entre menores y mayores de edad.

En cualquier caso, hay que matizar que lo anterior no sólo valdrá para cuando deba aplicarse el Derecho común, sino también el foral, y ello con independencia de que algunas legislaciones autonómicas sobre la materia estén incorporando limitaciones temporales a la atribución del derecho de uso (como por ejemplo el art. 81.3 CDFA o el art. 6.3 de la Ley Valenciana núm. 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven), debiendo entenderse que éstas no pueden, en ningún caso, perjudicar el derecho del menor a una vivienda. Con mayor acierto, los arts. 233.20-5 CCCat. y 12.5 de la Ley del País Vasco núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, sólo limitan temporalmente la atribución del uso de la vivienda familiar cuando ésta se haya hecho en consideración, no al interés de los hijos menores, sino al interés del cónyuge más necesitado de protección.

²³⁴ Así, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja. Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados*, cit., p. 1019.

Como sucede en el Derecho español, la doctrina italiana considera que la falta de independencia económica no debe de haber sido provocada por la desidia de los propios hijos, pues, de otro modo, se estaría sacrificando *sine die* el derecho del progenitor propietario de la vivienda de forma injustificada. V. en este sentido CARAPEZZA FIGLIA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y

En cualquier caso, y como explicaremos más adelante, está protección de los hijos económicamente dependientes no debe estar necesariamente vinculada al uso de la vivienda familiar, sino que podrá tener lugar en otras viviendas, siempre y cuando de esa forma se contribuya a una mejor satisfacción de todos los intereses particulares en juego.

5.1.1. En el Anteproyecto.

Cabe añadir, con vistas a un futuro no muy lejano, que ésta parece ser la línea que ha adoptado el Anteproyecto. Así, por una parte, pone fin al debate de si la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular debe ser considerada como una prestación *in natura* que forme parte del contenido del derecho de alimentos, al establecer en el proyectado art. 96.4 CC que “La atribución del uso de la vivienda a uno solo de los cónyuges se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge”²³⁶.

CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., p. 3411.

²³⁵ Cuestión distinta será que pueda dar lugar a situaciones ciertamente injustas o comprometidas desde el punto de vista de la solidaridad familiar, como por ejemplo que los hijos mayores de edad decidan convivir con el padre, propietario de la vivienda, y en consecuencia le sea a dicho cónyuge atribuido el uso de la misma, quedando la ex mujer en una tesitura complicada, que se agrava si se supone, además, que puede haberse dedicado a lo largo de su vida a labores domésticas y que no posee cualificación profesional alguna. Dicha situación deberá, desde luego, corregirse mediante el recurso a la pensión compensatoria, lo que servirá para paliar el desequilibrio. En cualquier caso, téngase en cuenta que no menos injusta resulta la “expropiación” del uso de la vivienda familiar a su propietario.

²³⁶ La compensación a que se refiere este precepto no es equiparable, desde luego, al mecanismo de la compensación de deudas previsto en los arts. 1195 y ss. CC. V. en este sentido CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, cit., p. 20; y VERDERA IZQUIERDO, B.: “Incidencia en la modificación de medidas de la convivencia de un tercero en la vivienda familiar”, en CUENA CASAS, M., ANGUIA VILLANUEVA, L. A., y ORTEGA DOMÉNECH, J. (coords.): *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 1644.

No obstante, CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, cit., pp. 21-22, entiende que sí se produciría una auténtica compensación si en la valoración económica que se hiciese del uso de la vivienda únicamente se tuviera en cuenta la parte correspondiente por el uso de los menores, que son los “únicos beneficiados por la pensión de alimentos tras el divorcio de sus progenitores”. En este sentido, considera la autora que la cantidad resultante de dicha valoración económica por el uso de los menores “operaría como un gasto a tener en cuenta en la prestación alimenticia, aplicándose el criterio de la proporcionalidad, de manera que como tal gasto se satisface *in natura* por el propietario de la vivienda, indirectamente el resto de los gastos serán menores”.

En todo caso, deberá preverse la adecuación de las prestaciones alimenticias o de la pensión compensatoria para cuando cese la atribución de aquélla²³⁷.

En cuanto al periodo de uso, el proyectado art. 96.3 CC distingue según se haya atribuido, o no, el uso de la vivienda familiar en función de la guarda y custodia de los hijos. Así, en el primer caso (cuando se atribuye en atención a la guarda y custodia de los hijos), el párrafo primero del precepto fija un período concreto de atribución, coherente con las demandas doctrinales: el uso se extenderá hasta que los hijos dejen de depender económicamente de los padres o, si se prefiere, como dice el precepto, “cese la obligación de prestarles alimentos”²³⁸. Este criterio se compeadece mejor con la protección de los hijos, cuya necesidad de habitación, como hemos señalado, no desaparece con la mayoría de edad, sino que, al contrario, se prolonga por más tiempo que en épocas pretéritas, en las que la independencia respecto del nido familiar se producía generalmente con la celebración del matrimonio a edades más bien tempranas.

En cualquier caso, hay que matizar una cuestión. Y es que, aunque el precepto contemple tanto el caso de custodia monoparental como el caso de custodia compartida, parece que deberá aplicarse únicamente en el primer supuesto, pues, según el proyectado art. 96.2.III CC, concediéndose el régimen de custodia compartida, cuando

²³⁷ En este sentido se habían pronunciado ya los arts. 233.20-1 (“Los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de éste. También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados”) y 233-20.7 CCCat. (“La atribución del uso de la vivienda, si ésta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge”).

Con anterioridad a la existencia de esta norma, la jurisprudencia menor catalana venía considerando también el uso de la vivienda como concepto integrante del contenido de los alimentos, cuya definición, prácticamente idéntica a la que ofrece el art. 142.I CC, se hallaba en el antiguo art. 259 del “Codi de Família”. V. en este sentido las SSAP Barcelona núm. 826/2004, de 9 de diciembre (JUR 2005, 34808); y núm. 336/2011, de 24 de mayo (JUR 2011, 293241).

²³⁸ “En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar y el ajuar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos, ya fuere exclusiva o compartida, y aquélla fuere privativa del otro progenitor o común a ambos, tendrá el uso hasta que cese la obligación de prestarles alimentos”.

la atribución del uso se vincula a la custodia y no a la mayor necesidad de un progenitor, se establece un uso alterno de la vivienda familiar²³⁹.

En el segundo de los supuestos, esto es, cuando la vivienda no se atribuya en función de la guarda y custodia de los hijos, o, lo que es lo mismo, cuando se atribuya por razones de necesidad a uno de los progenitores, el proyectado art. 96.3.II CC dispone que tal atribución “lo será por un tiempo máximo de dos años. El cónyuge adjudicatario del uso podrá instar tres meses antes del vencimiento del plazo, con carácter excepcional y si continuara teniendo dificultades para el acceso a otra vivienda, la modificación de la medida y una prórroga del uso por otro año”.

El precepto contempla tres casos: a) el supuesto de que no existan hijos dependientes; b) el supuesto de que existan hijos dependientes a cargo de un progenitor, y se haya atribuido la vivienda familiar al otro progenitor, más necesitado de protección (posibilidad permitida por el proyectado art. 96.2.II CC); y c) el supuesto de que, existiendo una custodia compartida, se atribuya el uso de la vivienda en exclusiva al cónyuge que tenga mayores dificultades de acceso a otra vivienda (previsto en el proyectado art. 96.2.III CC). En este último caso, que es el que nos interesa, el uso de la vivienda familiar experimenta una limitación temporal, que, no obstante, no puede nunca perjudicar la necesidad habitacional del hijo económicamente dependiente, por lo que, una vez expirado el plazo de uso fijado (con el límite máximo de los dos años), deberá verificarse si persiste la situación de necesidad del cónyuge adjudicatario y, de ser así, procederá la prórroga del derecho de uso por otro año.

5.1.2. En las leyes autonómicas.

²³⁹ Así lo entiende SEISDEDOS MUIÑO, A.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 7/2015, del Parlamento Vasco”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015, p. 155, si bien en relación con el art. 12.5.II de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, de idéntica redacción al proyectado art. 96.3.I CC. Dice la autora a este respecto que “Es dudoso que en tal supuesto [custodia compartida] resulte aplicable el párrafo 5.2 [del art. 12], que contempla el caso de que el uso se haya atribuido ‘a uno’ por otorgársele la guarda. Si la respuesta fuera afirmativa, podríamos encontrarnos con el progenitor no titular del inmueble entrando periódicamente en el mismo para compartirlo con sus hijos mayores, mientras el otro se vería obligado a abandonarlo temporalmente...”.

Para concluir, resta abordar lo dispuesto en relación con esta cuestión en las legislaciones aragonesa, valenciana y vasca, que no contemplan el supuesto de la atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos económicamente dependientes²⁴⁰, regulando, únicamente, el supuesto de progenitores con hijos a su cargo. Para este supuesto, el CDFA y la ley valenciana disponen la necesidad de limitar temporalmente la atribución del uso de la vivienda familiar, algo que no siempre puede garantizar de forma suficiente la necesidad de vivienda del hijo menor de edad.

A) Aragón.

Así, el art. 81.3 CDFA establece que “La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia”²⁴¹. En cualquier caso, de una interpretación sistemática de la norma en conjunto con el ordenamiento jurídico español, se ha de concluir que la limitación temporal nunca puede perjudicar el derecho del menor de edad (o del mayor, pero económicamente dependiente) a disfrutar de una vivienda, so pena de vulnerar el art. 39.1 CE²⁴².

²⁴⁰ Para LÓPEZ AZCONA, A.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de la convivencia en el Derecho aragonés: derecho positivo y práctica jurisprudencial”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015, pp. 65 y 75, esta ausencia es coherente con el planteamiento del CDFA de atender exclusivamente a los efectos de la ruptura de la convivencia con hijos a cargo, pero no deja de generar una laguna legal, que la jurisprudencia ha resuelto aplicando supletoriamente el art. 96.III CC, tal y como establece el art. 1.2 CDFA, según el cual el Derecho civil común se aplicará como supletorio en defecto de normas aragonesas. Similares consideraciones se pueden predicar respecto de la ley valenciana.

²⁴¹ Las dudas que pudieran existir en torno al ámbito de aplicación de la norma fueron resueltas por la STSJ Aragón núm. 27/2014, de 18 de julio (RJ 2014, 4293), al afirmar, con acierto, que razones de sistemática del precepto justifican que la norma deba aplicarse tanto en casos de custodia compartida como en casos de custodia exclusiva de uno de los progenitores, pues se halla en el apartado 3 del artículo, justo a continuación de los supuestos de custodia compartida previstos en el apartado 1 y de los de custodia individual del apartado 2.

²⁴² Así lo ponen de manifiesto, respecto de la Ley Valenciana (que, como enseguida veremos, es idéntica en este punto a la aragonesa), DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y MARTÍNEZ CARLOS, P. J.: *La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven: un estudio en clave jurisprudencial*, Colección “Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano”, núm. 1 (2), Valencia, 2015, p. 72, al afirmar que “Esta norma debe aplicarse respetando el principio constitucional de protección integral de los menores de edad

La aplicación del precepto ha derivado en el establecimiento de plazos de uso muy diversos, según cuáles sean las circunstancias concretas de cada familia; incluso, y lo que es más peligroso, de plazos de uso muy diversos ante circunstancias familiares similares. Así, existen sentencias que consideran que el plazo de uso se extiende hasta el día en el que el menor de los hijos alcance la mayoría de edad²⁴³, y otras que, en supuestos de hecho no muy distintos, lo alargan hasta el momento en que el hijo tenga

consagrado en el art. 39.1 CE, que exige que los mismos tengan garantizada su necesidad de habitación mientras persista su minoría de edad”.

V. también a este respecto las ya citadas SSTS núm. 236/2011, de 14 de abril (RJ 2011, 3590); núm. 451/2011, de 21 de junio (RJ 2011, 7325); núm. 642/2011, de 30 de septiembre (RJ 2011, 7387); núm. 257/2012, de 26 de abril (RJ 2012, 6102); núm. 304/2012, de 21 de mayo (RJ 2012, 6532); núm. 181/2014, de 3 de abril (RJ 2014, 1950); núm. 301/2014, de 29 de mayo (RJ 2014, 3889); núm. 297/2014, de 2 de junio (RJ 2014, 2842); núm. 320/2014, de 16 de junio (RJ 2014, 3073); núm. 660/2014, de 28 de noviembre (RJ 2014, 6048); y núm. 282/2015, de 18 de mayo (RJ 2015, 1919).

Por su parte, LÓPEZ AZCONA, A.: “Crianza y educación de los hijos menores de padres que no conviven: atribución del uso de la vivienda familiar. Gastos de asistencia a los hijos”, en BAYOD LÓPEZ, M^a del C. y SERRANO GARCÍA, J. A. (coords.): *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar? Ponencias del Seminario que con el mismo título se celebró en la Institución «Fernando el Católico» de Zaragoza los días 30 y 31 de mayo de 2013*, Publicación número 3306 de la Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 2014, pp. 94-95, entiende que el CDFA se desvincula del régimen previsto en el art. 96 CC en este punto; no obstante, la propia autora, en LÓPEZ AZCONA, A.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de la convivencia en el Derecho aragonés: derecho positivo y práctica jurisprudencial”, cit., p. 56, reconoce la necesidad de que, por imperativo del art. 69 CDFA (relativo a la obligación de alimentos de los padres respecto de los hijos mayores de edad en formación y económicamente dependientes de ellos), la atribución del uso de la vivienda familiar persista “mientras los hijos estén en periodo de formación y sigan conviviendo con los progenitores, aunque hayan dejado de estar bajo su guarda y custodia”.

De la misma manera, v. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, en AA.VV.: *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2011, pp. 137-138; y SERRANO GARCÍA, J. A.: “Artículo 81 CDFA”, en BAYOD LÓPEZ, M^a DEL C., SERRANO GARCÍA, J. A. (coords.), y DELGADO ECHEVERRÍA, J. (dir.): *Comentarios al Código del Derecho foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 200.

En la jurisprudencia aragonesa, pueden verse en este sentido las siguientes sentencias: a) la SAP Zaragoza núm. 639/2013, de 20 de diciembre (JUR 2014, 18639), que consideró que la atribución del uso de la vivienda no puede cesar al no haber finalizado su formación académica las hijas del matrimonio; b) la STSJ Aragón núm. 21/2014, de 6 de junio (RJ 2014, 3571), que declaró que un cambio temporal de residencia por razón de estudios no implica el cese de la atribución; c) la STSJ Aragón núm. 22/2014, de 11 de junio (RJ 2014, 3572), que entendió necesario mantener la atribución del uso de la vivienda realizada en su día aunque los hijos fuesen ya mayores de edad; d) la STSJ Aragón núm. 33/2014, de 21 de octubre (RJ 2014, 6673), que limitó temporalmente la atribución de la vivienda familiar a un periodo de dos años, estando las hijas a punto de cumplir los 21 y 24 años, y ello por la mayor capacidad económica de la madre, capaz de satisfacer mejor la necesidad de vivienda de las hijas dependientes que en el momento de la ruptura.

²⁴³ V. en este sentido STSJ Aragón núm. 23/2015, de 2 de octubre (RJ 2015, 4641), y SSAP Zaragoza núm. 285/2012, de 22 de mayo (JUR 2012, 191189); y núm. 330/2015, de 30 de junio (JUR 2015, 182566).

independencia económica²⁴⁴; no faltan, tampoco, sentencias que señalan plazos de uso más breves, destinados a que el cónyuge usuario afiance su situación económica y se prepare durante ese tiempo para el abandono de la vivienda familiar²⁴⁵. Otro grupo de sentencias, en fin, limita el uso a la fecha “en que se proceda a instancias de cualquiera de las partes a instar la división del condominio ante la jurisdicción ordinaria y se produzca de forma efectiva el cese del pro indiviso”²⁴⁶.

En otro orden de ideas, y aunque su doctrina no haya sido especialmente seguida en resoluciones posteriores, la STSJ Aragón núm. 1/2013, de 4 de enero (RJ 2013, 2884), vino a prohibir el establecimiento de plazos inciertos *a priori* (como podría ser el supuesto de la independencia económica, o el de la liquidación del régimen económico-matrimonial), porque, precisamente, lo que el precepto pretende es dotar de seguridad jurídica a la situación, de forma que el cónyuge propietario pueda saber con certeza el día exacto a partir del cual va a poder disponer del inmueble, y el usuario cuándo va a tener que abandonarlo²⁴⁷.

²⁴⁴ V. en este sentido SSTSJ Aragón núm. 22/2014, de 11 de junio (RJ 2014, 3572); y núm. 6/2015, de 4 de febrero (RJ 2015, 427).

Hay que tener en cuenta que alguna sentencia alarga el plazo de uso hasta que el hijo cumpla los veintiséis años, edad a la se extingue, por mor del art. 69.2 CDFA, la obligación de alimentos de los padres respecto de los hijos mayores de edad en formación y económicamente dependientes de ellos [un interesante estudio de los requisitos de aplicación del precepto nos lo brinda BAYOD LÓPEZ, M^a. del C.: “Gastos de crianza y educación de los hijos mayores o emancipados. Alimentos legales entre padres e hijos. Diferencias y límites”, en BAYOD LÓPEZ, M^a del C. y SERRANO GARCÍA, J. A. (coords.): *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar? Ponencias del Seminario que con el mismo título se celebró en la Institución «Fernando el Católico» de Zaragoza los días 30 y 31 de mayo de 2013*, Publicación número 3306 de la Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 2014, pp. 141-152]. V. a este respecto la ya citada STSJ Aragón núm. 6/2015, de 4 de febrero (RJ 2015, 427) (que atribuye el derecho de uso hasta que la hija “tenga independencia económica o alcance los 26 años de edad”); y la SAP Huesca núm. 147/2014, de 10 de julio (JUR 2014, 294955).

²⁴⁵ V. en este sentido SSTSJ Aragón núm. 1/2013, de 4 de enero (RJ 2013, 2884); núm. 32/2013, de 11 de julio (RJ 2013, 5404); núm. 27/2014, de 18 de julio (RJ 2014, 4293); núm. 33/2014, de 21 de octubre (RJ 2014, 6673); y núm. 6/2015, de 4 de febrero (RJ 2015, 427); o SSAP Zaragoza núm. 212/2012, de 20 de abril (JUR 2012, 158628); núm. 70/2013, de 12 de febrero (JUR 2013, 111299); núm. 375/2014, de 29 de julio (JUR 2014, 221689); núm. 386/2014, de 16 de septiembre (JUR 2014, 260176); y núm. 425/2014, de 7 de octubre (JUR 2015, 7324).

²⁴⁶ V. en este sentido SAP Zaragoza núm. 153/2012, de 20 de marzo (JUR 2012, 127201).

²⁴⁷ Así, afirma la sentencia que “Lo que la ley ordena en este particular es que el Juez ha de fijar un límite para la atribución del uso, o lo que es lo mismo, señalará un plazo. De ese modo se atiende la necesidad de certeza al respecto, que conviene a ambas partes: por un lado al favorecido con la atribución del uso, quien de este modo podrá hacer con tiempo sus previsiones para cuando llegue ese momento, tales como búsqueda de otro alojamiento, o evaluación de sus posibilidades de adjudicárselo si, como en el caso que nos ocupa, ambos son cotitulares del inmueble, etc. Y, por otro

La doctrina de la sentencia, a nuestro juicio, resulta totalmente acertada. Una cosa es que el art. 96.I CC no contemple limitaciones temporales y deba ser entendido favorablemente a los hijos, de forma que la protección se extienda durante el periodo en que sean económicamente dependientes (aunque, evidentemente, no se conozca *ex ante* cuándo se va a producir la independencia económica); y otra, bien distinta, es que exista en otra norma un mandato expreso que limite temporalmente el plazo de uso de la vivienda familiar, mandato que, en cualquier caso, nunca puede contravenir la necesidad de habitación de los hijos menores de edad, o mayores pero económicamente dependientes por causa no imputable a ellos mismos²⁴⁸.

Desde luego, la fijación de un límite temporal puede salvaguardar mejor todos los intereses en juego, siempre y cuando, cumplido el plazo, las necesidades de vivienda de los hijos queden cubiertas por otra vía²⁴⁹. Con todo, hay que precisar que estas otras vías no pasan necesariamente por el hecho de que el progenitor custodio adquiera una

lado, conviene también al que se ve privado del uso del bien, que no sólo podrá también ponderar esas posibilidades, sino que sabrá que podrá venderse libre de esa carga a partir de una determinada fecha”.

En el caso concreto, el mandato legal no se cumplía a juicio del TSJ porque la sentencia de instancia había fijado un plazo al que había añadido la expresión “transcurrido el cual cualquiera de las partes podrá instar demanda de modificación de medidas definitivas para evaluar, teniendo en cuenta las circunstancias familiares concurrentes, la posibilidad de su prórroga, cambio o destino a dar a la misma”, siendo que dicha limitación temporal “se convierte así en una limitación condicionada a que las partes acudan a un nuevo procedimiento de modificación de medidas”.

²⁴⁸ Por ello, no nos parecen adecuadas las limitaciones temporales “abstractas” que se establecen en algunas sentencias, como por ejemplo en el caso resuelto por la propia STSJ Aragón núm. 1/2013, de 4 de enero (RJ 2013, 2884), que se extiende hasta que la menor de los tres hijos comunes cumpla la edad de catorce años; o la contenida en la SAP Zaragoza núm. 212/2012, de 20 de abril (JUR 2012, 158628), que se prolonga hasta que la menor tenga aproximadamente dieciséis años. A nuestro juicio, cumplidos dichos plazos de uso la autoridad judicial deberá verificar si el progenitor custodio dispone de medios para acceder a otra vivienda que sea apta para satisfacer la necesidad de alojamiento de los hijos, y, en caso de no ser así, debería prorrogar el uso.

Sobre esta cuestión, LÓPEZ AZCONA, A.: “Crianza y educación de los hijos menores de padres que no conviven: atribución del uso de la vivienda familiar. Gastos de asistencia a los hijos”, cit., pp. 98-99, realiza un extenso recorrido por la jurisprudencia aragonesa en la materia, llegando a la conclusión de que existe una especial preocupación de los jueces por garantizar la necesidad de habitación de los hijos, habiendo constatado la autora que, en los casos en que el plazo de uso establecido finaliza con anterioridad al cumplimiento de la mayoría de edad del hijo o de los hijos comunes, se intenta compensar de algún modo esta situación; particularmente, mediante el correlativo incremento en la cuantía de la pensión de alimentos debida a aquéllos.

²⁴⁹ El problema que plantea el art. 81.3 CDFA es que no prevé la posibilidad de prórroga en el uso de la vivienda familiar, lo que puede menoscabar el interés superior del menor en el caso de que se hubiese fijado un plazo de uso que finalizase con anterioridad a la adquisición de la mayoría de edad.

vivienda, lo cual, atendiendo a la situación económica actual, es realmente complicado. De lo que se trata es de darle cobijo al menor sin perjudicar otras necesidades (alimentación, vestido, etc.), lo que implica, únicamente, que el progenitor custodio debe tener una situación económica más o menos desahogada, para ser capaz de hacer frente a los gastos de manutención y alojamiento de los hijos a su cargo²⁵⁰.

Por consiguiente, a nuestro juicio, si el plazo finaliza antes de la mayor edad del hijo, o antes de que adquiriera independencia económica en un periodo razonable, debe revisarse la situación económica del progenitor custodio a fin de determinar si la necesidad de habitación de los hijos va a quedar satisfecha, y, de no ser así, deberían adoptarse medidas encaminadas a garantizar tal necesidad; muy especialmente, un incremento de la pensión de alimentos²⁵¹.

Una última consideración resta realizar aquí. El precepto, tal y como hace el art. 6.3 de la Ley Valenciana núm. 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que pasamos a analizar enseguida, no distingue según se haya otorgado una custodia monoparental o compartida, disponiendo las mismas consecuencias en ambos supuestos. A este respecto, debe matizarse, como tendremos ocasión de hacer más adelante²⁵², que el Supremo, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto de custodia monoparental, sí que permite la fijación de limitaciones temporales del derecho de uso de la vivienda familiar en los casos de

²⁵⁰ En relación con esta cuestión, sorprende un tanto la estricta doctrina que mantiene el Supremo respecto a la imposibilidad de fijar una limitación temporal del uso mientras los hijos sean menores de edad, teniendo en cuenta que el propio alto tribunal ha acogido en otras sentencias algunas soluciones que pueden resultar *contra legem*, como por ejemplo en las SSTS núm. 191/2011, de 29 de marzo (RJ 2011, 3021); núm. 671/2012, de 5 de noviembre (RJ 2012, 10135); y núm. 777/2013, de 3 de diciembre (RJ 2013, 7834), en las cuales ha admitido la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio. Desde luego, igual que si en una situación concreta puede prescindirse de atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio para salvaguardar los intereses del no custodio, también parece razonable establecer limitaciones temporales aun siendo los hijos menores de edad, siempre y cuando exista la certeza de que tal limitación no va a perjudicar, en modo alguno, la necesidad habitacional del menor.

V. a este respecto LEGERÉN MOLINA, A.: “Atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio y titular exclusivo de la misma cuando el menor y el cónyuge custodio tengan satisfechas de manera adecuada sus necesidades de alojamiento en otra vivienda. Sentencia de 5 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10135)”, cit., p. 543.

²⁵¹ LÓPEZ AZCONA, A.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de la convivencia en el Derecho aragonés: derecho positivo y práctica jurisprudencial”, cit., pp. 82-83.

²⁵² V. *infra* V.2.2.

custodia compartida, siempre y cuando, evidentemente, una vez expirado el plazo de uso se verifique que la necesidad habitacional del menor está cubierta por otras vías²⁵³.

B) Comunidad Valenciana.

Las mismas consideraciones son extrapolables al art. 6.3 de la Ley Valenciana núm. 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, según el cual “En los supuestos de los dos apartados anteriores, la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurran circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario”²⁵⁴.

La doctrina ha entendido que el texto de la ley valenciana permite tanto la fijación de un plazo de uso (un número determinado de años), como la fijación de un hecho determinante (por ejemplo, la mayoría de edad, la independencia económica, la fecha de finalización de estudios, etc.)²⁵⁵; si bien, en línea con la STSJ Aragón núm. 1/2013, de 4 de enero (RJ 2013, 2884), entendemos que la limitación temporal únicamente puede producirse, bien por la fijación de un plazo temporal determinado en el que se concrete el día final de uso, bien por la fijación de un hecho determinante del que se sepa, sin lugar a dudas, qué día se va a producir (por ejemplo, el día en el que el menor cumpla 25 años, una edad en la que, razonablemente, ya puede procurarse por sí mismo la subsistencia).

²⁵³ V. a este respecto las SSTs núm. 593/2014, de 24 de octubre (RJ 2014, 5180); núm. 434/2016, de 27 de junio (RJ 2016, 2876); y núm. 522/2016, de 21 de julio (RJ 2016, 3445).

²⁵⁴ A pesar de ser una norma de gran similitud con la aragonesa, merece destacarse que, mediante la expresión “En los supuestos de los dos apartados anteriores”, la misma no deja lugar a dudas respecto de su aplicabilidad tanto a los supuestos de custodia compartida como de custodia individual (ambos contemplados en el art. 6.1 de la Ley), dudas a las que sí podía dar pie el art. 81.3 CDFA, en la medida en que no señalaba expresamente su ámbito de aplicación.

²⁵⁵ V. en este sentido BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”, en CUENA CASAS, M., ANGUITA VILLANUEVA, L. A., y ORTEGA DOMÉNECH, J. (coords.): *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1139-1140.

EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

En la práctica, se han decretado limitaciones temporales moderadas²⁵⁶; periodos de atribución del uso vigentes hasta la adquisición de la mayoría de edad por el último de los hijos²⁵⁷, a la independencia económica de los hijos²⁵⁸, o a la liquidación de la sociedad de gananciales²⁵⁹; y, como no podía ser menos, existen numerosos litigios en los que no se plantea la cuestión de la limitación temporal²⁶⁰.

En fin, la limitación temporal que prevé la norma, como hemos insistido, no puede perjudicar los intereses del hijo menor de edad²⁶¹, o mayor pero económicamente

²⁵⁶ Por ejemplo, las SSAP Alicante núm. 67/2013, de 7 de febrero (JUR 2013, 185622); núm. 318/2013, de 19 de julio (JUR 2013, 350222); y núm. 547/2014, de 26 de noviembre (JUR 2015, 75793), establecieron una limitación temporal de cuatro años, periodo de tiempo que consideran suficiente a efectos de que la madre pueda realizar una transición que no resulte traumática hacia la nueva situación familiar.

V. en el mismo sentido SAP Castellón núm. 103/2014, de 18 de julio (JUR 2014, 272454).

²⁵⁷ V. en este sentido SSAP Alicante núm. 388/2013, de 7 de noviembre (JUR 2014, 182261); Valencia núm. 196/2014, de 26 de marzo (JUR 2014, 165386); Valencia núm. 229/2014, de 7 de abril (JUR 2014, 169136); Valencia núm. 431/2014, de 16 de junio (JUR 2014, 201093); Alicante núm. 355/2014, de 8 de julio (JUR 2014, 254468); Castellón núm. 117/2014, de 23 de septiembre (JUR 2015, 53939); Valencia núm. 738/2014, de 13 de octubre (JUR 2015, 51182); Valencia núm. 872/2014, de 13 de noviembre (JUR 2015, 74423); Valencia núm. 908/2014, de 25 de noviembre (JUR 2015, 96723); Valencia núm. 10/2014, de 14 de enero de 2015 (JUR 2015, 95939); Castellón núm. 38/2015, de 16 de abril (JUR 2015, 144745); Valencia núm. 286/2015, de 18 de mayo (JUR 2015, 169046); Valencia núm. 312/2015, de 25 de mayo (JUR 2015, 206455); y Valencia núm. 333/2015, de 3 de junio (JUR 2015, 206403).

²⁵⁸ V. en este sentido las SSAP Valencia núm. 271/2012, de 18 de abril (JUR 2012, 215570); núm. 398/2012, de 5 de junio (JUR 2012, 294179); núm. 563/2012, de 25 de julio (JUR 2012, 357810); y núm. 119/2013, de 21 de febrero (JUR 2013, 156744).

²⁵⁹ V. en este sentido SSAP Alicante núm. 95/2014, de 25 de marzo (JUR 2014, 253856); y núm. 214/2014, de 3 de julio (JUR 2015, 53891).

²⁶⁰ V. en este sentido SSAP Valencia núm. 180/2014, de 18 de marzo (JUR 2014, 123119); Valencia núm. 181/2014, de 18 de marzo (JUR 2014, 122633); Valencia núm. 189/2014, de 24 de marzo (JUR 2014, 165086); Valencia núm. 206/2014, de 31 de marzo (JUR 2014, 168545); Valencia núm. 224/2014, de 31 de marzo (JUR 2014, 168318); Valencia núm. 245/2014, de 11 de abril (JUR 2014, 168754); Valencia núm. 296/2014, de 7 de mayo (JUR 2014, 173476); Valencia núm. 368/2014, de 28 de mayo (JUR 2014, 200520); Valencia núm. 397/2014, de 4 de junio (JUR 2014, 200756); Valencia núm. 455/2014, de 19 de junio (JUR 2014, 200762); Valencia núm. 510/2014, de 3 de julio (JUR 2014, 252297); Valencia núm. 529/2014, de 8 de julio (JUR 2014, 252225); Valencia núm. 544/2014, de 14 de julio (JUR 2014, 252661); Valencia núm. 547/2014, de 14 de julio (JUR 2014, 252215); Valencia núm. 555/2014, de 16 de julio (JUR 2014, 252470); Valencia núm. 558/2014, de 16 de julio (JUR 2014, 252577); Castellón núm. 118/2014, de 30 de septiembre (JUR 2015, 53197); Castellón núm. 130/2014, de 10 de octubre (JUR 2015, 56000); Alicante núm. 162/2015, de 5 de mayo (JUR 2015, 167919); Valencia núm. 278/2015, de 13 de mayo (JUR 2015, 168551); Valencia núm. 284/2015, de 13 de mayo (JUR 2015, 168930); y Valencia núm. 305/2015, de 22 de mayo (JUR 2015, 168554).

²⁶¹ El prof. DE VERDA, incluso, ha mostrado dudas sobre la posible constitucionalidad del precepto, debiendo limitarse, en su opinión, los supuestos de limitación temporal de la atribución constante la minoría de edad, a los casos en que “sus progenitores o aquél con el que conviva dispongan de otra vivienda en la que puedan habitar” [DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Menores de edad, alimentos,

dependiente, siempre que dicha dependencia no sea imputable a su propia desidia en su formación o búsqueda activa de empleo.

C) País Vasco.

A diferencia de las anteriores, la Ley del País Vasco núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, sigue en este punto las previsiones del Anteproyecto, algo lógico, si se tiene en cuenta que es la única dictada tras la publicación de aquél. Así, el art. 12.5.II dispone que “En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar y el ajuar a uno de los progenitores por otorgársele la guarda y custodia de los hijos e hijas, ya fuera exclusiva o compartida, y si la vivienda fuera privativa del otro progenitor o común a ambos, dispondrá del uso solo mientras dure la obligación de prestarles alimentos”.

En relación con esta norma, debemos reiterar lo dicho respecto al proyectado art. 96.3.I CC, relativo a que únicamente será de aplicación en los supuestos de custodia monoparental²⁶².

Por otro lado, el art. 12.5.I de la ley sí que prevé una limitación temporal del uso (tal y como ocurre en las leyes aragonesa y valenciana), si bien limitada a los supuestos de custodia compartida en que se atribuya el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por razones de necesidad (art. 12.4), y a los supuestos en que se atribuya el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado de protección, toda vez no tener la guarda y custodia de los hijos (art. 12.3). Dice así el precepto que “La atribución del uso de la vivienda a uno de los progenitores por razones de necesidad deberá hacerse

régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar (un estudio jurisprudencial de la legislación valenciana sobre la materia)”, *Diario La Ley*, Año XXXV, núm. 8299, Sección Doctrina, 28 de abril de 2014, p. 7].

En un sentido similar, ALGARRA PRATS, E. y BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “Atribución del uso de la vivienda en los casos de crisis familiares: anotaciones al artículo 6 de la Ley Valenciana de Relaciones Familiares”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015, pp. 107-108, consideran que la única forma de conciliar la regla de la ley valenciana con el mandato constitucional de protección de los menores de edad (art. 39.1 CE), consistiría en atribuir el uso durante el tiempo que le reste al menor para alcanzar la mayoría de edad.

²⁶² Ver *supra* II.5.1.1.

con carácter temporal por un máximo de dos años, y será susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga deberá solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado, y tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas”.

Probablemente, y habida cuenta la influencia de la redacción del Anteproyecto, parece que estos mismos criterios de atribución del uso de la vivienda familiar serán los que seguirán las eventuales legislaciones autonómicas futuras sobre relaciones familiares.

5.2. La temporalidad del derecho de uso de la vivienda familiar en caso de ausencia de hijos económicamente dependientes.

Este supuesto se recoge en el art. 96.III CC, en virtud del cual “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”²⁶³. Obsérvese que el empleo en el precepto del término “podrá” confiere al juez cierta discrecionalidad a la hora de realizar la atribución. Así las cosas, para que se produzca el sacrificio del derecho de propiedad deben cumplirse cumulativamente tres presupuestos:

²⁶³ La expresión “No habiendo hijos” no significa necesariamente que el matrimonio no los haya tenido, únicamente quiere decir que no existan hijos comunes que convivan y dependan económicamente de sus progenitores.

En contra MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC) (Teoría y práctica jurisprudencial)*, cit., p. 289, quien, en línea con su interpretación de que el art. 96.I CC sólo protege a los hijos menores, considera que este precepto no contempla sólo el supuesto de inexistencia de hijos, sino también “el supuesto en que los haya habido pero éstos sean ya mayores y no estén incapacitados, residan o no en la vivienda familiar, y estén o no independizados económicamente, o se trate de hijos sólo de uno de los esposos, menores o mayores, independientes económicamente o no”.

Por otro lado, entendemos, esta vez sí con MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC) (Teoría y práctica jurisprudencial)*, cit., pp. 289-290, que también debe aplicarse el art. 96.III CC al caso de que se haya privado a los padres de la patria potestad sobre los hijos menores con anterioridad al proceso matrimonial, de forma que al tiempo de la crisis ya no se encontraran residiendo en la vivienda familiar.

a) que el interés del cónyuge no titular sea el más necesitado de protección²⁶⁴;

b) que, además, las circunstancias aconsejen la atribución a dicho cónyuge no titular²⁶⁵; y

c) que, dándose los dos escenarios anteriores, el juez decida atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular²⁶⁶.

A diferencia del caso anterior, aquí la atribución se hace al cónyuge no titular no por razón de quedar los hijos bajo su custodia, sino en consideración a sus propias

²⁶⁴ Estamos, como bien se puede intuir, ante un concepto jurídico indeterminado, difícil de delimitar respecto del otro requisito enumerado en el art. 96.III CC (que las circunstancias hagan aconsejable la atribución al cónyuge no titular). En la doctrina, se ha señalado que el interés más necesitado de protección proviene de una especial vinculación del cónyuge no titular con la vivienda familiar, ya sea de tipo económico (por ejemplo, por haberla destinada dicho cónyuge a despacho, tuviera en ella la sede de sus actividades económicas, o se encontrara muy próxima al lugar de trabajo), o de tipo personal (por ejemplo, supongamos que el cónyuge está enfermo y el hospital al que asiste asiduamente está muy próximo a la vivienda familiar; o, incluso, que el cónyuge es ciego, y está acostumbrado ya al entorno de dicha vivienda familiar). V. en este sentido las consideraciones realizadas por DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: “Definición y atribución del domicilio familiar”, cit., p. 21 (documento disponible en https://www.uclm.es/cu/csociales/pdf/documentosTrabajo/05_2008.pdf).

²⁶⁵ Consiste éste en un segundo requisito que debe cumplirse. Una vez verificado que el interés del cónyuge no titular es el más necesitado de protección, se debe proceder a analizar si, además, las circunstancias concurrentes en el caso aconsejan la atribución del uso de la vivienda familiar a aquél. Para DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: “Definición y atribución del domicilio familiar”, cit., pp. 21-22 (documento disponible en https://www.uclm.es/cu/csociales/pdf/documentosTrabajo/05_2008.pdf), tras realizar un análisis de la jurisprudencia existente sobre este punto, serían circunstancias que desaconsejarían la atribución, entre otras, las siguientes: a) que el cónyuge titular tuviera necesidad de vivienda para sí; b) que existieran desavenencias entre ambos; o c) que la vivienda fuera ocupada en el futuro por personas que nunca han tenido relación familiar con el cónyuge titular.

²⁶⁶ En cualquier caso, es habitual en la *praxis* forense que, una vez constatado que el interés del cónyuge no titular es el más necesitado de protección y que las circunstancias igualmente juegan a su favor, los jueces le atribuyan a éste el uso de la vivienda familiar, transformando así el término “podrá” en una suerte de mandato legal (“deberá”).

Por lo demás, hay que tener en cuenta que nos encontramos ante un doble arbitrio judicial: el primero, respecto a la decisión de atribución al cónyuge no titular, y el segundo, respecto de la temporalidad de esa atribución.

Sobre esta cuestión, resultan interesantes las consideraciones de MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC) (Teoría y práctica jurisprudencial)*, cit., pp. 293-295, quien opina que, verificados los presupuestos que exige el art. 96.III CC para su aplicación, el juez debe atribuirlo al no titular. De la misma opinión parece ser también BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar”, cit., p. 1361.

En contra de esta postura se manifiesta ELORRIAGA DE BONIS, F.: *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, cit., p. 490, quien considera que la atribución del uso, en caso de cumplirse los presupuestos del art. 96.III CC, es facultativa para el juez.

necesidades, que se consideran más merecedoras de protección que las del cónyuge titular. Sin embargo, como bien se puede intuir, en este caso la temporalidad de la atribución del uso de la vivienda debe ser menor, pues con ella se trata, simplemente, de contribuir a subvenir una situación de necesidad que puede superarse con el tiempo²⁶⁷; y no, como ocurre en el supuesto contemplado en el art. 96.I CC, de garantizar una vivienda a los hijos hasta el momento en que alcancen la independencia económica. En cualquier caso, el precepto tampoco ofrece mayores pistas, remitiéndose únicamente a la prudencia del juez, que deberá ponderar todas las circunstancias en juego a fin de establecer el plazo de uso.

En otro orden de cosas, hay que diferenciar, básicamente, entre dos situaciones. La primera de ellas es la del divorcio de personas de edad relativamente avanzada. En estos casos, surge un problema similar al de la protección del menor: a éste se le trata de proteger y se le concede el derecho al uso de una vivienda para garantizarle un desarrollo integral de su personalidad, en consideración a que por su edad no se halla en condiciones de generar por sí mismo ingresos para procurarse su subsistencia. Pues bien, esa misma necesidad de protección puede requerir la mujer en divorcios de matrimonios de edad avanzada, en los que, como ha sido tradición en España, el hombre se ha encargado de generar ingresos y rentas mediante su dedicación al trabajo (que le han permitido, entre otros bienes, adquirir la vivienda familiar); mientras que la mujer se ha ocupado de las tareas domésticas y del cuidado de los hijos, y, en algunos casos, también ha colaborado en la explotación de las actividades económicas de su marido (por ejemplo, un bar o un negocio de cualquier clase), sin percibir ingresos por dichas labores²⁶⁸. Así las cosas, difícilmente la mujer puede acceder al mercado laboral y tratar

²⁶⁷ LETE DEL RÍO, J. M.: “Artículo 96 CC”, en LACRUZ BERDEJO, J. L. (coord.): *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil*, cit., p. 743; y, siguiéndole, FERNÁNDEZ RAMALLO, P.: “Las consecuencias jurídicas de la atribución judicial del domicilio en los procedimientos matrimoniales”, cit., p. 75, consideran que se debe entender por “tiempo prudencial” un periodo de tiempo razonable que debe transcurrir para que el interés del cónyuge no titular deje de ser el más necesitado de protección.

Añade LETE DEL RÍO, J. M. (p. 743) que la expresión “tiempo prudencial” resulta “simplista”, “pues si fuera por tiempo indefinido o para siempre se estaría despojando de su derecho (de propiedad, de arrendamiento, etc.) al cónyuge titular, lo cual hubiera demandado una regulación específica al respecto”.

²⁶⁸ Innumerables sentencias, entre otras medidas, han atribuido el uso temporal de la vivienda familiar a la ex mujer que carecía de actividad laboral y de cualificación profesional, al haberse dedicado a lo largo de toda la duración del matrimonio a la realización de las labores domésticas. V.

de obtener un empleo que le genere rentas suficientes como para, evidentemente, no ya comprar, sino arrendar una vivienda²⁶⁹. Algo que, en su caso, podrá hacer con la eventual pensión compensatoria que se fije a su favor, si bien el mantenimiento en la vivienda familiar es una medida protectora totalmente necesaria a efectos de evitar el problema del impago de la pensión compensatoria o de sus atrasos.

Téngase en cuenta, no obstante, que esta situación, a pesar de ser la general, no tiene por qué ser siempre así, existiendo también matrimonios de edad relativamente avanzada en los que el interés más necesitado de protección es el del ex marido²⁷⁰.

en este sentido SSAP Madrid de 12 de febrero de 1998 (AC 1998, 4974); Castellón núm. 106/2000, de 6 de marzo (JUR 2001, 106347); Toledo núm. 218/2010, de 23 de septiembre (JUR 2010, 391839); A Coruña núm. 9/2014, de 23 de enero (JUR 2014, 47400); Cáceres núm. 238/2014, de 10 de octubre (JUR 2015, 9398); Valencia núm. 790/2014, de 23 de octubre (JUR 2015, 70756); o Murcia núm. 406/2015, de 16 de julio (JUR 2015, 210631).

La atribución del uso a la mujer debe producirse, *a fortiori*, cuando la mujer es copropietaria de la vivienda. En puridad, el art. 96.III CC únicamente contempla el supuesto de ser atributivo del uso el cónyuge no titular cuyo interés fuera el más necesitado de protección; no obstante, la jurisprudencia aplica este precepto por analogía al caso de ser la vivienda común de ambos cónyuges, “pues en otro caso se haría, absurdamente de peor condición al cónyuge cotitular dominical que a aquel otro que no tiene derechos sobre el inmueble de titularidad exclusiva de su consorte”.

V. en este sentido la STS núm. 1067/1998, de 23 de noviembre (RJ 1998, 8752); y las SSAP Madrid de 14 de mayo de 1999 (AC 1999, 1397); Córdoba de 8 de julio de 1999 (AC 1999, 1782); Barcelona de 29 de diciembre de 2000 (JUR 2001, 113158); Cantabria núm. 368/2001, de 10 de julio (JUR 2001, 287904); Jaén núm. 592/2001, de 21 de noviembre (JUR 2002, 21807); Islas Baleares núm. 741/2002, de 16 de diciembre (JUR 2003, 74405); Las Palmas núm. 394/2005, de 18 de julio (JUR 2005, 218910); Madrid núm. 615/2007, de 16 de octubre (JUR 2008, 1133); Navarra núm. 49/2008, de 11 de febrero (JUR 2008, 288395); Madrid núm. 380/2010, de 24 de mayo (JUR 2010, 258713); Murcia núm. 579/2012, de 13 de septiembre (JUR 2012, 320850).

En la doctrina, apoyan esta aplicación analógica del art. 96.III CC a los supuestos en que la vivienda familiar sea de titularidad común o ganancial, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 441-443.; BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar”, cit., p. 1361; DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: “Definición y atribución del domicilio familiar”, cit., p. 20 (documento disponible en https://www.uclm.es/cu/csociales/pdf/documentosTrabajo/05_2008.pdf); y FERNÁNDEZ RAMALLO, P.: “Las consecuencias jurídicas de la atribución judicial del domicilio en los procedimientos matrimoniales”, cit., p. 75.

²⁶⁹ Y ello, no sólo por lo avanzado de su edad, sino también porque es probable que no tuviera especialización o cualificación laboral/profesional alguna, y, aunque la tuviera, las rutinas y protocolos laborales evolucionan muy rápidamente, lo que haría inútil en la práctica los conocimientos y habilidades que pudiera tener en relación con un determinado trabajo, al haberse quedado obsoletos. Además, la implantación de las nuevas tecnologías en prácticamente la totalidad de los empleos complicaría aún más la tarea, habida cuenta la dificultad que las personas de edad avanzada suelen tener para manejar dispositivos con los que sólo en los últimos tiempos han convivido. Si a ello se le suman los efectos de la crisis económica mundial que está afectando a España desde aproximadamente el año 2008, el resultado es un panorama ciertamente desalentador a la hora de obtener empleo.

²⁷⁰ V. en este sentido, por ejemplo, la STS núm. 372/2015, de 17 de junio (RJ 2015, 2532), que extinguió el derecho de uso de la vivienda familiar por entender que el interés del ex marido

Con todo, y a pesar de que en matrimonios con las características antedichas difícilmente la situación de la ex mujer va a mejorar (lo que podría hacer pensar en una atribución del derecho de uso *sine die*, es decir, sin limitación temporal alguna), el tenor del art. 96.III CC es claro y no deja lugar a la duda: la atribución de uso ha de ser necesariamente “temporal”, “por el tiempo que prudencialmente se fije”²⁷¹. En cualquier caso, si esa situación de necesidad persiste, por causa no imputable al cónyuge beneficiario, podría pensarse en la posibilidad de solicitar una prórroga a la autoridad judicial²⁷².

El segundo de los supuestos es el divorcio de personas jóvenes o de mediana edad, en los que la brecha económica entre los cónyuges no suele ser tan abultada como en los matrimonios tradicionales (en los que trabaja el marido y la mujer se encarga de las labores domésticas y del cuidado y crianza de los hijos), lo que se puede explicar atendiendo a los siguientes motivos económico-sociales:

1º) La escasa remuneración de la mayoría de empleos, unida a la incorporación de la mujer al mundo laboral, da como resultado en la práctica que ambos cónyuges trabajen o hayan trabajado en algún momento a fin de contribuir al levantamiento de las

(propietario de la misma) era el más necesitado de protección, al ser pensionista (con una minusvalía reconocida), mientras que la ex mujer trabajaba como funcionaria.

²⁷¹ A este respecto, la STS núm. 315/2015, de 29 de mayo (RJ 2015, 2273), afirmó 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, puesto que existe una previsión legal del tiempo de uso para el supuesto de que se atribuya al cónyuge no titular, que ha sido ignorada en la sentencia desde el momento en que remite el tiempo de permanencia en la casa propiedad de quien fue su esposo a una posible alteración sustancial de las circunstancias, en lo que parece más una verdadera expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la Ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de «solidaridad conyugal» y consiguiente sacrificio del «puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro», puesto que no contempla más uso en favor del cónyuge más necesitado de protección que el tasado por criterio judicial ponderado en atención a las circunstancias concurrentes; uso que ya se ha cumplido desde el momento en que la esposa ha dispuesto en estas circunstancias de la vivienda desde hace varios años”.

²⁷² Así lo entiende MORALEJO IMBERNÓN, N. I.: “Régimen jurídico de la vivienda familiar”, cit., pp. 1031-1032, realizando una aplicación analógica al Derecho común del antiguo art. 83.2.b) del “Codi de Família” de Cataluña, que preveía la posibilidad de prórroga. Misma posibilidad que, como veremos enseguida, está contemplada en el actual art. 233-20.5 del CCCat. y en el nuevo art. 96.3.II CC redactado por el Anteproyecto.

cargas familiares²⁷³, lo que supone que ambos tienen medios y/o capacidad para procurarse su propia subsistencia por sí mismos.

2º) La duración de los matrimonios se ha reducido considerablemente (tanto por una celebración más tardía²⁷⁴, como por una disolución más temprana²⁷⁵), con lo cual no llega a consolidarse una diferencia real de recursos económicos o de patrimonio entre ambos cónyuges; máxime, si ambos trabajan.

3º) Además, los efectos perversos de la crisis han cambiado en cierto modo el patrón social establecido, según el cual el padre se encargaba, principalmente, de la manutención de la familia y, la madre, de la educación y crianza de los hijos. En efecto, en muchos casos la destrucción de puestos de trabajo ha afectado al padre, y no a la madre, produciéndose una inversión de los roles tradicionales en lo relativo a la contribución al levantamiento de las cargas familiares constante matrimonio.

²⁷³ Muy especialmente, al pago de los préstamos hipotecarios solicitados para financiar la adquisición de la vivienda familiar, cuya cuantía difícilmente puede ser afrontada mediante el trabajo de uno solo de los cónyuges en familias de economía media.

²⁷⁴ En efecto, los estilos de la vida de la sociedad han cambiado, lo que se manifiesta, entre otros indicadores, atendiendo a la edad media a la que se contrae el primer matrimonio (índice de primonupcialidad). Según el I.N.E., en 2014 la edad media a la que se contrajo matrimonio fue de 33'29 años, considerando únicamente contrayentes de nacionalidad española. Si introducimos un elemento de extranjería en el matrimonio, la media de edad asciende ligeramente hasta los 33'31 años. Datos disponibles para su consulta en <http://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=1380&L=0>; fecha de la consulta: 8 de diciembre de 2015.

Si tenemos en cuenta que la esperanza de vida no ha aumentado considerablemente en los últimos años, el hecho de contraer matrimonio a una edad más tardía tiene como necesaria conclusión la menor duración de éstos. Menor duración inducida en muchas ocasiones por la ausencia de hijos, que tradicionalmente habían constituido uno de los mayores estímulos a la continuación de una convivencia matrimonial deteriorada.

²⁷⁵ Según la estadística de nulidades, separaciones y divorcios del año 2014 elaborada por el I.N.E., la duración media de los matrimonios disueltos por divorcio en el año 2014 fue de 15'4 años. Además, por franjas de edades, el mayor número de separaciones y divorcios (tanto en hombres como mujeres) tuvo lugar en la franja que va de los 40 a los 49 años. Por su parte, la edad media de las mujeres fue de 42'8 años (42'6 años en los divorcios, 48'2 en las separaciones y 39'7 en las nulidades), mientras que en el caso de los hombres fue de 45'3 años (45'0 años en los divorcios, 50'7 en las separaciones y 44'0 en las nulidades). Cifras todas ellas muy similares a las registradas en el año 2013. Datos disponibles para su consulta en <http://www.ine.es/prensa/np927.pdf>; fecha de la consulta: 8 de diciembre de 2015.

Las cifras anteriores dan idea de lo que intentamos transmitir. El matrimonio ha perdido ese aura de permanencia que le caracterizaba, para ser ahora una institución más frágil y, en muchos casos, fugaz, en buena parte por efecto de la reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que introdujo el denominado “divorcio exprés”.

Todo ello ha conducido, en cierto modo, a equiparar las situaciones económicas de ambos cónyuges, de forma que ya no está tan clara la tradicional desproporción entre los recursos económicos del hombre y la mujer, lo que se manifiesta, a su vez, en la necesidad de establecer periodos de atribución del uso de la vivienda familiar más breves y compatibles con esas necesidades similares de ambos cónyuges.

5.2.1. En el Anteproyecto.

Sin duda esta nueva situación económico-social está contemplada en el art. 96.3.II CC redactado por el Anteproyecto, según el cual “Cuando el uso de la vivienda no se otorgase en consideración a la guarda y custodia de los hijos, lo será por un tiempo máximo de dos años. El cónyuge adjudicatario del uso podrá instar tres meses antes del vencimiento del plazo, con carácter excepcional y si continuara teniendo dificultades para el acceso a otra vivienda, la modificación de la medida y una prórroga del uso por otro año”²⁷⁶.

Por tanto, admitido ya que la nueva situación económico-social de las familias españolas en el siglo XXI difiere de la del siglo XX, lo lógico es establecer ese periodo máximo de uso de dos años, tiempo razonable para que el cónyuge que tuviera dificultades en el acceso a otra vivienda al momento de la crisis matrimonial pueda corregir su situación económico-financiera²⁷⁷. En caso de permanecer la situación de necesidad, el cónyuge que la padezca puede solicitar la prórroga del uso por otro año adicional, instando dicha prórroga tres meses antes del vencimiento del plazo de uso de dos años, y probando que efectivamente carece de recursos suficientes que le permitan

²⁷⁶ El precepto se debe poner en conexión con lo dispuesto en el proyectado art. 96.2.IV CC, en virtud del cual “Si los cónyuges no tuvieran hijos en guarda y custodia o cuando ésta no les fuera otorgada a alguno de ellos, el Juez, para atribuir el uso de la vivienda familiar, prestará especial atención a su titularidad y a criterios de necesidad”. La norma plantea la duda de, en el caso de ser la vivienda propiedad de uno de los cónyuges, y tener el otro el interés más necesitado de protección, qué criterio debe ser aplicado preferentemente, es decir, si debe primar la titularidad o la necesidad. A estos efectos, no parece determinante el orden en el que dichos criterios aparecen en el precepto.

²⁷⁷ El precepto, como se observa, no hace referencia a la titularidad de la vivienda. Se ha de entender, por tanto, que el cónyuge adjudicatario del uso de la vivienda es tanto el no titular (como señala expresamente el vigente art. 96.III CC), como el cotitular, como así lo ha venido entendiendo la jurisprudencia por la aplicación analógica del art. 96.III CC a este supuesto. Supuesto éste, de la cotitularidad, que, por otra parte, es el más frecuente en los matrimonios de nuestro tiempo, en los cuales, además, ambos cónyuges suelen suscribir conjuntamente el contrato de préstamo hipotecario y contribuyen en la amortización de las distintas cuotas periódicas.

habitar en otra vivienda, sea en el concepto que sea. Desde luego, ello será así siempre que la situación económica del cónyuge titular sea más boyante, pues, en caso contrario, por mucha necesidad que acredite el cónyuge no titular, el uso de la vivienda familiar deberá adjudicarse a su propietario.

5.2.2. En las leyes autonómicas.

En cuanto a las soluciones previstas en las legislaciones autonómicas, cabe destacar lo siguiente:

a) el art. 233-20.5 CCCat. dispone que “La atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges, en los casos de los apartados 3 y 4 [el apartado 3.b) contempla el supuesto de que los cónyuges no tengan hijos, o sean éstos mayores de edad], debe hacerse con carácter temporal²⁷⁸ y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas”²⁷⁹;

b) los ya comentados arts. 81.3 CDFA, 6.3 de la Ley valenciana núm. 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, y 12.5 de la Ley del País Vasco núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, no contemplan el supuesto de la atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos económicamente

²⁷⁸ La temporalidad del derecho de uso de la vivienda familiar en estos casos impide equiparar este derecho, derivado de un proceso matrimonial, con el derecho real de uso propiamente dicho, ya que el art. 562-2 CCCat. establece que “El derecho de uso o de habitación constituido a favor de una persona física se presume vitalicio”. V. sobre esta cuestión PUIG BLANES, F. DE P.: “Art. 233-20. Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar”, en PUIG BLANES, F. DE P. y SOSPEDRA NAVAS, F. J. (coord.): *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo I (2ª ed.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, p. 422.

²⁷⁹ V. en este sentido SAP Barcelona núm. 621/2014, de 17 de septiembre (JUR 2014, 268654), que entiende que el hecho de que la prórroga deba tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas impide que pueda acordarse “de forma automática y previa al vencimiento del plazo, caso de mantenerse las circunstancias de necesidad, siendo necesario plantear un nuevo procedimiento declarativo”.

dependientes²⁸⁰, regulando únicamente el caso de que los progenitores tengan hijos a su cargo.

A modo de conclusión de todo cuanto se ha dicho, nos parece acertada, en ausencia de hijos, la limitación temporal del uso de la vivienda familiar a un plazo máximo de dos años que prevé el Anteproyecto. Por una parte, contribuye a garantizar la seguridad jurídica en esta sede, que podría cuestionarse en caso de establecerse plazos de uso muy distintos ante supuestos de hecho idénticos. Por otra parte, porque resulta un plazo prudente y compatible con el respeto al derecho fundamental de propiedad (art. 33.1 CE). Motivos de peso que superan con creces los posibles inconvenientes que la norma pueda acarrear²⁸¹; inconvenientes de los que, desde luego, no está exenta ninguna decisión, más aún si cabe en Derecho de familia.

6. La oponibilidad a terceros del derecho de uso y su posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad.

Con independencia de la naturaleza, real o personal, que se le atribuya al derecho de uso de la vivienda personal, la doctrina suele coincidir en un punto: resulta oponible a terceros mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad²⁸². El cauce

²⁸⁰ Por tanto, rige aquí lo dispuesto por el Código Civil, como destaca VIÑAS MAESTRE, D.: “Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3/2012, p. 48.

²⁸¹ Desde luego, pensada la norma, como lo está, para el marco matrimonial y social actual, como señala la Exposición de Motivos, puede ocurrir que la aplicación de la misma pueda dar lugar a situaciones injustas, como sucedería en el caso de ser aplicada a un matrimonio de edad avanzada, con recursos económicos escasos, provenientes, bien de una modesta pensión de jubilación, bien de un salario precario del marido. En este supuesto, y suponiendo la vivienda privativa del marido, la mujer quedaría en una clara situación de desprotección, que no podría ser superada con la asignación temporal de la vivienda por un plazo de dos años prorrogables a un tercero, ni, seguramente, por la pensión compensatoria que pudiera establecerse, de cuantía, como se intuye, muy escasa.

²⁸² V. en este sentido ACHÓN BRUÑÉN, M^a. J.: “La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges”, cit., p. 44; AGUIRRE FERNÁNDEZ, B. J.: “La inscripción del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, cit., pp. 3-5; ALGARRA PRATS, E.: “Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002, de 6 de mayo)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 16, enero-diciembre 2002, p. 28; CAMPUZANO TOMÉ, H.: “Comentario a la Sentencia de 22 de abril de 2004 (RJ 2004, 3018)”, *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 177-179; CERVILLA GARZÓN, M^a. D.: “Algunas consecuencias jurídicas derivadas de la atribución del uso del domicilio conyugal propiedad del otro cónyuge”, cit., p. 20; DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I.: “Atribución judicial del derecho personal de uso de las segundas residencias o de viviendas distinta a la familiar tras la ruptura matrimonial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 2013,

que se utiliza para justificar la posibilidad de inscripción del derecho de uso en el Registro es el recurso a los arts. 1.º L.H. (“El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles”); 2.º L.H. (“En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán [...] Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales”), y 7 R.H. (“Conforme a lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia

pp. 1885-1887; DE LA PUENTE DE ALFARO, F.: “La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución”, cit., p. 2373; DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: “Definición y atribución del domicilio familiar”, cit., p. 13 (documento disponible en https://www.uclm.es/cu/csociales/pdf/documentosTrabajo/05_2008.pdf); FÉLIX BALLESTA, M^a. Á.: “Asignación de la vivienda familiar en supuestos de nulidad, separación y divorcio”, cit., p. 197; FERNÁNDEZ RAMALLO, P.: “Las consecuencias jurídicas de la atribución judicial del domicilio en los procedimientos matrimoniales”, cit., pp. 57-58; ISAC AGUILAR, A.: “Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: el uso de la vivienda conyugal”, cit., pp. 1730-1734; JUANES PECES, Á. y GALVÁN ARIAS, J. R.: “La naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial”, cit., p. 4 (versión en pdf; La Ley 5273/2001); LÓPEZ FRÍAS, A. M^a.: “El derecho de uso ex artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar”, cit., p. 114; LUCINI CASALES, Á.: “La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado”, cit., p. 113; MANZANA LAGUARDA, M^a. P.: “La atribución del uso de la vivienda familiar (Pronunciamientos de la Sección 10^a, de familia, de la Audiencia Provincial de Valencia)”, cit., p. 88; MONDÉJAR PEÑA, M^a. I.: “Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo. Comentario a la STS de 4 de diciembre 2000 (RJ 2000, 10430)”, cit., p. 442; MORALES IMBERNÓN, N.: “La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial”, cit., p. 109; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, cit., p. 1334; y RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G.: “La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad”, cit., p. 2522; ÍD.: “La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar”, cit., p. 1898; ÍD.: “La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el derecho de cosas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, 2013, p. 1136.

Sobre este punto, ya hemos manifestado con anterioridad que, a nuestro juicio, para examinar la naturaleza del derecho de uso hay que partir del derecho primitivo con base en el cual se concede el derecho de uso. De esta forma, únicamente si el derecho primitivo tiene naturaleza real, podrá tener el derecho de uso acceso al Registro de la Propiedad.

En la doctrina, como se vio, lo que suele suceder es que los autores se inclinan por una tesis o por otra, considerando el derecho de uso en su expresión más habitual, esto es, el concedido al cónyuge no titular. Partiendo de esta situación, quienes optan por la naturaleza real del derecho no tienen problema alguno en justificar su inscripción en el Registro, pues ésta es una continuación lógica de tal naturaleza real. Sin embargo, quienes consideran que el derecho de uso tiene naturaleza personal, entienden que, junto a dicha naturaleza, ostentan también una característica propia de los derechos reales, cual es la eficacia *erga omnes*.

real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales”)²⁸³.

Tampoco falta quien entiende que la inscripción del derecho de uso podría hacerse sobre la base de una prohibición de disponer, *ex art. 26.2ª L.H.*²⁸⁴ (“Las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efecto con arreglo a las siguientes normas [...] Segunda. Las que deban su origen inmediato a alguna resolución judicial o administrativa serán objeto de anotación preventiva”).

A la misma conclusión de la posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad llegó hace tiempo la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo²⁸⁵, como de

²⁸³ ACHÓN BRUÑÉN, M^a. J.: “La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges”, cit., p. 44; CAMPUZANO TOMÉ, H.: “Comentario a la Sentencia de 22 de abril de 2004 (RJ 2004, 3018)”, cit., p. 178; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: “Protección legal de la vivienda familiar”, cit., p. 1613; CERVILLA GARZÓN, M^a. D.: “Algunas consecuencias jurídicas derivadas de la atribución del uso del domicilio conyugal propiedad del otro cónyuge”, cit., p. 33; CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, cit., p. 14 (nota al pie 19); DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., p. 3415; ELORRIAGA DE BONIS, F.: *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, cit., p. 434; ESPIAU ESPIAU, S.: “Comentario a la Sentencia de 11 de diciembre de 1992”, *CCJC*, núm. 31, 1993, p. 99; GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, cit., p. 88; MANZANO FERNÁNDEZ, M^a. del M.: *El uso de los inmuebles en el Derecho civil moderno*, cit., p. 166; MONDÉJAR PEÑA, M^a. I.: “Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo. Comentario a la STS de 4 de diciembre 2000 (RJ 2000, 10430)”, cit., p. 442; MORALEJO IMBERNÓN, N.: “La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial”, cit., p. 109; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, cit., p. 1334.

²⁸⁴ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: “Definición y atribución del domicilio familiar”, cit., p. 13 (documento disponible en https://www.uclm.es/cu/csociales/pdf/documentosTrabajo/05_2008.pdf); TAMAYO CARMONA, J. A.: *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, cit., p. 113.

²⁸⁵ La STS núm. 1149/1992, de 11 de diciembre (RJ 1992, 10136), afirmó a este respecto, en lo que aquí interesa, 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 cuya extensión y contenido viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza u homologa y, en estos términos, constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quiénes sean sus posteriores titulares [...]”. Reiteran la doctrina aquí reproducida las SSTS núm. 905/1994, de 18 de octubre (RJ 1994, 7722); núm. 310/2004, de 22 de abril (RJ 2004, 2713), y núm. 772/2010, de 22 de noviembre (RJ 2011, 936); así como las SSAP Barcelona de 12 de mayo de 1993 (AC 1993, 1181); Islas Baleares 678/1996, de 23 de septiembre (AC 1996, 1770); Navarra núm. 263/1998, de 18 de noviembre (AC 1998, 2535); Córdoba de 8 de julio de 1999 (AC 1999, 1782); Islas Baleares núm. 425/2001, de 12

la DGRN²⁸⁶. Por tanto, a efectos prácticos de protección del cónyuge usuario, es indiferente la consideración que se ofrezca sobre la naturaleza del derecho de uso, pues, tanto si se opta por una posición u otra, en ambos casos podrá inscribir su derecho para quedar protegido frente a las vicisitudes que puedan afectar al inmueble que sirvió de vivienda familiar²⁸⁷.

de junio (JUR 2001, 259719); Alicante núm. 545/2001, de 30 de octubre (JUR 2001, 333133); Islas Baleares núm. 761/2001, de 9 de noviembre (JUR 2002, 41116); Ciudad Real núm. 127/2002, de 4 de abril (JUR 2003, 62354); Islas Baleares núm. 156/2003, de 31 de marzo (JUR 2003, 228246); Pontevedra núm. 542/2005, de 25 de noviembre (JUR 2006, 20741); Valencia núm. 170/2006, de 17 de marzo (JUR 2006, 196302); Madrid núm. 54/2007, de 31 de enero (JUR 2007, 155857); Madrid núm. 131/2007, de 15 de febrero (JUR 2007, 152938); Islas Baleares núm. 111/2007, de 12 de marzo (JUR 2007, 273369); Granada núm. 272/2007, de 15 de junio (JUR 2008, 17480); Madrid núm. 498/2008, de 22 de septiembre (JUR 2009, 28461); A Coruña núm. 282/2009, de 10 de junio (JUR 2009, 301731); Barcelona núm. 522/2009, de 30 de septiembre (AC 2009, 2116); Madrid núm. 536/2009, de 14 de octubre (JUR 2010, 20651); Castellón núm. 330/2009, de 22 de octubre (JUR 2010, 52246); Madrid núm. 215/2010, de 29 de marzo (AC 2010, 1211); Huelva núm. 292/2010, de 28 de diciembre (JUR 2011, 230898); Madrid núm. 293/2011, de 25 de mayo (JUR 2011, 293149); Córdoba núm. 165/2011, de 13 de julio (JUR 2011, 378122); Málaga núm. 388/2011, de 12 de septiembre (JUR 2012, 340716); Guipúzcoa núm. 87/2012, de 13 de marzo (JUR 2014, 152775); y Madrid de 8 de enero de 2014 (JUR 2014, 62868).

Por su parte, la STS núm. 278/1997, de 4 de abril (RJ 1997, 2636), aseveró [con cita de la STS núm. 1149/1992, de 11 de diciembre (RJ 1992, 10136)], que “La atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar, en la sentencia de separación conyugal, según el artículo 96 y con la temporalidad y provisionalidad que señala el artículo 91, no es un derecho de usufructo como pretende la recurrente, derecho real en principio vitalicio y disponible, sino un derecho de ocupación, que es oponible a terceros”.

Más cercana en el tiempo, la STS núm. 859/2009, de 14 de enero de 2010 (RJ 2010, 2323), señaló que “Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008)”.

²⁸⁶ En estos términos se manifestó la RDGRN de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7680), al aseverar que “Respecto a la inscribibilidad de la atribución de la vivienda al cónyuge que no es propietario, es algo indiscutible, pues, sin necesidad de entrar en si tal uso y disfrute es o no un derecho real, en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario (cfr. artículo 90 del Código Civil) que produce efectos «erga omnes», por lo que debe tener acceso al Registro, ya que, de no tenerlo, una afirmación falsa del propietario disponente podría dar lugar a la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que haría perder tal uso al cónyuge a quien se hubiera atribuido”.

Posteriormente, entre otras, las RRDGRN de 19 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 6167); y núm. 12221/2014, de 24 de octubre (RJ 2014, 6107), estimaron la procedencia de la inscripción del derecho de uso solicitada.

²⁸⁷ FERNÁNDEZ RAMALLO, P.: “Las consecuencias jurídicas de la atribución judicial del domicilio en los procedimientos matrimoniales”, cit., p. 57; y RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G.: “La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar”, cit., p. 1898.

La posibilidad de inscripción del derecho de uso de la vivienda familiar en el Registro de la Propiedad, una vez reconocida doctrinal y jurisprudencialmente, ha sido contemplada también legalmente; en concreto, en el art. 233-22 CCCat., según el cual “El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido al cónyuge se puede inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad”²⁸⁸. El precepto, desde luego, pretende otorgar al derecho de uso de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real²⁸⁹; sin embargo, hay quien piensa lo contrario, interpretando este artículo en el sentido de que únicamente tendrá eficacia real el derecho de uso que haya accedido al Registro, y no, así, el derecho de uso no inscrito, aun cuando el tercer adquirente hubiera tenido conocimiento extrarregistral del mismo²⁹⁰.

Por su parte, el Anteproyecto también contempla la posibilidad de inscripción del derecho de uso en el Registro de la Propiedad, al disponer el proyectado art. 96.8 CC que “El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge se podrá inscribir o anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad”.

6.1. ¿Puede oponerse el derecho de uso de la vivienda familiar aun cuando no conste inscrito en el Registro de la Propiedad?

En el caso prototípico del derecho de uso recayente sobre una vivienda propiedad del otro cónyuge o perteneciente a ambos, es evidente que dicho derecho de uso, por su propia naturaleza, será oponible a los terceros adquirentes del inmueble, que

²⁸⁸ CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, cit., p. 14, considera que la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad es una característica natural de los derechos reales que no necesita, en ningún caso, su consagración en un texto legal, de forma que dicho precepto (al igual que el proyectado art. 96.8 CC), más que reafirmar el carácter real de tal derecho, viene a debilitarlo. Dice así la autora que “el hecho de que la ley expresamente disponga la inscribibilidad del derecho de uso, es un argumento en contra de su carácter real, ya que, de serlo, entraría *iure proprio*, por la vía del régimen general de la inscripción de los derechos reales (art. 2 LH). Sí era un argumento a favor de su carácter real el que la jurisprudencia admitiera sin base legal el acceso al Registro de tal derecho”.

²⁸⁹ Dice a este respecto la STS núm. 861/2009, de 18 de enero (RJ 2010, 1274), que “el art. 233-22 del proyecto de Libro II del Código Civil Catalán se ha decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza [real], al declararlo inscribible en el Registro de la propiedad”.

²⁹⁰ CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, cit., p. 14.

deberán soportarlo: es éste el efecto que naturalmente corresponde a un derecho real y a su nota de eficacia *erga omnes*²⁹¹.

En el caso de que el derecho de uso acceda al Registro de la Propiedad, a su oponibilidad natural se añadirá la que deriva de la publicidad registral. En virtud de esta oponibilidad reforzada, resultante de la inscripción, se excluirá evidentemente la posibilidad de que pueda existir o aparecer un tercer adquirente protegido por el art. 34 L.H.

El problema puede surgir cuando el derecho de uso no esté inscrito, porque en este caso, junto a la lógica estricta derivada de su naturaleza de derecho real, hay que considerar el principio de buena fe pública registral²⁹², y, concretamente, el art. 34 L.H.:

²⁹¹ V. en este sentido SSTS núm. 1149/1992, de 11 de diciembre (RJ 1992, 10136); núm. 1199/1994, de 31 de diciembre (RJ 1994, 10330); y núm. 310/2004, de 22 de abril (RJ 2004, 2713).

²⁹² La exigencia de que el adquirente sea de buena fe implica, no únicamente la falta de constancia registral del derecho de uso, sino también que aquél no haya podido conocer, de otro modo distinto al Registro, la existencia del mismo. De esta forma, para ser de buena fe el adquirente debe también desconocer la realidad extrarregistral, esto es, la verdadera situación posesoria de la vivienda familiar.

V. a este respecto ACHÓN BRUÑÉN, M^a. J.: “La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges”, cit., p. 45; CERVILLA GARZÓN, M^a. D.: “Algunas consecuencias jurídicas derivadas de la atribución del uso del domicilio conyugal propiedad del otro cónyuge”, cit., p. 34; CORTADA CORTIJO, N.: “Comentario a la Sentencia de 4 de diciembre de 2000”, cit., pp. 619-620; GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, cit., pp. 97-98; y TAMAYO CARMONA, J. A.: “El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro”, cit., p. 288.

En la jurisprudencia, la SAP Barcelona de 15 de octubre de 2002 (JUR 2003, 164854) asevera al hilo de esto que “La buena fe a que alude el artículo 34 es predicable no de la publicidad que arroja el Registro sino que se concreta a través de cualquier mecanismo, aunque sea ajeno a ese Registro. El apelante tuvo conocimiento de la existencia de un derecho de uso a favor de la actora a través del procedimiento de apremio tributario en que se subastó la finca, ya que así se hizo constar en el edicto de subasta, detallándose en el auto en el que se reconocía la existencia de ese derecho (folio 25) la fecha de constitución del derecho de uso. Pero aunque no hubiera existido en el procedimiento de apremio esa publicidad, del propio Registro (folio 19) se desprenden los datos suficientes para que sólo con el contenido del mismo el apelante no pueda invocar su condición de tercero hipotecario. En la anotación, ciertamente de fecha posterior al embargo, se deja constancia de la fecha de constitución del derecho de uso, muy anterior a ese embargo, por lo que, al margen de la suerte que siga la anotación como consecuencia de la adjudicación del bien, el adjudicatario lo fue con conocimiento de un derecho de uso que gravaba la finca”.

En un sentido similar, la SAP Madrid núm. 44/2006, de 18 de enero (AC 2006, 671), consideró oponible el derecho de uso a los adjudicatarios de la vivienda en la subasta, por entender que la usuaria de la misma había realizado todo cuanto estaba a su alcance por dotar de publicidad a esa situación fáctica de uso de la vivienda, y que, además, “la ejecutante ya tenía conocimiento en virtud de los primeros edictos de la existencia de ocupación de la vivienda objeto de subasta, por lo que una actuación mínimamente diligente le hubiera debido conducir a tomar conocimiento mediante el

así, el derecho de uso no inscrito no será oponible frente a un tercer adquirente que reúna los requisitos establecidos en dicho precepto²⁹³. En cambio, el derecho de uso no inscrito resultará oponible al tercer adquirente de buena fe que no reúna todos los requisitos del art. 34 L.H.²⁹⁴ (es decir, que no haya inscrito la adquisición a su favor).

Al hilo de esto, hay quien ha afirmado la inoponibilidad del derecho a cualquier adquirente de buena fe, incluso aunque en él no concurren los requisitos del art. 34 L.H. Para fundamentarlo, invocan el párrafo segundo del art. 1320 CC, que, en relación a la venta de la vivienda familiar perteneciente a uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, afirma que “La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”²⁹⁵. Sin embargo, creemos que el recurso a esta norma no es pertinente, porque la misma no se refiere a la cuestión de la oponibilidad de un derecho real, sino que contempla simplemente una situación de hecho: el carácter familiar de la vivienda, Su finalidad, pues, es otra, aclarar que la facultad de anulación que corresponde al cónyuge no propietario que no ha consentido la enajenación no puede perjudicar a quien compró la vivienda de buena fe, sea o no tercero hipotecario.

Por lo tanto, el recurso al art. 1320.II CC no puede fundamentar la falta de oponibilidad de un derecho real (que aquí existe) frente a un tercer adquirente de buena fe que no reúna los requisitos del art. 34 L.H. Sin embargo, sí que quizás pudiera recurrirse a él para interpretar el art. 96.IV CC, considerando que la facultad de

examen pormenorizado de los autos de cuál era la condición del ocupante y cuál era el título que legitimaba dicha ocupación para poder participar en la subasta con pleno conocimiento de la situación real de la finca que se pretendía adjudicar, por tanto no cabe hablar de conducta diligente y por ello no cabe hablar de buena fe del hoy apelante, puesto que tuvo en su mano la posibilidad de tener pleno conocimiento de la situación real de la ocupación de la finca”.

²⁹³ CERVILLA GARZÓN, M^a. D.: “Algunas consecuencias jurídicas derivadas de la atribución del uso del domicilio conyugal propiedad del otro cónyuge”, cit., pp. 32-37; y LÓPEZ FRÍAS, A. M^a.: “El derecho de uso ex artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar”, cit., p. 120.

²⁹⁴ V. en este sentido ACHÓN BRUÑÉN, M^a. J.: “La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges”, cit., pp. 44-45; CERVILLA GARZÓN, M^a. D.: “Algunas consecuencias jurídicas derivadas de la atribución del uso del domicilio conyugal propiedad del otro cónyuge”, cit., p. 32.

²⁹⁵ Como señala MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales: Artículo 1357, párrafo 2, del Código civil*, Civitas, Colección “Cuadernos Civitas”, Madrid, 2002, p. 31, este precepto hace prevalecer el principio de seguridad en el tráfico jurídico sobre el de protección de la vivienda familiar.

anulación correspondiente al titular del derecho de uso que no ha consentido la enajenación no puede perjudicar al tercer adquirente de buena fe²⁹⁶: resulta curioso que la mera existencia de una situación de hecho haga inoponible, constante matrimonio, la sentencia de anulación frente a un tercer adquirente de buena fe y, en cambio, no suceda lo propio respecto a quien, una vez separados los cónyuges o disuelto el matrimonio, adquiere una cosa sobre la que existe un derecho real específico²⁹⁷. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que una cosa es la oponibilidad del derecho real y otra cosa muy distinta es la posible eficacia de la sentencia de anulación del contrato celebrado

²⁹⁶ Sobre la exigencia de consentimiento, la RDGRN de 31 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2739), interpretó que el art. 96.IV CC ha de entenderse en el sentido de que el uso atribuido al cónyuge no titular debe estar inscrito a efectos de ser impeditivo de la libre disposición de la vivienda, por lo que, si no consta inscrito, el cónyuge titular no precisará el consentimiento del cónyuge usuario ni autorización judicial para disponer de la vivienda. Afirma en este sentido el Centro Directivo que “una atenta lectura del artículo 96 del Código Civil, determina que la exigencia del consentimiento o autorización judicial para disponer de una vivienda privativa de un cónyuge sólo tiene aplicación cuando sobre la misma se ha constituido a favor del consorte el derecho de uso que la norma contempla, y en modo alguno se establece una exigencia a observar en todo supuesto de disposición de vivienda privativa de un cónyuge separado judicialmente, en previsión de que pueda estar afecta a aquel gravamen y como garantía del mismo; si a ello se añade: a) Que este derecho de uso es inscribible en el Registro de la Propiedad (cfr. artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria, 7 del Reglamento Hipotecario y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de septiembre de 1998 y 25 de octubre de 1999); b) Que dicho derecho deberá estar debidamente inscrito para que perjudique a terceros (cfr. artículo 13 de la Ley Hipotecaria), y c) Que se presume legalmente que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en los términos del asiento respectivo (cfr. artículo 38 de la Ley Hipotecaria); habrá de concluirse que el Registrador –que conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria deberá atenerse en su calificación a lo que resulte del documento presentado y de los libros a su cargo–, sólo puede exigir aquel consentimiento o autorización judicial cuando ese derecho de uso de la vivienda de que se va a disponer constare en aquéllos, pues, en otro caso, habrá de estar al pronunciamiento registral de un dominio pleno y libre a favor del cónyuge disponente, pronunciamiento que tampoco es contradicho, sino presupuesto por el documento calificado”.

A *sensu contrario*, la necesidad del consentimiento del cónyuge usuario para enajenar la vivienda cuando el derecho de uso consta inscrito es consecuencia, precisamente, del contenido patrimonial negativo de éste (al que en tantas ocasiones se ha referido el Centro Directivo), que actúa como una auténtica limitación de la facultad de disponer de la vivienda por el cónyuge titular de la misma.

V. sobre la cuestión las consideraciones de MARTÍN AZCANO, E. M.: “Limitación de las facultades dispositivas sobre la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial”, *Actualidad Civil*, núm. 9, septiembre 2014, pp. 975-977.

²⁹⁷ Con apoyo, precisamente, en la ausencia de una norma que proteja al adquirente de buena fe en los supuestos de crisis matrimonial, la doctrina entiende que aquí la protección que recibe la vivienda familiar es mayor que en los supuestos de normalidad matrimonial, por lo que, a diferencia de lo que ocurre en éstos, la seguridad del tráfico debe ceder frente al interés familiar preponderante. V. en este sentido ALGARRA PRATS, E.: “Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002, de 6 de mayo), cit., pp. 23-25; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: “La disposición de la vivienda familiar en las situaciones de normalidad matrimonial. Problemática que plantea”, cit., p. 546; y DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales”, cit., p. 381.

sin el consentimiento del titular del derecho de uso frente al tercer adquirente. Es más, un cónyuge puede no tener interés alguno en anular el contrato de transmisión de la vivienda, pues sabe que el adquirente deberá soportar el derecho de uso, a no ser que esté protegido por el art. 34 L.H.

6.2. El contenido del derecho de uso que resulta inscribible en el Registro de la Propiedad.

Hemos tenido ocasión ya de abordar el doble contenido del derecho de uso:

a) positivo, en tanto en cuanto permite al cónyuge titular del mismo usar y disfrutar de la vivienda familiar de forma temporal y provisional; y

b) negativo, en tanto en cuanto supone una limitación a la facultad de disponer del cónyuge propietario de la vivienda *ex art. 96.IV CC.*

En un primer momento, como hemos expuesto, la DGRN fue reticente a admitir el contenido positivo de dicho derecho, para posteriormente acabar por reconocerlo²⁹⁸. Más escéptica es la postura del Tribunal Supremo, que aún hoy sigue considerando únicamente el contenido patrimonial negativo del derecho de uso²⁹⁹.

Así las cosas, y a pesar de haber reconocido el contenido positivo del derecho de uso, la DGRN sólo admite la inscripción en el Registro de la Propiedad del contenido negativo del derecho, habiendo declarado el Centro Directivo que la posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad se limita únicamente a los supuestos en que no se tiene el pleno dominio de la vivienda (por ejemplo, vivienda propiedad del otro cónyuge, vivienda en copropiedad, vivienda ganancial³⁰⁰, etc.), pues, en caso de ser la

²⁹⁸ V. a este respecto las RRDGRN de 14 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3006); núm. 8775/2013, de 9 de julio (RJ 2013, 6668); núm. 12221/2014, de 24 de octubre 2014 (RJ 2014, 6107); y núm. 2692/2015, de 20 de febrero (RJ 2015, 1226).

²⁹⁹ STS núm. 118/2015, de 6 de marzo (RJ 2015, 1104).

³⁰⁰ En este caso, cuestión distinta es que la jurisprudencia entienda que ese derecho de uso se extingue posteriormente por la atribución del pleno dominio de la vivienda familiar a la persona a la que le había sido reconocido el derecho de uso, como ocurre en el supuesto de que la vivienda ganancial sea atribuida en la liquidación de la sociedad de gananciales al cónyuge usuario.

vivienda privativa del cónyuge usuario, carece de sentido la inscripción del derecho de uso, al quedar sumergido dicho uso en la facultad de posesión a la que el dominio del inmueble habilita, careciendo de interés, en consecuencia, el reflejo registral del derecho de uso atribuido judicialmente³⁰¹.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el uso derivado de la posesión ordinaria de un bien inmueble y el derecho de uso de la vivienda familiar no son conceptos equivalentes. Ello es así porque el uso de una vivienda, la genérica posesión, se transmite con el dominio; ahora bien, si sobre la vivienda familiar recae un derecho de uso, con la transmisión del dominio no se transmite la posesión, al quedar ésta limitada por el respeto al derecho de uso de la vivienda. Por tanto, de concurrir en la misma persona la condición de propietario de la vivienda familiar y de usuario de la misma, a nuestro juicio, únicamente no tendría sentido la inscripción del contenido patrimonial negativo del derecho³⁰², pero sí lo tendría, en cambio, la inscripción del contenido patrimonial positivo.

V. a este respecto RDGDyEJ Cataluña núm. 917/2007, de 22 de marzo (JUR 2007, 236319); o SAP Asturias núm. 162/2004, de 3 de mayo (JUR 2004, 190185).

Sin embargo, recientemente, la RDGRN núm. 2692/2015, de 20 de febrero (RJ 2015, 1226), una vez liquidada la sociedad de gananciales y atribuida la vivienda familiar a la ex mujer, no procedió a la cancelación, solicitada por el ex esposo, del derecho de uso inscrito a favor de aquélla y de los hijos del matrimonio, al entender, por una parte, que no existía confusión entre los derechos de propiedad y el de uso de la vivienda familiar, pues éste también figuraba a nombre de los hijos; y, por otra, que el solicitante no ostentaba legitimación al no acreditar “ostentar derecho alguno sobre la finca”.

³⁰¹ En relación con esto, la RDGRN de 6 de julio de 2007 (RJ 2007, 6161), denegó la inscripción de un derecho de uso atribuido a la propietaria de la vivienda familiar, ya que “el uso y disfrute de la vivienda, en el presente caso, viene atribuido por el derecho de propiedad que sobre la vivienda se ostenta. Por ello, en principio, carece de interés y razón de ser la constancia registral que se solicita”. Posteriormente, la RDGRN núm. 8775/2013, de 9 de julio (RJ 2013, 6668), aseveró, en un supuesto similar a los anteriores, que “en el presente caso, en que la atribución del derecho de uso se hace conjuntamente a los hijos y a su madre, y no sólo a los primeros, siendo la madre propietaria de la vivienda, no cabe inscribir uso alguno sobre ésta a su favor, en cuanto ha de considerarse facultad ínsita en su dominio”.

Crítica esta postura RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G.: “La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar”, cit., p. 1897, para quien la DGRN (toda vez reconocer el doble contenido - positivo y negativo- del derecho de uso), al mantener la no necesidad de inscripción de aquél cuando coincidan el titular dominical y el cónyuge usuario, “se olvida de la vertiente positiva del derecho de uso que [...] además de existir también debe ser oponible”.

³⁰² Como pone de manifiesto la RDGRN de 10 de octubre de 2008 (RJ 2009, 634): “siendo el contenido del derecho de uso el de contar con el consentimiento de su titular para la enajenación de la vivienda, no es precisa su expresión cuando corresponde al mismo cónyuge que es titular exclusivo de dicha vivienda, ya que en ningún caso se podrá proceder a la enajenación sin su consentimiento”.

EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

En cualquier caso, obsérvese que la protección del contenido positivo del derecho de uso que brindaría su inscripción en el Registro de la Propiedad sólo jugaría en casos excepcionales. Así, en una situación de normalidad, en la que el cónyuge propietario-usuario no tuviera más viviendas a su disposición, no resultaría lógico que la vendiera, porque ello iría en detrimento de sus propios intereses y de los de la descendencia a su cargo. Ésta es, no cabe otra interpretación posible, la situación de la que parte la DGRN al negar la posibilidad de inscripción del derecho de uso en estos casos.

Con todo, podrían darse ciertas situaciones excepcionales que justificaran por sí solas la inscripción del derecho de uso. Así ocurriría, muy especialmente, cuando el cónyuge propietario-usuario perdiera el dominio de la vivienda (por ejemplo, por ejecutarse la hipoteca por el impago de las cuotas periódicas del préstamo hipotecario concedido para su adquisición). En este caso, si el derecho de uso no constara inscrito, el adquirente de la vivienda en un procedimiento de subasta que inscriba su adquisición (y, en consecuencia, quede protegido por el art. 34 L.H.) no tendría por qué soportar el uso, con el consiguiente perjuicio del cónyuge usuario, que quedaría desprotegido ante tal eventualidad³⁰³.

³⁰³ También proclive a la necesidad de inscripción del derecho de uso en el Registro en este supuesto se pronuncia AGUIRRE FERNÁNDEZ, B. J.: “La inscripción del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, cit., p. 4, quien destaca que “si la vivienda es objeto de procedimiento de apremio por deudas de su titular, la propiedad podrá pasar a un tercero a través de la subasta, pero el uso no debe verse alterado por esa circunstancia, en tanto los intereses familiares a que responde su atribución sigan subsistiendo. Pero para que el tercero se vea afectado por el uso, parece razonable que haya podido al menos conocer su existencia. Ahí juega el Registro su papel de instrumento de publicidad en el tráfico”.

Dicha publicidad, según el autor, no sólo beneficia al cónyuge usuario, pues “si el cónyuge al que se ha atribuido el uso es titular no sólo de la vivienda, sino también de otros bienes, el conocimiento por sus acreedores de la existencia del derecho de uso sobre la vivienda, puede permitirles valorar si les resulta más conveniente solicitar el embargo y ejecución sobre otros inmuebles distintos”. Concluye el autor señalando que “Visto así, la registración del uso interesa tanto a su titular (tendrá plenamente asegurado su oponibilidad frente a terceros) como a los terceros que podrán así conocer la exacta situación jurídica y posesoria de la finca”.

6.3. Requisitos y vías por las que se ha canalizado en la práctica el acceso del derecho de uso al Registro de la Propiedad.

Habiendo justificado ya la necesidad de inscripción del derecho de uso de la vivienda familiar en el Registro de la Propiedad a efectos de dotarlo de publicidad frente a terceros adquirentes, toca explicar ahora qué requisitos deben concurrir para que pueda llevarse a cabo la señalada inscripción, los cuales vienen establecidos en la RDGRN de 19 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 6167):

1º) “Reconocimiento judicial del derecho de uso en un proceso de crisis matrimonial (artículos 90 y 91 del Código Civil)”.

Como resulta lógico, para que pueda inscribirse un derecho de uso sobre la vivienda familiar el primer paso es su reconocimiento judicial. Este reconocimiento puede canalizarse tanto a través de la sentencia judicial de nulidad, separación o divorcio que apruebe el convenio regulador, como a través de aquella que constituya directamente el derecho de uso *ex art. 96 CC*³⁰⁴.

Además, con carácter previo a la inscripción definitiva del derecho de uso en el Registro de la Propiedad, puede producirse la anotación preventiva del mismo, cuando se hubiese concedido como medida cautelar en virtud del art. 103.2ª CC, según ha venido manifestando la doctrina³⁰⁵ y recogen los textos legales más recientes sobre la materia³⁰⁶.

³⁰⁴ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G.: “La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad”, cit., p. 2523.

³⁰⁵ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: “Definición y atribución del domicilio familiar”, cit., p. 14, nota al pie 39 (disponible en https://www.uclm.es/cu/csociales/pdf/documentosTrabajo/05_2008.pdf); LUCINI CASALES, Á.: “La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado”, cit., p. 113; MONTERO AROCA, J.: *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del artículo 96 del Código Civil)*, cit., pp. 256-258; y RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G.: “La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad”, cit., p. 2523.

³⁰⁶ Así, como ya hemos tenido ocasión de apuntar, el art. 233-22 CCCat. dispone que “El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido al cónyuge se puede inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad”. De la misma forma, el proyectado art. 96.8 CC pergeña que “El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge se podrá inscribir o anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad”.

EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Una vez se consolide el derecho en virtud de sentencia definitiva que lo atribuya, podrá tener acceso al Registro mediante nota marginal a la inscripción de dominio del inmueble afectado (art. 96.2 R.H.), en la que se haga constar las limitaciones a la facultad de disposición del titular³⁰⁷.

2º) “Atribución del mismo al cónyuge no propietario de la vivienda (si se atribuyera al que ya es dueño la inscripción del uso sería innecesaria)”.

El segundo requisito que viene observando la DGRN es que el derecho de uso haya sido atribuido al cónyuge que no sea propietario exclusivo de la vivienda familiar. Ello implica, en la práctica, que se permita la inscripción del derecho de uso en los siguientes casos: a) cónyuge no propietario de la vivienda; b) cónyuge copropietario de la vivienda; y c) vivienda de naturaleza ganancial.

En cambio, no permite la inscripción del derecho de uso, como ya hemos explicado, cuando éste se atribuye al cónyuge propietario exclusivo de la vivienda familiar, con los problemas que ello puede plantear en los casos en que éste se vea privado del dominio de la misma (por ejemplo, por impago de las cuotas del préstamo hipotecario, o por incumplimiento de sus obligaciones tributarias) y a los que, para evitar reiteraciones, nos remitimos³⁰⁸.

3º) “Inscripción registral de la vivienda a favor del otro cónyuge (si lo estuviera a favor de tercero el uso no sería inscribible, pues las resultas del proceso de separación o divorcio sólo pueden alcanzar a los cónyuges, no a terceros)”.

³⁰⁷ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: “Definición y atribución del domicilio familiar”, cit., p. 14, nota al pie 39 (documento disponible en https://www.uclm.es/cu/csociales/pdf/documentosTrabajo/05_2008.pdf); ESPIAU ESPIAU, S.: “Comentario a la Sentencia de 11 de diciembre de 1992”, cit., p. 99; GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, cit., p. 89; RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G.: “La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad”, cit., p. 2523.

³⁰⁸ Ver *supra* II.6.2.

Este requisito excluye, por no cumplirse el principio de tracto sucesivo³⁰⁹, la inscripción del derecho de uso en el Registro de la Propiedad en los supuestos en los que la vivienda pertenece a un tercero extraño al matrimonio, como podría ser el caso de las viviendas arrendadas o cedidas en precario³¹⁰. Y es que las consecuencias del divorcio/separación no pueden afectar a terceros propietarios que no fueron parte en el procedimiento matrimonial³¹¹.

Lo anterior obedece también, como ya advertimos en su momento, a que en estos casos no existe un derecho de uso propiamente dicho (no hay título), con lo cual, lógicamente, no puede tener acceso al Registro de la Propiedad³¹².

³⁰⁹ “Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos” (art. 20.I L.H.). Añade el art. 20.II L.H. que “En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada”.

V. sobre este principio registral, aunque no referidas al derecho de uso de la vivienda familiar, las clásicas RRDGRN de 19 de enero de 1993 (RJ 1993, 444); de 17 de febrero de 1993 (RJ 1993, 1411); de 12 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1113); de 26 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1863); de 25 de junio de 1998 (RJ 1998, 5240).

³¹⁰ Así, en el Fundamento de Derecho 1º de la STS núm. 1199/1994, de 31 de diciembre (RJ 1994, 10330), se explica que fue denegada sistemáticamente la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de uso concedido a la ex esposa en el convenio regulador, y ello “porque [la vivienda] no figuraba inscrita a nombre del esposo”, ya que había sido cedida por el suegro (padre del ex esposo) para que en ella tuviera lugar el desarrollo de la vida familiar de su hijo.

Por su parte, la RDGRN de 28 de noviembre de 2002 (RJ 2003, 151), entendió que “En el presente recurso en el que se pretende la inscripción del derecho de uso acordado en sentencia firme de separación conyugal, a favor de la esposa sobre determinado inmueble no inscrito a nombre del esposo demandado, sino de un tercero que no intervine en el procedimiento, ha de confirmarse el criterio denegatorio del Registrador, basado en la falta de tracto, pues de otro modo se quebrantaría el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de derechos, e intereses legítimos y proscripción de la indefensión, así como los principios registrales de salvaguardia jurisdiccional de los asientos registrales (cfr. artículos 1 y 40 de la Ley Hipotecaria), de legitimación (cfr. artículo 33 de la Ley Hipotecaria), y tracto sucesivo (cfr. artículo 20 de la Ley Hipotecaria), los cuales impiden inscribir un título no otorgado por el titular o resultante de un procedimiento en el que no ha sido parte”.

V. también, en la misma línea, la RDGRN núm. 1/2005, de 28 de mayo (RJ 2005, 5493).

³¹¹ V. en este sentido SSTS núm. 1022/2005, de 26 de diciembre (RJ 2006, 180); núm. 861/2009, de 18 de enero de 2010 (RJ 2010, 1274); núm. 443/2010, de 14 de julio (RJ 2010, 6041); núm. 299/2011, de 30 de abril (RJ 2011, 3724); y núm. 160/2013, de 14 de marzo (RJ 2013, 2420).

³¹² Al hilo de esto, DE LA PUENTE DE ALFARO, F.: “La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución”, cit., p. 2372, entiende que en el supuesto de derecho de uso sobre vivienda cedida a título de precario, “el uso no es anotable en el Registro de la Propiedad porque no hay título y no porque no haya tracto”.

6.4. Diferentes supuestos de inscripción del derecho de uso en el Registro de la Propiedad.

La disparidad de las diferentes situaciones que se pueden producir nos ha permitido elaborar una enumeración de los supuestos más habituales en la práctica. Éstos serían los siguientes:

1º) Vivienda de propiedad exclusiva del cónyuge no usuario

Constituye éste el supuesto prototípico por excelencia en el que está pensando el art. 96.IV CC. En efecto, al referirse al “cónyuge usuario” como “cónyuge no titular”, la primera idea que sobreviene es la de que aquél sea el cónyuge no propietario de la vivienda. En este caso, no cabe duda de la posibilidad de inscripción del derecho de uso, *ex arts. 2.º L.H. y 7 R.H.*; ni tampoco de su conveniencia, pues la falta de inscripción podría, como ya hemos puesto de manifiesto, conllevar la extinción del derecho de uso en caso de adquisición de buena fe de la vivienda por tercero.

2º) Vivienda sobre la que el cónyuge usuario tiene algún derecho

En esta rúbrica tienen cabida dos situaciones, teniendo en común, ambas, que el cónyuge usuario ostenta algún derecho sobre la vivienda. Así, pueden incluirse aquí los siguientes supuestos: a) vivienda copropiedad de ambos cónyuges; y b) vivienda ganancial. En el primer caso, es igualmente conveniente la inscripción del derecho de uso, para asegurar la oponibilidad del mismo frente al tercer adquirente en los supuestos de división de la cosa común y posterior subasta de la misma³¹³. De la misma forma, es

³¹³ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G.: “La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar”, cit., pp. 1904-1905.

Sobre la oponibilidad del derecho de uso inscrito a los terceros adquirentes del inmueble en subasta derivada del ejercicio de la acción de división, pueden verse las SSTs núm. 1194/1992, de 22 de diciembre (RJ 1992, 10684); de 20 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3807); núm. 715/1994, de 14 de julio (RJ 1994, 6439); núm. 1073/1995, de 16 de diciembre (RJ 1995, 9144); núm. 1131/1999, de 27 de diciembre (RJ 1999, 9493); núm. 1097/2000, de 4 de diciembre (RJ 2000, 9323); núm. 314/2003, de 28 de marzo (RJ 2003, 3040); núm. 455/2006, de 8 de mayo (RJ 2006, 2342); núm. 723/2007, de 27 de junio (RJ 2007, 3865); núm. 78/2012, de 27 de febrero (RJ 2012, 3383); y núm. 5/2013, de 5 de febrero (RJ 2013, 1992). La doctrina que emana de ellas, en síntesis, es que la existencia de un derecho de uso sobre la vivienda familiar no impide el ejercicio de la acción de división de cosa

conveniente la inscripción del derecho de uso en el supuesto de que la vivienda tenga naturaleza ganancial y en la liquidación de la sociedad de gananciales se atribuya su propiedad al cónyuge no usuario³¹⁴.

3º) *Vivienda propiedad en exclusiva del cónyuge usuario*

En este caso, como ya hemos explicado, la DGRN ha venido denegando la inscripción del derecho de uso en el Registro, por entender que es una facultad que se encuentra absorbida por el pleno dominio de la vivienda, por lo que carece interés su reflejo registral³¹⁵. Sin embargo, ya hemos mostrado nuestro rechazo a esta postura, pues la DGRN, a pesar de reconocer ambas vertientes (positiva y negativa) del derecho, no las distingue a la hora de realizar la inscripción. Lógicamente, desde el punto de vista de su contenido negativo la inscripción del derecho de uso nada aporta, habida cuenta que coinciden en la misma persona la titularidad dominical y la del derecho de uso. Ahora bien, desde el punto de vista del contenido positivo, es decir, del uso limitado y temporal del inmueble al que el derecho faculta, la inscripción sí tiene interés registral, pues, en caso de no constar inscrito el derecho de uso y ser subastada la vivienda por deudas de su titular, podría aparecer un tercer adquirente protegido por la buena fe *ex* art. 34 L.H.³¹⁶.

común (art. 400.I CC), si bien la eventual venta debe respetar y garantizar la subsistencia del derecho de uso en tanto en cuanto el mismo permanezca.

³¹⁴ SANTOS MORÓN, M^a. J.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de reforma”, cit., p. 5, siguiendo a LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, pone de relieve que el cónyuge usuario carecerá de interés en que le sea atribuido el pleno dominio del inmueble, en la medida en que ya obtiene provecho de él mediante su uso y “porque en tal hipótesis se verá obligado a abonar al otro cónyuge el exceso de adjudicación que resulte en su favor o bien a disminuir su porción en el resto de la masa ganancial”.

Es, precisamente, esta disputa una de las más frecuentes en esta sede. Y es que, gravada la vivienda familiar con un derecho de uso, ningún cónyuge tendrá interés en que le sea atribuida la vivienda familiar en la liquidación de la sociedad ganancial: el cónyuge usuario, porque ya está obteniendo provecho de la misma y lo va a seguir haciendo en tanto en cuanto perdure el derecho de uso; y el cónyuge no usuario, porque no va a poder usar de la vivienda durante el tiempo que recaiga sobre ella el derecho de uso y porque, en caso de que decidiera enajenarla, su valor de mercado se vería afectado negativamente por la concurrencia del gravamen.

³¹⁵ RRDGRN de 6 de julio de 2007 (RJ 2007, 6161); de 10 de octubre de 2008 (RJ 2009, 634); y núm. 8775/2013, de 9 de julio (RJ 2013, 6668).

³¹⁶ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G.: “La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar”, cit., p. 1905, dice a este respecto que “Como este derecho de uso, de origen no patrimonial, queda fuera de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, y tiene una finalidad diferente y superior que es la protección de la familia, puede tener como consecuencia su exclusión de la

4º) *Vivienda arrendada*

En este caso, no será necesaria, ni tampoco posible, la inscripción del derecho de uso. Antes que nada, hay que tener en cuenta que el arrendamiento sí que puede tener acceso al Registro de la Propiedad (art. 2.5º L.H.); y, precisamente, el arrendamiento de la vivienda familiar faculta, primero y ante todo, para usarla, por lo que el uso de aquélla se encontraría, en cierta medida, protegido por la inscripción del contrato de arrendamiento en el Registro.

Ahora bien, el uso genérico, consecuencia de un contrato de arrendamiento, se encuentra sujeto, principalmente, a dos limitaciones. La primera de ellas es la limitación temporal derivada de la propia duración del contrato³¹⁷. La segunda limitación sería la necesidad del arrendador de destinar el inmueble arrendado “a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial” (art. 9.3 L.A.U.).

Estas limitaciones justifican, desde luego, el interés del cónyuge usuario en inscribir el derecho de uso de la vivienda familiar que le haya sido concedido en un procedimiento de nulidad, separación o divorcio. Sin embargo, la inscripción no es posible por concederse el uso en un procedimiento matrimonial en el que para nada interviene el arrendador-propietario, con lo cual se estaría incumpliendo el principio registral de tracto sucesivo (art. 20 L.H.).

Además, ya apuntamos en su momento que, por tener el derecho de uso que se concede una base distinta al derecho real de propiedad, no parece razonable convertir al titular de dicho derecho de uso en titular de un derecho real oponible a terceros, entre

responsabilidad del artículo 1911 del Código Civil [...]. Se garantiza, así, el derecho de uso de la residencia de la familia, y para ello, si se ha constituido e inscrito con anterioridad a este embargo, el adquirente queda afectado por el uso seguro”.

³¹⁷ Evidentemente, en contratos de arrendamiento de larga duración no se produciría esta limitación, asemejándose en la práctica el uso genérico derivado del arrendamiento al derecho de uso de la vivienda familiar concedido en un procedimiento de nulidad, separación o divorcio.

ellos, especialmente, al arrendador-propietario de la vivienda, que, en tal caso, vendría obligado a soportarlo durante un periodo de tiempo más o menos prolongado, con los efectos perversos que una decisión de este tipo podría tener en el futuro en relación a la oferta de viviendas para arrendamiento³¹⁸.

Por lo demás, en la actualidad se ha resuelto en parte el tradicional problema derivado de la celebración del contrato de arrendamiento por el cónyuge no usuario. Así, no era infrecuente que éste se desentendiera del mismo una vez hubiese perdido el uso de la vivienda familiar, mediante el impago de la renta o la no ejecución del derecho de prórroga, lo que perjudicaba al cónyuge usuario, ajeno a la relación contractual. Para evitar tal situación, el art. 15.1 L.A.U. establece, en su nueva redacción³¹⁹, que “En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil que resulte de aplicación. El cónyuge a quien se haya atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, pasará a ser el titular del contrato”. Como se desprende del precepto, la voluntad del legislador parece ser la de producir el cambio de titularidad en los supuestos en que exista riesgo de no renovación, de forma que cuando la atribución del uso de la vivienda arrendada se haga por un periodo inferior al periodo que resta para la finalización del contrato de arrendamiento, únicamente tendrá lugar una mera cesión del uso de la vivienda arrendada, y no, en cambio, una subrogación contractual³²⁰.

³¹⁸ Parece lógico pensar que, de admitirse la inscripción del derecho de uso de la vivienda familiar arrendada concedido en un procedimiento matrimonial, la disponibilidad de viviendas para arrendar disminuiría, habida cuenta la carga que tendría que soportar el arrendador-propietario en tales casos, sin recibir ninguna contraprestación a cambio más allá de la renta pactada.

³¹⁹ Dada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas.

³²⁰ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G.: “La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar”, cit., p. 1905, considera que, en estos casos, “también sería interesante su inscripción para facilitar lo dispuesto en el precepto legal”. Sin embargo, como ya hemos puesto de manifiesto, el derecho de uso derivado del arrendamiento no puede tener acceso al Registro de la Propiedad. En realidad, tal opinión se halla viciada de raíz por una lectura errónea del precepto. Y es que el hecho de que se conceda el derecho de uso “de forma permanente” o por “un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento”, no implica que el arrendador o un eventual tercer adquirente de la vivienda deban respetar ese derecho de uso de forma incondicionada durante toda su extensión, sino que éste únicamente jugará mientras permanezca en vigor el contrato de arrendamiento, lo que,

5º) *Vivienda usada en precario*

Este supuesto, como ya hemos insistido, se caracteriza porque el uso de la vivienda no está amparado en título alguno, sino que es una mera posesión tolerada. Ello supone no sólo que el derecho de uso no sea inscribible en el Registro de la Propiedad, sino que tampoco puede exigirse que sea respetado por el tercero propietario de la vivienda, cuya posesión podrá recuperar instando un juicio de desahucio por precario *ex* 250.1.2º LECiv., tal y como ha entendido la jurisprudencia³²¹.

6.5. La división de la cosa común: el ejercicio de la *actio communi dividundo*.

En relación con la oponibilidad del derecho de uso, resta por analizar una última cuestión. Se trata de ver si cabe, o no, la posibilidad de pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la *actio communi dividundo* en supuestos de copropiedad por parte de ambos cónyuges de la vivienda familiar³²². En principio, tal

cumplida la duración del mismo y la eventual prórroga legal *ex* art. 9.1 L.A.U., depende, en buena parte, de la voluntad del arrendador-propietario.

En este sentido, afirma ACHÓN BRUÑÉN, Mª. J.: “La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges”, cit., p. 63, que “la atribución judicial del uso no crea un derecho nuevo frente al arrendador, ni modifica la esencia del contrato”.

³²¹ V. en este sentido SSTS núm. 1022/2005, de 26 de diciembre (RJ 2006, 180); núm. 910/2008, de 2 de octubre (RJ 2008, 5587); núm. 1025/2008, de 29 de octubre (RJ 2008, 6923); núm. 1034/2008, de 30 de octubre (RJ 2008, 6925); núm. 1036/2008, de 30 de octubre (RJ 2009, 403); núm. 1037/2008, de 30 de octubre (RJ 2008, 6924); núm. 1077/2008, de 13 de noviembre (RJ 2009, 5); núm. 1078/2008, de 14 de noviembre (RJ 2009, 393); núm. 474/2009, de 30 de junio (RJ 2009, 4244); núm. 653/2009, de 22 de octubre (RJ 2009, 5704); núm. 859/2009, de 14 de enero de 2010 (RJ 2010, 2323); núm. 861/2009, de 18 de enero de 2010 (RJ 2010, 1274); núm. 443/2010, de 14 de julio (RJ 2010, 6041); núm. 727/2010, de 11 de noviembre (RJ 2010, 8048); núm. 178/2011, de 18 de marzo (RJ 2011, 935); núm. 299/2011, de 30 de abril (RJ 2011, 3724); núm. 386/2012, de 11 de junio (RJ 2012, 8848); núm. 160/2013, de 14 de marzo (RJ 2013, 2420); núm. 548/2014, de 14 de octubre (RJ 2014, 4729); o núm. 118/2015, de 6 de marzo (RJ 2015, 1104).

Esta jurisprudencia, por lo demás, ha tenido reflejo en el nuevo art. 96.6.II CC que pretende introducir el Anteproyecto, al disponer dicho precepto que “Cuando los cónyuges detentaren la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando éste les reclame su restitución”.

³²² Nos vamos a centrar en éste por ser el supuesto más habitual. Ahora bien, no es la única posibilidad; en este sentido, podría ocurrir que: a) la vivienda fuera copropiedad del cónyuge no beneficiario del uso y de una o más personas ajenas a la relación matrimonial; o que b) la vivienda fuera copropiedad de ambos cónyuges y de una o más personas ajenas a la relación matrimonial.

posibilidad está contemplada, en general, en el art. 400.I CC (norma referencia en la materia), según el cual “Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común”.

Sin embargo, la división de la vivienda familiar, en los casos en que se ha atribuido el derecho de uso de la misma a uno de los cónyuges, no se encuentra exenta de problemas teóricos. Para empezar, hemos de plantearnos si, a la luz del art. 96.IV CC (“Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”), es posible el ejercicio de la acción de división, para lo cual en primer lugar hemos de determinar si ésta constituye un acto de mera administración, o, por el contrario, un acto de disposición, ya que, en este último caso, el ejercicio de la acción de división resultaría problemático si tenemos en cuenta que el cónyuge favorecido por el uso seguramente no prestará su consentimiento a la misma³²³.

A este respecto, tanto la doctrina mayoritaria³²⁴, como la jurisprudencia³²⁵, entienden que la acción de división de la cosa común es un acto de disposición. No

Estos supuestos los estudian con más detenimiento BERROCAL LANZAROT, A. I.: “La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común”, cit., p. 3505; y GARCÍA-MAURIÑO, S. y DEL CARPIO FIESTAS, V.: “Atribución de uso de vivienda familiar y «actio communi dividundo»”, cit., pp. 85-87.

³²³ PÉREZ CONESA, C.: “División de la copropiedad y el derecho de uso sobre vivienda familiar. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2012, p. 77.

³²⁴ En este sentido, pueden verse las opiniones de GARCÍA-MAURIÑO, S. y DEL CARPIO FIESTAS, V.: “Atribución de uso de vivienda familiar y «actio communi dividundo»”, cit., pp. 77-79 y 84; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, cit., p. 1338; o ZANÓN MASDEU, L.: *El divorcio en España: Ley de 7 de julio de 1981*, cit., p. 344.

³²⁵ Ésta tiende también a considerar la acción de división de la cosa común como un acto de disposición [v. a este respecto SSTs de 17 de abril de 1986 (RJ 1986, 1857); y núm. 548/1995, de 9 de junio (RJ 1995, 4911)] o, al menos, como un acto que produce efectos similares a los actos dispositivos. Así, en este último sentido, la STS de 5 de junio de 1989 (RJ 1989, 4295), afirmó que “la venta de la cosa proindivisa no permite equipararla a los clásicos actos de disposición a que se refiere nuestro Código, aunque sus efectos se asemejen en cuanto que implican su salida de la esfera dispositiva”.

obstante, la doctrina clásica³²⁶ (y del mismo modo parece que también se posiciona la jurisprudencia³²⁷) considera que los actos a los que se refiere el art. 96.IV CC como actos de disposición son, exclusivamente, aquellos que implican la disposición del *ius utendi*. Así las cosas, la cuestión se sitúa ahora en determinar si la acción de división de la cosa común implica la pérdida del *ius utendi*, del uso de la vivienda familiar, pues, si así fuera, el ejercicio de aquélla no podría permitirse sin la concurrencia del consentimiento del cónyuge usuario, *ex art. 96.IV CC*. Por tanto, hay que dar respuesta al interrogante siguiente: ¿implica el ejercicio de la acción de división la extinción del derecho de uso?³²⁸

La cuestión no es baladí, pues, en un primer momento, el Tribunal Supremo admitió la extinción del derecho de uso por el mero ejercicio de la acción de división, lo que implicaba, a la vez, la expulsión de la vivienda del cónyuge usuario³²⁹. Así pues, el supuesto típico de ejercicio de la acción de división de la cosa común se caracteriza, como es de intuir, por el hecho de que el cónyuge no usuario solicita la división de la vivienda común (sobre la que recae un derecho de uso a favor del otro cónyuge), con el

³²⁶ V. la enumeración de autores que realizan GARCÍA-MAURIÑO, S. y DEL CARPIO FIESTAS, V.: “Atribución de uso de vivienda familiar y «actio communi dividundo»”, cit., p. 78, en la nota al pie número 14.

³²⁷ A este respecto es ilustrativa la STC núm. 135/1986, de 31 de octubre (RTC 1986, 135), según la cual “en buena interpretación no puede alterarse unilateralmente la disponibilidad posesoria de la vivienda y que el consentimiento de ambos cónyuges convierte el interés en derecho «ope legis», o, lo que es lo mismo, que los dos cónyuges ostentan y tienen atribuido el derecho que el contrato de arrendamiento configura. Igual atribución, por otra parte y para situaciones normales -no como la traumática de separación del art. 96 del Código Civil- establece el art. 1.320 del mismo Código, al exigir el consentimiento de ambos cónyuges (o en su caso del Juez) para «disponer de los derechos sobre la vivienda habitual... aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de ellos»”.

Posteriormente, en un sentido similar, la STS núm. 1199/1994, de 31 de diciembre (RJ 1994, 10330), señaló, en un supuesto de propiedad exclusiva de la vivienda familiar del cónyuge no usuario, que el art. 96.IV CC “proporciona una protección de la vivienda familiar, atribuida a uno de los cónyuges en bien propiedad del otro, de carácter absoluto, ejercitable «erga omnes» pero limitada a que subsista la ocupación durante todo el tiempo que disponga el Juez de familia que aprobó el convenio, que no impide la enajenación compatible con el uso, una vez disuelto el matrimonio”.

³²⁸ ZUMAQUERO GIL, L.: “El ejercicio de la acción de división de la cosa común no extingue el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges sobre la vivienda familiar. Comentario a la STS de 27 de febrero de 2012 (RJ 2012, 3383)”, *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, núm. 32, septiembre-diciembre 2013, p. 382.

³²⁹ V. en este sentido la STS de 22 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6852); sentencia que ha sido criticada con vehemencia por la doctrina (por todos, v. GARCÍA-MAURIÑO, S. y DEL CARPIO FIESTAS, V.: “Atribución de uso de vivienda familiar y «actio communi dividundo»”, cit., pp. 90-92).

objetivo de acabar con la situación de copropiedad y expulsar a este último de la vivienda³³⁰.

No obstante lo anterior, el Supremo reconsideró su postura inicial, admitiendo que el ejercicio de la acción de división no implica automáticamente la extinción del derecho de uso³³¹, pues no varían los postulados y circunstancias conforme a las cuales éste fue otorgado³³². Por tanto, si la vivienda es vendida a un tercero, éste deberá

³³⁰ HERRERO GARCÍA, M^a. J.: “Comentario a la STS de 22 de diciembre de 1992”, *CCJC*, núm. 31, 1993, p. 115; y ZUMAQUERO GIL, L.: “El ejercicio de la acción de división de la cosa común no extingue el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges sobre la vivienda familiar. Comentario a la STS de 27 de febrero de 2012 (RJ 2012, 3383)”, cit., p. 382.

³³¹ De esta forma, el Supremo concilia el ejercicio de la *actio communi dividundo* con el respeto al derecho de uso atribuido en sentencia judicial. A este respecto, BARCONES AGUSTÍN, N.: “Problemas que plantea la división de la vivienda familiar. Especial referencia a la subasta judicial”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2085, 2009, p. 1498, señala que en los casos en que recaiga un derecho de uso sobre la vivienda familiar, éste ha de ser “coordinado” con el ejercicio de la *actio communi dividundo* del art. 400 CC.

³³² V. en este sentido las SSTS núm. 1194/1992, de 22 de diciembre (RJ 1992, 10684) [v. el interesante comentario a esta sentencia de HERRERO GARCÍA, M^a. J.: “Comentario a la STS de 22 de diciembre de 1992”, cit., pp. 112-122]; de 20 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3807); núm. 715/1994, de 14 de julio (RJ 1994, 6439) [v., igualmente, el comentario a esta sentencia de ROBLEDO VILLAR, A.: “La *actio communi dividundo* ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por sentencia matrimonial”, *La Ley: Revista española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 1995, pp. 981-987]; núm. 1073/1995, de 16 de diciembre (RJ 1995, 9144); núm. 1131/1999, de 27 de diciembre (RJ 1999, 9493); núm. 1097/2000, de 4 de diciembre (RJ 2000, 9323); núm. 314/2003, de 28 de marzo (RJ 2003, 3040); núm. 455/2006, de 8 de mayo (RJ 2006, 2342); núm. 723/2007, de 27 de junio (RJ 2007, 3865); núm. 1123/2008, de 3 de diciembre (RJ 2009, 524); núm. 78/2012, de 27 de febrero (RJ 2012, 3383); y núm. 5/2013, de 5 de febrero (RJ 2013, 1992).

En la jurisprudencia menor, pueden verse las SSAP Barcelona de 12 de mayo de 1993 (AC 1993, 1181); Almería de 29 de junio de 1994 (AC 1994, 1090); Islas Baleares de 2 de marzo de 1995 (AC 1995, 718); Asturias núm. 214/1998, de 29 de abril (AC 1998, 4472); Islas Baleares núm. 601/1999, de 23 de septiembre (AC 1999, 8873); Girona núm. 56/2000, de 4 de febrero (AC 2000, 163); Madrid de 10 de abril de 2000 (AC 2000, 1770); Asturias núm. 271/2000, de 8 de mayo (AC 2000, 1164); Barcelona de 13 de octubre de 2000 (JUR 2001, 89); Vizcaya núm. 293/2001, de 21 de marzo (AC 2001, 490); Madrid de 17 de septiembre de 2001 (JUR 2002, 9224); Barcelona de 25 de septiembre de 2001 (JUR 2002, 4032); Barcelona de 19 de noviembre de 2001 (JUR 2002, 21259); Barcelona de 26 de febrero de 2002 (JUR 2002, 149536); Alicante núm. 278/2002, de 31 de mayo (JUR 2002, 200769); Valencia núm. 401/2002, de 19 de junio (JUR 2002, 251585); Islas Baleares núm. 559/2002, de 23 de septiembre (AC 2003, 114); Islas Baleares núm. 412/2003, de 15 de julio (JUR 2004, 73677); Málaga núm. 251/2004, de 12 de abril (JUR 2004, 162831); Barcelona núm. 623/2004, de 29 de diciembre (JUR 2005, 60298); Salamanca núm. 96/2005, de 28 de febrero (JUR 2005, 84471); Tarragona núm. 351/2005, de 20 de junio (JUR 2006, 214657); Barcelona núm. 602/2006, de 21 de diciembre (JUR 2007, 139318); Barcelona núm. 215/2008, de 15 de abril (JUR 2008, 188377); Guadalajara núm. 109/2008, de 25 de junio (JUR 2008, 337711); Madrid núm. 478/2008, de 18 de julio (JUR 2008, 290772); Madrid núm. 498/2008, de 22 de septiembre (JUR 2009, 28461); Islas Baleares núm. 311/2008, de 22 de octubre (JUR 2009, 122117); A Coruña núm. 282/2009, de 10 de junio (JUR 2009, 301731); Santa Cruz de Tenerife núm. 217/2009, de 17 de junio (JUR 2009, 352869); Madrid núm. 536/2009, de 14 de octubre (JUR 2010, 20651); Cádiz

soportar la carga del derecho de uso³³³, aunque podrá valerse de ella a efectos de pagar un menor precio por la vivienda en la subasta³³⁴.

En otro orden de ideas, hay que tener también en cuenta la posibilidad de división *in natura* de la vivienda familiar. Y es que, si las condiciones de la vivienda lo permiten (por dimensiones, número de plantas, etc.), podría decretarse una división material de la misma, siempre que los espacios resultantes fueran igualmente idóneos para el alojamiento humano, es decir, cuando se cumplieran unos requisitos mínimos de habitabilidad. Aunque luego volveremos sobre ello, se trata de una medida que, *prima facie*, puede conciliar la necesidad de vivienda tanto del cónyuge no usuario, como del cónyuge usuario de la vivienda familiar y de la descendencia a su cargo³³⁵.

núm. 228/2010, de 12 de mayo (JUR 2010, 357081); Jaén núm. 20/2011, de 28 de enero (JUR 2011, 148202); Barcelona núm. 77/2012, de 21 de febrero (JUR 2012, 102398); Guadalajara núm. 53/2012, de 28 de febrero (JUR 2012, 112341); Barcelona núm. 167/2012, de 26 de marzo (JUR 2012, 148901); Asturias núm. 257/2012, de 21 de junio (AC 2012, 524); Barcelona núm. 103/2013, de 12 de febrero (JUR 2013, 127699); Madrid núm. 210/2013, de 29 de abril (JUR 2013, 193996); Almería núm. 187/2013, de 9 de septiembre (JUR 2013, 374367); Jaén núm. 156/2013, de 9 de octubre (AC 2013, 2264); Barcelona núm. 208/2014, de 25 de marzo (JUR 2014, 134986); Valencia núm. 172/2014, de 25 de abril (JUR 2014, 190555); Las Palmas núm. 234/2014, de 30 de abril (JUR 2014, 185398); Islas Baleares núm. 134/2014, de 5 de mayo (JUR 2014, 149018); Toledo núm. 129/2015, de 12 de mayo (JUR 2015, 148679); Madrid núm. 29/2016, de 29 de enero (JUR 2016, 52809); Madrid núm. 66/2016, de 18 de febrero (JUR 2016, 67192); y Burgos núm. 150/2016, de 8 de abril (JUR 2016, 106705).

³³³ BERROCAL LANZAROT, A. I.: “La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común”, cit., pp- 3503-3504; GARCÍA-MAURIÑO, S. y DEL CARPIO FIESTAS, V.: “Atribución de uso de vivienda familiar y «actio communi dividundo»”, cit., p. 84.

³³⁴ BARCONES AGUSTÍN, N.: “Problemas que plantea la división de la vivienda familiar. Especial referencia a la subasta judicial”, cit., p. 1511-1512, considera que la valoración económica del derecho de uso sólo deberá tenerse en cuenta si el adjudicatario debe respetarlo, pues, de otro modo, “ninguna atribución económica debe asignarse a dicho derecho de uso”. En cuanto a la valoración del derecho de uso en sí mismo, la autora señala, como elemento fundamental a ponderar, el límite temporal del mismo: es decir, a mayor duración del derecho de uso, mayor carga supone para el adjudicatario y menor será el valor de la vivienda familiar, y viceversa.

Sobre esta cuestión, v. la STS núm. 723/2007, de 27 de junio (RJ 2007, 3865), y la SAP Madrid núm. 498/2008, de 22 de septiembre (JUR 2009, 28461).

³³⁵ En cualquier caso, se trata de una solución que no está exenta de problemas prácticos, como así lo constata BARCONES AGUSTÍN, N.: “Problemas que plantea la división de la vivienda familiar. Especial referencia a la subasta judicial”, cit., p. 1509, para quien la división puede requerir de ciertos proyectos de obra y de las preceptivas licencias municipales, pudiendo surgir contratiempos “cuando no obstante haberse acordado la división material de la vivienda esta división no es posible por normas de carácter urbanístico”.

Así mismo, la autora añade que otra dificultad que puede aparecer en estos casos es la de determinar quién debe sufragar los gastos de la división material, los cuales pueden ser, en ocasiones, de cuantía elevada.

En fin, concluye la autora, puede ocurrir también que transcurra el plazo otorgado para realizar la división sin que el ejecutado la lleve a cabo, en cuyo caso la autora entiende que, al tratarse de una

7. La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar.

Las causas de extinción del derecho de uso de la vivienda familiar tienen, lógicamente, una conexión estrecha con los caracteres que definen aquel derecho; en especial, su temporalidad y el hecho de que se trate de un derecho personalísimo. Ello determina que sean causas de extinción del derecho de uso las siguientes:

1º) *La muerte de su titular*

Consecuencia directa de la consideración del derecho de uso como un derecho *intuitu personae* es que la muerte de su titular supone la extinción de aquél, tal y como ha venido poniendo de manifiesto la doctrina³³⁶ y se está consagrando en las normas autonómicas sobre relaciones familiares en supuestos de crisis matrimoniales³³⁷.

2º) *La destrucción de la vivienda familiar*

Evidentemente, en caso de desaparecer físicamente la vivienda familiar, o de quedar en estado ruinoso que frustrara los fines de servir de habitación, el derecho de

condena de hacer no personalísimo, es de aplicación el art. 706 LECiv., cuyo primer apartado dispone que “Cuando el hacer a que obligue el título ejecutivo no sea personalísimo, si el ejecutado no lo llevara a cabo en el plazo señalado por el Secretario judicial, el ejecutante podrá pedir que se le faculte para encargarlo a un tercero, a costa del ejecutado, o reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios”.

En el mismo sentido, puede verse la SAP Las Palmas núm. 366/2008, de 29 de mayo (JUR 2008, 250459), la cual advirtió que “La división de un domicilio en dos o más unidades plantea por sí misma distintos problemas de naturaleza material y jurídica, y dentro de lo jurídico, de tipo urbanístico, registral, civil, etc. [...]”.

³³⁶ ACHÓN BRUÑÉN, M^a. J.: “La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges”, cit., p. 46 (nota al pie 20); ENTRENA KLETT, C. M^a.: *Matrimonio, separación y divorcio (En la legislación actual y en la historia)*, Aranzadi, 2^a ed., Pamplona, 1984, pp. 567-568; FÉLIX BALLESTA, M^a. Á.: “Asignación de la vivienda familiar en supuestos de nulidad, separación y divorcio”, cit., p. 197; GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, cit., p. 90; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, cit., p. 1338; RAMS ALBESA, J. J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, cit., p. 118; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja. Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados*, cit., p. 1029.

³³⁷ Así lo establecen los arts. 233-24.2.c) CCCat. y 12.11.a) de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

uso también se extinguiría³³⁸. En esta causa de extinción se puede encuadrar también el fenómeno de la expropiación forzosa de la vivienda familiar³³⁹.

3º) *Cumplimiento del plazo de duración establecido en la sentencia o producción del evento fijado para su finalización*

El derecho de uso es, ante todo, provisional y temporal, por lo que también se extingue (lo que será el supuesto más frecuente en la práctica) una vez se cumpla el plazo de duración establecido³⁴⁰ (un determinado número de meses o de años³⁴¹), o se

³³⁸ Ello es consecuencia, como bien se ha advertido, de “La realidad del derecho o la inmediatez de su proyección sobre un concreto y determinado bien” (RAMS ALBESA, J. J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, cit., p. 118).

³³⁹ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, cit., p. 1338; y RAMS ALBESA, J. J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, cit., p. 118.

³⁴⁰ Así lo establecen el art. 233-24.2.d) CCCat. y el art. 12.11.f) de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

³⁴¹ V. en este sentido SSTSJ Aragón núm. 1/2013, de 4 de enero (RJ 2013, 2884); núm. 32/2013, de 11 de julio (RJ 2013, 5404); núm. 27/2014, de 18 de julio (RJ 2014, 4293); núm. 33/2014, de 21 de octubre (RJ 2014, 6673); y núm. 6/2015, de 4 de febrero (RJ 2015, 427); STSJ Cataluña núm. 38/2008, de 10 de noviembre (RJ 2009, 3142); o SSAP Santa Cruz de Tenerife núm. 82/1998, de 6 de febrero (AC 1998, 419); Madrid de 12 de noviembre de 1998 (AC 1998, 2472); Barcelona de 10 de febrero de 2000 (AC 2000, 317); Asturias núm. 351/2000, de 11 de diciembre (JUR 2001, 119978); Cantabria núm. 46/2001, de 24 de enero (JUR 2001, 132758); Vizcaya núm. 45/2001, de 12 de marzo (JUR 2001, 299740); Barcelona núm. 206/2004, de 31 de marzo (JUR 2004, 121997); Barcelona núm. 143/2005, de 8 de marzo (JUR 2005, 119833); Guadalajara núm. 92/2005, de 20 de abril (JUR 2006, 12774); Islas Baleares núm. 161/2005, de 21 de abril (JUR 2005, 132296); Segovia núm. 166/2005, de 29 de julio (JUR 2005, 218510); Barcelona núm. 696/2005, de 9 de noviembre (JUR 2006, 58451); Islas Baleares núm. 512/2005, de 29 de noviembre (JUR 2006, 13094); Barcelona núm. 82/2006, de 14 de febrero (JUR 2006, 111701); Barcelona núm. 531/2006, de 27 de septiembre (JUR 2007, 134595); Barcelona núm. 120/2007, de 14 de febrero (JUR 2007, 204823); Málaga núm. 117/2007, de 21 de febrero (JUR 2007, 174809); Segovia núm. 191/2009, de 20 de octubre (JUR 2010, 28500); Málaga núm. 620/2009, de 12 de noviembre (JUR 2010, 140741); Valladolid núm. 66/2010, de 26 de febrero (JUR 2010, 155218); Jaén núm. 93/2010, de 26 de marzo (JUR 2010, 205467); Valencia núm. 435/2010, de 30 de junio (JUR 2010, 311866); Granada núm. 456/2010, de 5 de noviembre (JUR 2011, 127031); Granada núm. 458/2010, de 5 de noviembre (JUR 2011, 127027); Sevilla núm. 467/2010, de 24 de noviembre (JUR 2011, 122177); Sevilla núm. 503/2010, de 16 de diciembre (JUR 2011, 368522); Las Palmas núm. 177/2012, de 16 de abril (JUR 2012, 368405); Zaragoza núm. 212/2012, de 20 de abril (JUR 2012, 158628); A Coruña núm. 234/2012, de 7 de mayo (JUR 2012, 183539); Salamanca núm. 290/2012, de 24 de mayo (JUR 2013, 94073); Murcia núm. 579/2012, de 13 de septiembre (JUR 2012, 320850); Jaén núm. 302/2012, de 16 de noviembre (JUR 2012, 141693); Santa Cruz de Tenerife núm. 488/2012, de 22 de noviembre (JUR 2013, 23050); Alicante núm. 569/2012, de 5 de diciembre (JUR 2013, 116336); Cádiz núm. 625/2012, de 14 de diciembre (JUR 2013, 46993); Huesca núm. 250/2012, de 17 de diciembre (JUR 2013, 8618); Alicante núm. 67/2013, de 7 de febrero (JUR 2013, 185622); Zaragoza núm. 70/2013, de 12 de febrero (JUR 2013, 111299); La Rioja núm. 48/2013, de 13 de febrero (JUR 2013, 126989); Valencia núm. 126/2013, de 25 de febrero (JUR 2013, 191322); Sevilla núm. 141/2013, de 24 de abril (JUR 2013, 289384); Sevilla núm. 225/2013, de 5 de junio (JUR 2013, 301925); Cáceres núm. 202/2013, de 11 de julio (JUR 2013, 266747); Alicante núm. 309/2013, de 16 de julio (JUR

produzca el evento previsto para su finalización (por ejemplo, la mayoría de edad de los hijos³⁴², la independencia económica de éstos³⁴³, la finalización de la guarda y custodia

2013, 350221); Alicante núm. 318/2013, de 19 de julio (JUR 2013, 350222); Murcia núm. 351/2013, de 8 de octubre (JUR 2013, 327019); Málaga núm. 629/2013, de 6 de noviembre (JUR 2014, 95695); Barcelona núm. 99/2014, de 13 de febrero (JUR 2014, 84569); Zaragoza núm. 100/2014, de 25 de febrero (JUR 2014, 72423); Alicante núm. 67/2014, de 4 de marzo (JUR 2014, 251031); Guadalajara núm. 67/2014, de 6 de marzo (JUR 2014, 90969); Málaga núm. 219/2014, de 25 de marzo (JUR 2014, 283842); Cádiz núm. 223/2014, de 11 de abril (JUR 2014, 154588); Barcelona núm. 283/2014, de 29 de abril (JUR 2014, 134683); Islas Baleares núm. 217/2014, de 26 de mayo (JUR 2014, 180336); Las Palmas núm. 354/2014, de 12 de junio (JUR 2015, 56518); Barcelona núm. 513/2014, de 11 de julio (JUR 2014, 234391); Castellón núm. 103/2014, de 18 de julio (JUR 2014, 272454); Zaragoza núm. 375/2014, de 29 de julio (JUR 2014, 221689); Asturias núm. 219/2014, de 16 de septiembre (JUR 2014, 252853); Zaragoza núm. 386/2014, de 16 de septiembre (JUR 2014, 260176); Barcelona núm. 621/2014, de 17 de septiembre (JUR 2014, 268654); Zaragoza núm. 425/2014, de 7 de octubre (JUR 2015, 7324); Alicante núm. 547/2014, de 26 de noviembre (JUR 2015, 75793); Huesca núm. 220/2014, de 23 de diciembre (JUR 2015, 53983); Tarragona núm. 162/2015, de 25 de marzo (JUR 2015, 157919); Barcelona núm. 195/2015, de 31 de marzo (JUR 2015, 156673); Sevilla núm. 158/2015, de 17 de abril (JUR 2015, 208368); Asturias núm. 114/2015, de 4 de mayo (JUR 2015, 130642); Valencia núm. 249/2015, de 4 de mayo (JUR 2015, 168429); Alicante núm. 116/2015, de 3 de junio (JUR 2015, 224227); Toledo núm. 150/2015, de 11 de junio (JUR 2015, 182210); Barcelona núm. 509/2015, de 15 de julio (JUR 2015, 233753); Zamora núm. 125/2015, de 28 de julio (JUR 2015, 274810); Barcelona núm. 632/2015, de 1 de octubre (JUR 2015, 282102); y Lugo núm. 387/2015, de 15 de octubre (JUR 2015, 247279).

³⁴² V. en este sentido SSTS núm. 100/2006, de 10 de febrero (RJ 2006, 549); núm. 624/2011, de 5 de septiembre (RJ 2011, 5677); núm. 183/2012, de 30 de marzo (RJ 2012, 4584); núm. 707/2013, de 11 de noviembre (RJ 2013, 7262); núm. 181/2014, de 3 de abril (RJ 2014, 1950); y núm. 315/2015, de 29 de mayo (RJ 2015, 2273); STSJ Aragón núm. 23/2015, de 2 de octubre (RJ 2015, 4641); o SSAP Valencia núm. 142/2007, de 15 de marzo (JUR 2007, 273045); Barcelona núm. 150/2009, de 17 de marzo (JUR 2009, 379147); Cantabria núm. 736/2009, de 5 de noviembre (JUR 2010, 27324); Barcelona núm. 79/2010, de 11 de febrero (JUR 2010, 147144); Málaga núm. 524/2011, de 14 de octubre (JUR 2012, 195582); Valladolid núm. 73/2013, de 22 de febrero (AC 2013, 712); Santa Cruz de Tenerife núm. 329/2013, de 18 de septiembre (JUR 2013, 349470); Alicante núm. 388/2013, de 7 de noviembre (JUR 2014, 182261); Sevilla núm. 20/2014, de 29 de enero (JUR 2014, 100612); Valencia núm. 196/2014, de 26 de marzo (JUR 2014, 165386); Barcelona núm. 261/2014, de 14 de abril (JUR 2014, 227428); Vizcaya núm. 322/2014, de 15 de mayo (JUR 2014, 231680); Valencia núm. 431/2014, de 16 de junio (JUR 2014, 201093); Madrid núm. 622/2014, de 26 de junio (JUR 2014, 240136); Girona núm. 209/2014, de 30 de junio (JUR 2014, 236356); Alicante núm. 355/2014, de 8 de julio (JUR 2014, 254468); Madrid núm. 661/2014, de 8 de julio (JUR 2014, 245803); Castellón núm. 117/2014, de 23 de septiembre (JUR 2015, 53939); Cáceres núm. 238/2014, de 10 de octubre (JUR 2015, 9398); Valencia núm. 738/2014, de 13 de octubre (JUR 2015, 51182); Barcelona núm. 660/2014, de 28 de octubre (JUR 2015, 21649); Valencia núm. 872/2014, de 13 de noviembre (JUR 2015, 74423); Valencia núm. 908/2014, de 25 de noviembre (JUR 2015, 96723); Madrid núm. 1054/2014, de 28 de noviembre (JUR 2015, 19455); Barcelona núm. 823/2014, de 10 de diciembre (JUR 2015, 65353); Vizcaya núm. 711/2014, de 15 de diciembre (JUR 2015, 65522); Madrid núm. 1091/2014, de 16 de diciembre (JUR 2015, 49945); Barcelona núm. 866/2014, de 22 de diciembre (JUR 2015, 76946); Madrid núm. 1119/2014, de 22 de diciembre (JUR 2015, 61103); Madrid núm. 2/2015, de 9 de enero (JUR 2015, 73348); Valencia núm. 10/2014, de 14 de enero de 2015 (JUR 2015, 95939); Las Palmas núm. 35/2015, de 26 de enero (JUR 2015, 90050); Castellón núm. 38/2015, de 16 de abril (JUR 2015, 144745); Cádiz núm. 187/2015, de 24 de abril (JUR 2015, 138986); Madrid núm. 485/2015, de 18 de mayo (JUR 2015, 159158); Valencia núm. 286/2015, de 18 de mayo (JUR 2015, 169046); Valencia núm. 312/2015, de 25 de mayo (JUR 2015, 206455); y Valencia núm. 333/2015, de 3 de junio (JUR 2015, 206403).

de los hijos³⁴⁴, el cumplimiento de una determinada edad por parte del cónyuge usuario³⁴⁵, la liquidación de la sociedad de gananciales³⁴⁶, la venta de la vivienda familiar³⁴⁷, etc.).

³⁴³ V. en este sentido SSTSJ Aragón núm. 22/2014, de 11 de junio (RJ 2014, 3572); y núm. 6/2015, de 4 de febrero (RJ 2015, 427); o SSAP Navarra de 17 de mayo de 1993 (AC 1993, 964); La Rioja núm. 532/1998, de 26 de octubre (AC 1998, 7838); Barcelona de 19 de enero de 1999 (AC 1999, 2657); Valladolid núm. 151/2001, de 3 de abril (JUR 2001, 171421); Navarra núm. 148/2001, de 8 de junio (JUR 2001, 227966); Zaragoza núm. 74/2002, de 5 de febrero (JUR 2002, 100031); Sevilla núm. 83/2002, de 6 de febrero (JUR 2002, 160400); Barcelona de 8 de febrero de 2002 (JUR 2002, 135421); Madrid núm. 625/2002, de 20 de junio (JUR 2002, 225923); Murcia núm. 404/2002, de 26 de noviembre (JUR 2003, 72892); Asturias núm. 212/2003, de 13 de mayo (JUR 2003, 232632); Islas Baleares núm. 236/2005, de 9 de junio (JUR 2005, 176673); Madrid núm. 721/2005, de 4 de noviembre (JUR 2006, 15978); Guadalajara núm. 59/2006, de 21 de marzo (JUR 2006, 140864); Barcelona núm. 565/2006, de 22 de septiembre (JUR 2006, 106348); Santa Cruz de Tenerife núm. 100/2007, de 19 de marzo (JUR 2007, 172907); Salamanca núm. 304/2007, de 24 de septiembre (JUR 2008, 60183); Las Palmas núm. 185/2009, de 24 de marzo (JUR 2009, 248421); Jaén núm. 7/2010, de 15 de enero (JUR 2010, 210815); Valencia núm. 271/2012, de 18 de abril (JUR 2012, 215570); Valencia núm. 398/2012, de 5 de junio (JUR 2012, 294179); Valencia núm. 563/2012, de 25 de julio (JUR 2012, 357810); Cantabria núm. 694/2012, de 20 de diciembre (JUR 2013, 360384); Valencia núm. 119/2013, de 21 de febrero (JUR 2013, 156744); Islas Baleares núm. 356/2013, de 10 de septiembre (JUR 2013, 313442); Madrid núm. 478/2014, de 21 de mayo (JUR 2014, 240626); Almería núm. 164/2014, de 19 de junio (JUR 2014, 202884); Madrid núm. 298/2015, de 24 de marzo (JUR 2015, 173753); y Barcelona núm. 328/2015, de 7 de mayo (JUR 2015, 164638).

³⁴⁴ Criterio éste especialmente seguido por la Audiencia Provincial de Barcelona, en cumplimiento de los arts. 233-20.2 (“Si no existe acuerdo o si éste no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure ésta”) y 233-24.1 CCCat. (“El derecho de uso se extingue por las causas pactadas entre los cónyuges y, si se atribuyó por razón de la guarda de los hijos, por la finalización de la guarda”).

V. en este sentido SSAP Barcelona núm. 212/2014, de 26 de marzo (JUR 2014, 135522); Barcelona núm. 264/2014, de 9 de abril (AC 2014, 689); Barcelona núm. 261/2014, de 14 de abril (JUR 2014, 227428); Girona núm. 209/2014, de 30 de junio (JUR 2014, 236356); Barcelona núm. 724/2014, de 25 de noviembre (JUR 2015, 34970); Barcelona núm. 747/2014, de 28 de noviembre (JUR 2015, 34488); Barcelona núm. 823/2014, de 10 de diciembre (JUR 2015, 65353); y Barcelona núm. 338/2015, de 12 de mayo (JUR 2015, 188788).

También se refiere a la finalización de la guarda de los hijos como causa de extinción del derecho de uso el art. 12.11.e) de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

³⁴⁵ SAP Barcelona núm. 657/2012, de 10 de octubre (AC 2012, 1987).

³⁴⁶ V. en este sentido SSAP Murcia núm. 188/2001, de 23 de abril (JUR 2001, 210817); Pontevedra núm. 245/2002, de 15 de julio (JUR 2002, 253005); Valencia núm. 516/2004, de 16 de septiembre (JUR 2005, 1079); Murcia núm. 269/2007, de 2 de octubre (JUR 2008, 79307); Granada núm. 108/2008, de 27 de febrero (JUR 2008, 332876); Madrid núm. 134/2009, de 9 de febrero (JUR 2009, 238397); Las Palmas núm. 362/2009, de 23 de junio (JUR 2009, 369871); Murcia núm. 296/2009, de 15 de diciembre (JUR 2010, 76302); Granada núm. 606/2009, de 23 de diciembre (JUR 2010, 247143); Valladolid núm. 46/2010, de 12 de febrero (JUR 2010, 134111); Sevilla núm. 203/2010, de 7 de junio (JUR 2011, 74311); Granada núm. 257/2010, de 11 de junio (JUR 2010, 356399); Santa Cruz de Tenerife núm. 319/2010, de 5 de julio (JUR 2010, 417614); Alicante núm. 251/2010, de 8 de julio (JUR 2010, 397006); Santa Cruz de Tenerife núm. 356/2010, de 26 de julio (JUR 2011, 6765); Alicante núm. 393/2010, de 7 de octubre (JUR 2011, 23707); Barcelona núm. 83/2011, de 16 de febrero (JUR 2011, 145346); Asturias núm. 69/2011, de 23 de febrero (JUR 2011, 158283); Alicante núm. 111/2011, de 7 de marzo (JUR 2011, 191527); Castellón núm. 63/2011, de 19 de

4º) *La renuncia*

La renuncia del derecho de uso es causa de extinción del mismo³⁴⁸, ya se trate de una renuncia expresa, o tácita, manifestada ésta mediante el abandono, libre y espontáneo³⁴⁹, de la vivienda familiar por un tiempo prolongado y con carácter

mayo (JUR 2011, 312345); Sevilla núm. 241/2011, de 22 de junio (JUR 2011, 381342); Asturias núm. 351/2011, de 7 de octubre (JUR 2011, 424722); Asturias núm. 436/2011, de 16 de noviembre (JUR 2011, 417243); Alicante núm. 71/2012, de 16 de febrero (JUR 2012, 223344); Cádiz núm. 134/2012, de 14 de marzo (JUR 2012, 157372); Cádiz núm. 138/2012, de 16 de marzo (JUR 2012, 161474); Zamora núm. 45/2012, de 22 de marzo (JUR 2012, 141427); Madrid núm. 541/2012, de 10 de mayo (JUR 2012, 320677); Málaga núm. 288/2012, de 30 de mayo (JUR 2012, 331535); Cádiz núm. 327/2012, de 3 de julio (JUR 2012, 354449); Cádiz núm. 337/2012, de 6 de julio (JUR 2012, 353253); Lugo núm. 583/2012, de 31 de octubre (JUR 2012, 396956); Madrid núm. 964/2014, de 12 de noviembre (JUR 2015, 39878); Pontevedra núm. 641/2012, de 14 de diciembre (JUR 2013, 37176); Alicante núm. 81/2013, de 28 de febrero (JUR 2013, 201488); Sevilla núm. 100/2013, de 27 de marzo (JUR 2013, 251070); Sevilla núm. 121/2013, de 27 de marzo (JUR 2013, 254404); Granada núm. 140/2013, de 5 de abril (JUR 2014, 124311); Cádiz núm. 193/2013, de 17 de abril (JUR 2013, 228315); Cádiz núm. 274/2013, de 27 de mayo (JUR 2013, 286589); Jaén núm. 265/2013, de 27 de septiembre (JUR 2013, 333465); Valladolid núm. 313/2013, de 3 de diciembre (JUR 2014, 9917); Alicante núm. 95/2014, de 25 de marzo (JUR 2014, 253856); Madrid núm. 541/2014, de 4 de junio (JUR 2014, 245148); Cádiz núm. 350/2014, de 24 de junio (JUR 2014, 203776); Alicante núm. 214/2014, de 3 de julio (JUR 2015, 53891); Asturias núm. 230/2014, de 25 de septiembre (JUR 2014, 278137); Málaga núm. 677/2014, de 9 de octubre (JUR 2015, 192289); Navarra núm. 304/2014, de 4 de noviembre (JUR 2015, 101598); Ciudad Real núm. 306/2014, de 18 de diciembre (JUR 2015, 66602); León 2/2015, de 14 de enero (JUR 2015, 70053); Cádiz núm. 86/2015, de 24 de febrero (JUR 2015, 101282); Salamanca núm. 74/2015, de 16 de marzo (JUR 2015, 100250); Cádiz núm. 205/2015, de 4 de mayo (JUR 2015, 169262); Cantabria núm. 238/2015, de 19 de mayo (JUR 2015, 267807); Valencia núm. 306/2015, de 25 de mayo (JUR 2015, 169421); León núm. 143/2015, de 23 de junio (JUR 2015, 192621); Cádiz núm. 307/2015, de 29 de junio (JUR 2015, 193302); y Asturias núm. 275/2015, de 2 de octubre (JUR 2015, 249079).

³⁴⁷ V. en este sentido SSAP Barcelona de 8 de febrero de 2002 (JUR 2002, 135421); Valencia núm. 142/2007, de 15 de marzo (JUR 2007, 273045); Alicante núm. 71/2012, de 16 de febrero (JUR 2012, 223344); Barcelona núm. 553/2012, de 18 de septiembre (JUR 2012, 347961); Murcia núm. 442/2012, de 11 de diciembre (JUR 2013, 9565); y Barcelona núm. 354/2014, de 21 de mayo (JUR 2014, 228725).

³⁴⁸ ACHÓN BRUÑÉN, M^a. J.: “La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges”, cit., p. 46 (nota al pie 20); FÉLIX BALLESTA, M^a. Á.: “Asignación de la vivienda familiar en supuestos de nulidad, separación y divorcio”, cit., p. 197; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, cit., p. 1339; o RAMS ALBESA, J. J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, cit., p. 119. Como acertadamente señala RAMS ALBESA, J. J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, cit., p. 119, “no nos encontramos ante una relación generada al margen y con independencia de las circunstancias fácticas, sino que son éstas, en cuanto datos importantes para el desarrollo de la vida familiar de los hijos, las que marcan el fin protegido por la norma”.

³⁴⁹ Desde luego, el hecho de abandonar el domicilio familiar por los malos tratos del esposo antes de presentarse la demanda de divorcio, no es óbice para que el uso de la vivienda pueda ser atribuido a la mujer, pues “no puede darse a tal hecho la trascendencia de considerar que se trata de un acto voluntario que altera el *statu quo* del domicilio familiar” [SAP Murcia núm. 448/2013, de 11 de julio (JUR 2013, 275470)].

definitivo³⁵⁰, sin que pueda considerarse abandono a estos efectos el puntual desuso de aquélla³⁵¹. En puridad, hay que tener en cuenta que el supuesto por excelencia de abandono de la vivienda familiar es el abandono inmediato tras la ruptura³⁵² (por tanto,

³⁵⁰ RAMS ALBESA, J. J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, cit., p. 119, considera que, toda vez ser la “realidad” del derecho la que debe condicionar su pervivencia (lo que conllevaría, *prima facie*, que el mero abandono ya sería suficiente a efectos de entender extinguido el derecho de uso), el hecho de estar ante un derecho de carácter familiar puede dar lugar a “una más benigna interpretación del mismo”, de forma que, concluye el autor, para dar por extinguido el derecho, “el no uso, cualquiera que sea la causa, tiene que venir acompañado de la circunstancia de ser definitivo”.

En la jurisprudencia, la SAP Málaga núm. 686/2008, de 22 de diciembre (JUR 2013, 145388), extinguió el derecho de uso de la vivienda familiar que le había sido atribuido a la ex mujer, tras constatar que ésta se había trasladado a una localidad distinta y había establecido en ella su residencia, matriculando al hijo menor en un colegio mucho más próximo a la nueva residencia que al domicilio familiar.

Más recientemente, la SAP Valencia núm. 27/2015, de 19 de enero (JUR 2015, 95639), confirmó la sentencia de instancia, que había atribuido el uso de la vivienda familiar al ex marido tras constatar que la ex esposa, adjudicataria inicial del mismo, se había trasladado a vivir con su madre. La Audiencia rechazó, además, la compensación por la pérdida del uso solicitada por aquélla en virtud del art. 6.1 de la Ley valenciana núm. 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Dice así que “consta que la demandada abandonó voluntariamente la vivienda familiar cuyo uso le fue adjudicado, como reconoció en la vista, para irse a vivir con su madre, de modo que no puede reconocérsele la compensación por el no uso de un derecho al que ha renunciado, pues debe entenderse que si renuncia al uso, no tiene derecho a la compensación, y además compró otra vivienda en la localidad de Chiva, que en el momento de la vista estaba desocupada, con lo que sus necesidades de alojamiento están más que atendidas”.

V. en el mismo sentido SSAP Valencia de 20 de enero de 1995 (AC 1995, 163); Islas Baleares núm. 88/2003, de 11 de febrero (AC 2003, 319); Murcia núm. 706/2009, de 23 de diciembre (JUR 2010, 67891); y Barcelona núm. 90/2014, de 11 de febrero (JUR 2014, 84876).

³⁵¹ No sería, por tanto, abandono del domicilio familiar el hecho de que el hijo menor “disfrute diariamente de la compañía de su abuela materna, que se ocupa de su traslado y recogida del colegio, e incluso de que con cierta periodicidad pernocta en su domicilio o realice alguna comida o cena en el mismo”, como consecuencia de la dificultad de la madre para conciliar el horario laboral con la debida atención a su hijo [SAP Murcia núm. 118/2009, de 19 de febrero (JUR 2009, 189074)].

Tampoco, por ejemplo, el supuesto de que el cónyuge usuario se encuentre fuera del domicilio familiar por otras eventualidades, como, por ejemplo, un accidente, o un destino transitorio por razón de trabajo, siempre y cuando éste no constituya un cambio estable o permanente (ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja. Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados*, cit., p. 1031).

³⁵² Supuesto éste contemplado en la SAP Murcia núm. 188/2001, de 14 de julio (JUR 2001, 325216), en la que se concedió el uso de la vivienda familiar al ex esposo con base, principalmente, en que la ex mujer había abandonado el domicilio conyugal diez meses antes de instar la separación, instalándose en casa de su madre, que era viuda. Ello, unido al hecho de que la hija común, mayor de edad, vivía con la madre y la abuela materna, y que no había quedado acreditado en el curso del proceso que el ex marido tuviera otra vivienda en la que residir, llevó a confirmar la sentencia de instancia y mantener a éste en el uso de la vivienda familiar.

Por su parte, la SAP Murcia núm. 243/2002, de 24 de junio (JUR 2002, 212848), conoció de un supuesto en el que la ex mujer abandonó la vivienda familiar con sus tres hijos, dejando solo al marido, y transcurridos más de dos años de la salida del domicilio, reclamó que se le atribuyera el uso del mismo. Sin embargo, entiende la Audiencia que “la casa ahora discutida dejó de ser domicilio familiar, de forma clara y permanente, pues con tal carácter definitivo se marchó la madre

antes de dictarse sentencia de nulidad, separación o divorcio, sin que, en consecuencia, exista un derecho de uso *stricto sensu* sobre la misma), ya que, quien obtiene el uso de la vivienda familiar en un proceso, difícilmente va a renunciar luego a él.

En cualquier caso, como se ha matizado con acierto, si la renuncia es tácita, el derecho de uso no se extingue automáticamente, sino que tendrá que ser declarado extinguido por una resolución judicial en el oportuno procedimiento de modificación de medidas³⁵³.

5º) *La reconciliación*

Tradicionalmente, otra de las causas consideradas aptas para extinguir el derecho de uso era la reconciliación de los cónyuges (art. 84 CC). Ahora bien, hay que tener en cuenta que esta causa de extinción del derecho de uso ha perdido peso en la actualidad, especialmente tras la reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley núm. 15/2005, de 8 de julio, que flexibilizó los requisitos y agilizó los trámites y plazos para la obtención del divorcio³⁵⁴. A ello hay que unir la reciente Ley núm. 15/2015, de 2 de

del mismo con sus hijos, y esa cualidad del domicilio no permanece a lo largo del tiempo”, “dejando de ser la vivienda conyugal para pasar a ser el domicilio del demandado”.

En fin, la SAP Barcelona núm. 20/2010, de 21 de enero (JUR 2010, 105317), resolvió un caso similar, en el que la ex mujer, tras la separación de hecho, abandonó el domicilio familiar (vendiendo la parte indivisa que sobre el mismo ostentaba a la otra propietaria, su madre), y dejando el uso del mismo al ex marido y al hijo común. Tiempo después, vino a solicitar la atribución del uso del mismo, pretensión que la Audiencia considera improcedente, ya que “La forma y lejanía en el tiempo en que la demandante dejó el uso del domicilio familiar al demandado e hijo común impide ahora reclamar su uso, pues debe considerarse que renunció a él y va contra sus propios actos pretender ahora recuperarlo”.

V. en el mismo sentido SSAP Murcia núm. 334/1998, de 3 de septiembre (JUR 1998, 31208); Barcelona de 24 de diciembre de 1998 (AC 1998, 8641); Sevilla núm. 460/2000, de 12 de junio (JUR 2000, 283140); Murcia núm. 136/2000, de 3 de octubre (JUR 2001, 86369); Málaga núm. 976/2000, de 27 de diciembre (JUR 2001, 120289); Murcia núm. 113/2001, de 5 de marzo (JUR 2001, 150178); Cádiz núm. 355/2002, de 16 de septiembre (JUR 2002, 281274); Pontevedra núm. 332/2006, de 2 de junio (JUR 2006, 202776); Girona núm. 355/2006, de 5 de octubre (JUR 2007, 140687); Madrid núm. 777/2010, de 29 de junio (JUR 2010, 345811); y Málaga núm. 312/2014, de 6 de mayo (JUR 2014, 281849).

³⁵³ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, cit., p. 1339.

³⁵⁴ El hecho de poder acceder al divorcio directamente sin necesidad de solicitar primero la separación ha supuesto que la reconciliación como causa de extinción del derecho de uso no tenga ninguna relevancia práctica. De esto que decimos, da fe la estadística de nulidades, separaciones y divorcios del año 2014 elaborada por el I.N.E. En concreto, en el año 2014, se produjeron 100.746 divorcios, 5.034 separaciones y 113 nulidades. Los divorcios, por tanto, constituyeron el 95’1% del

julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que ha introducido ciertas reformas, entre otras, en materia de separación y divorcio³⁵⁵.

6º) *La ejecución de la hipoteca sobre la vivienda*

Como ya hemos explicado, supone también la extinción del derecho de uso la ejecución de una hipoteca sobre la vivienda usada³⁵⁶, ya estuviera aquella constituida anteriormente al nacimiento del derecho de uso³⁵⁷ (en cuyo caso no tendría importancia

total de sentencias relativas a rupturas matrimoniales; las separaciones, únicamente el 4'8%, mientras que las nulidades el 0'1% restante. Datos disponibles para su consulta en <http://www.ine.es/prensa/np927.pdf>; fecha de la consulta: 17 de diciembre de 2015.

³⁵⁵ La principal, desde luego, es la posibilidad de que los cónyuges puedan instar la separación o el divorcio ante funcionarios distintos a los jueces (concretamente, se permite que ello se realice ante Secretario judicial o en escritura pública ante Notario). Para ello se requiere la concurrencia de dos presupuestos: a) el primero, que no existan “hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores” (art. 81 CC, *a contrario*); b) junto al anterior, también es necesario que la separación o el divorcio lo sean “de mutuo acuerdo” (arts. 82.1 y 87 CC, respectivamente).

Así, dispone el nuevo art. 82.1 CC, en lo que aquí interesa, que “Los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario, en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse, determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación en los términos establecidos en el artículo 90 [...]”. Por su parte, el art. 87 CC, en su nueva redacción, señala que “Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el artículo 82, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de divorcio”.

Sobre esta cuestión, pueden verse las acertadas críticas a la nueva redacción del art. 81 CC y a la superfluidad del art. 82.2 CC de CARRIÓN VIDAL, A.: “Divorcio y separación en el Código Civil tras la reforma por Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, pp. 397-399.

³⁵⁶ V. sobre esta cuestión ACHÓN BRUÑÉN, M^a. J.: “La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges”, cit., pp. 37-56; CERVILLA GARZÓN, M^a. D.: “Algunas consecuencias jurídicas derivadas de la atribución del uso del domicilio conyugal propiedad del otro cónyuge”, cit., pp. 45-47; LÓPEZ FRÍAS, A. M^a.: “El derecho de uso ex artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar”, cit., pp. 119-131; y RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G.: “La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar”, cit., pp. 1898-1904.

³⁵⁷ Ello es así por la purga de las cargas posteriores (*ex* arts. 134.I L.H. y 674.II LECiv.) a la que ya nos referimos en su momento.

La STS núm. 118/2015, de 6 de marzo (RJ 2015, 1104), entendió que el derecho de uso de la vivienda familiar, concedido a la ex mujer, era inoponible al adjudicatario del inmueble en la subasta pública derivada de la ejecución hipotecaria. En el caso, la hipoteca se había constituido sobre la vivienda, bien privativo del marido, mientras éste era soltero y, por tanto, con anterioridad al matrimonio. El Supremo, con buen criterio, desmonta el argumento de la ex esposa de que no había prestado su consentimiento a la hipoteca, ya que era algo imposible, al constituirse ésta en un

que éste estuviera o no inscrito³⁵⁸); o posteriormente, siempre y cuando el derecho de uso no estuviera inscrito, y el acreedor hipotecario cumpliera los requisitos del art. 34 L.H.³⁵⁹.

7º) *La modificación de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su concesión*

momento en que no existía matrimonio (ni siquiera convivencia) y, por tanto, “difícilmente podría ser de aplicación el artículo 1320 del Código Civil”.

En el mismo sentido, puede verse la SAP Islas Baleares núm. 264/2006, de 20 de junio (JUR 2006, 236236).

V. también, con la diferencia de que la ex esposa sí había consentido la constitución de la hipoteca sobre la vivienda familiar, la STS núm. 584/2010, de 8 de octubre (RJ 2010, 7445); o la RDGRN núm. 4914/2015, de 8 de abril (RJ 2015, 1755).

De la misma manera, la no impugnación de la garantía hipotecaria conforme al art. 1320.I CC en su momento, no puede perjudicar al adjudicatario en la subasta. V. a este respecto, SSAP Girona núm. 73/1998, de 23 de febrero (AC 1998, 3331); y Barcelona de 5 de mayo de 2000 (JUR 2000, 210394).

³⁵⁸ Sí que concede importancia a este hecho, erróneamente a nuestro juicio, la SAP Madrid núm. 215/2010, de 29 de marzo (AC 2010, 1211). Dice, así, la Audiencia que “En el caso tratado el derecho de uso se constituyó antes de que adquiriera la vivienda el actual propietario. Por tanto esa relación jurídica previa (derecho de uso) se mantiene inalterable, aunque se modifique el propietario de la vivienda que tendrá que soportar las consecuencias que se derivan de la misma hasta que desaparezca dicho derecho de uso, podrá entonces recuperar la posesión si concurren las circunstancias para que desaparezca el derecho de uso”.

Sin embargo, del relato de los hechos, se desprende que la hipoteca se constituyó con anterioridad a la atribución e inscripción del derecho de uso en el Registro de la Propiedad, extremo éste que no fue tenido en consideración por la Audiencia y que resulta, sin duda, determinante. La sentencia ha sido especialmente criticada por la doctrina [v. así, las consideraciones de LÓPEZ FRÍAS, A. M^a.: “El derecho de uso ex artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar”, cit., p. 124; y RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G.: “La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar”, cit., p. 1901].

También, si se interpreta *a contrario* la argumentación ofrecida, parece concederle importancia a la inscripción del derecho de uso, a la hora de resolver la cuestión, la STS núm. 310/2004, de 22 de abril (RJ 2004, 2713). En el caso, la garantía hipotecaria se había constituido sobre la vivienda familiar con anterioridad a las sentencias de separación y de divorcio, que atribuían el uso de aquella a la ex esposa. El Supremo entiende que el derecho de uso es inoponible al adquirente; pero, lejos de basar su decisión en la prioridad registral de la hipoteca, tiene en cuenta para llegar a tal conclusión el hecho de que el derecho de uso no estaba inscrito, lo que, a juicio del alto tribunal, era indicativo de la buena fe del tercer adquirente y, en consecuencia, debía quedar protegido por el art. 34 L.H. Como se observa, el Tribunal Supremo incurre en un doble error: por un lado, y principalmente, por analizar la cuestión atendiendo a la inscripción del derecho de uso, si se tiene en cuenta que la hipoteca era anterior y esa prioridad registral es ya motivo suficiente para enervar la efectividad del derecho de uso, aunque éste constara inscrito; y, por otro lado, por considerar que la mera falta de inscripción constituía, *per se*, al adquirente en tercero de buena fe, máxime si se tiene en cuenta que del relato de los hechos se desprenden dudas razonables sobre este extremo. En cualquier caso, la posición del adquirente nunca debiera haber sido analizada, no sólo porque la prioridad registral de la hipoteca ya debiera prevalecer sobre cualquier consideración en torno a la inscripción o no del derecho de uso, sino también porque, aun en el caso de ser la hipoteca posterior al derecho de uso, la buena fe que se debiera haber analizado es la del acreedor hipotecario, y no la del tercer adquirente.

³⁵⁹ V. en este sentido SAP Pontevedra núm. 542/2005, de 25 de noviembre (JUR 2006, 20741).

En fin, el derecho de uso también puede extinguirse si se produce un cambio en las circunstancias que dieron lugar a su atribución; lo que tendrá lugar, como resulta lógico, no de forma automática, sino mediante sentencia que así lo declare. Ejemplos hay muchos y variados³⁶⁰:

a) que deje de tener el cónyuge usuario el interés más necesitado de protección cuando la atribución del uso se haya hecho por la vía del art. 96.III CC³⁶¹ (es decir, cuando no existan hijos o éstos sean económicamente dependientes);

b) que se prive de la guarda y custodia de los hijos al cónyuge usuario de la vivienda familiar³⁶²;

³⁶⁰ ACHÓN BRUÑÉN, M^a. J.: “La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges”, cit., p. 46 (nota al pie 20); DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: “Definición y atribución del domicilio familiar”, *Seminario Permanente de Ciencias Sociales (SPCS)*, Documento de trabajo 2008/5, p. 17 (documento disponible en https://www.uclm.es/cu/csociales/pdf/documentosTrabajo/05_2008.pdf); FÉLIX BALLESTA, M^a. Á.: “Asignación de la vivienda familiar en supuestos de nulidad, separación y divorcio”, cit., p. 197; LUCINI CASALES, Á.: “La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado”, cit., pp. 114-116; MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC) (Teoría y práctica jurisprudencial)*, cit., pp. 116-119, y 246-258; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, cit., pp. 1338-1339; TAMAYO CARMONA, J. A.: “El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro”, cit., p. 276.

³⁶¹ Esta causa de extinción del derecho de uso está contemplada en el art. 233-24.2.a) CCCat. (“El derecho de uso [...] se extingue por las siguientes causas [...] Por mejora de la situación económica del cónyuge beneficiario del uso o por empeoramiento de la situación económica del otro cónyuge, si eso lo justifica”) y en el art. 12.11.c) de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (“Son causas de extinción del derecho de uso [...] La mejora de la situación económica del beneficiario del uso o el empeoramiento relevante de la situación económica de la otra parte, debidamente justificada y salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario”).

En la práctica, es muy difícil que esto ocurra, sobre todo en matrimonios de larga duración en los que el cónyuge usuario (que suele ser la mujer) tiene muy difícil la reinserción laboral, tanto por la edad como por el hecho de no haber trabajado nunca o de no haberlo hecho con regularidad.

En cualquier caso, sí que, en ocasiones, tienen lugar demandas pretendiendo dicha modificación de la atribución del derecho de uso. Así, por ejemplo, mantuvieron la atribución inicial del uso, por no apreciar modificación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta, las SSAP Barcelona de 3 de marzo de 1998 (AC 1998, 469); y Zaragoza núm. 641/2005, de 14 de diciembre (JUR 2006, 24549).

³⁶² Al ser el derecho de uso un derecho *per relationem*, que se concede con el fin de favorecer a los hijos, si el cónyuge usuario se viera privado de la compañía de los mismos dejaría de tener sentido la atribución.

Así, la SAP Las Palmas de 29 de julio de 1994 (AC 1994, 1222) privó de la guarda y custodia de los hijos, así como de la vivienda familiar, a la ex esposa, en beneficio del ex marido, por entender que la convivencia de la madre y de su nuevo compañero podría “suponer un perjuicio para el conveniente desarrollo de los menores que no admiten la relación de su madre con un tercero y muchos menos la permanencia de éste en la vivienda familiar”.

c) que los hijos pasen a vivir con el cónyuge no custodio, cuando la atribución hubiera sido hecha en base al art. 96.I CC³⁶³; o

d) que el cónyuge usuario de la vivienda contraiga segundas nupcias o conviva en situación de análoga afectividad a la matrimonial con otra persona³⁶⁴.

Ello, desde luego, siempre y cuando no existan hijos o sean ya económicamente independientes, pues si los hijos siguen cohabitando con el cónyuge usuario, el hecho de que éste conviva con un nuevo compañero sentimental no es determinante para la extinción del derecho de uso³⁶⁵, ni tampoco obstáculo para su atribución inicial³⁶⁶, si

De la misma forma, la SAP Murcia núm. 102/2008, de 6 de mayo (JUR 2008, 348740), privó a la madre de la guarda y custodia de la hija menor, así como de la vivienda familiar, que le habían sido atribuidas inicialmente en el auto de medidas provisionales, al entender que la actuación de la madre en relación con su hija, aunque “probablemente de forma inconsciente”, “tiende a perjudicar a la misma, situando a la menor en el punto central de un conflicto casi permanente con el padre derivado de la ruptura matrimonial, lo que justifica que el mantenimiento de la convivencia con la madre de forma permanente [...] sea improcedente en este momento y el interés de la menor debe ser el de convivir en un ámbito más estable, ofrecido en este caso por el padre y la familia paterna, sin que ello suponga en modo alguno la pérdida de contacto de la madre a través de un adecuado y progresivo régimen de visitas”.

³⁶³ MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC) (Teoría y práctica jurisprudencial)*, cit., pp. 248-249. La autora entiende que a tal conclusión se debe llegar aunque la decisión del menor haya sido arbitraria e inmotivada, pues el principio en el que se inspira el art. 96 CC es el de tutela del interés más necesitado de protección, siendo que cuando se aplica el primer párrafo del precepto aquél reside en los hijos, “de modo que el cónyuge abandonado por éste [el hijo] debería probar, para mantener el uso, que tiene un interés más digno de protección que el del hijo o el del otro cónyuge”. Añade la autora que “la decisión arbitraria e injustificada del hijo debería conducir a no privar de la guarda y custodia al esposo con el que convive, no a impedir la atribución del uso al otro esposo cuando a él se decide, aunque sea infundadamente, pasarle la guarda”.

³⁶⁴ Así lo establecen los arts. 233-24.2.b) CCCat. y 12.11.d) de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. Respecto de la norma catalana, la doctrina entiende que bastaría con una convivencia que se estimara marital y habitual, sin que necesariamente deba ser constitutiva de una pareja estable *ex* art. 234-1 (PUIG BLANES, F. DE P.: “Art. 233-20. Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar”, cit., p. 428).

En contra de entender extinguido el derecho de uso en estos casos, v. la SAP Valladolid núm. 606/1995, de 22 de diciembre (AC 1995, 2449).

³⁶⁵ V. en este sentido SSAP Granada de 14 de diciembre de 1992 (AC 1992, 1671); Girona núm. 522/2000, de 4 de octubre (JUR 2001, 42215); Castellón núm. 186/2004, de 29 de julio (JUR 2004, 242824); Murcia núm. 287/2009, de 9 de diciembre (JUR 2010, 34610); y A Coruña núm. 355/2010, de 16 de septiembre (JUR 2010, 354954).

En contra, SAP Almería núm. 59/2007, de 19 de marzo (AC 2007, 505) [v. el interesante comentario a esta sentencia de CABEZUELO ARENAS, A. L.: “Extinción de la atribución de uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con tercero. Comentario a la SAP de

dicha convivencia no resulta perjudicial para los menores³⁶⁷. Cuestión distinta es la opinión que pueda tener el cónyuge propietario de la vivienda del hecho de que en la misma esté viviendo, junto a su ex cónyuge y a sus hijos, un tercero ajeno a la relación matrimonial, algo que, como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, puede resultarle humillante³⁶⁸.

Almería de 19 de marzo de 2007 (AC 2007, 505)", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 21, 2008, pp. 309-319].

³⁶⁶ V. en este sentido SAP Barcelona de 3 de marzo de 2003 (JUR 2003, 196943); y Girona núm. 282/2012, de 29 de junio (AC 2012, 1356).

³⁶⁷ CABEZUELO ARENAS, A. L.: "Extinción de la atribución de uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con tercero. Comentario a la SAP de Almería de 19 de marzo de 2007 (AC 2007, 505)", cit., p. 319; MARÍN LÓPEZ, M. J.: "Artículo 96 CC", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, pp. 205-206; SANTOS MORÓN, M^a. J.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de reforma", cit., p. 4.

³⁶⁸ CUENA CASAS, M.: "Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", cit., p. 34, considera a este respecto que la solución consistente en mantener en el uso de la vivienda al cónyuge custodio (a pesar de residir en ella junto a su nuevo compañero/a sentimental), toda vez que correcta desde el punto de vista jurídico, es "escandalosa e indignante para el dueño del inmueble". Para la autora, "La protección de los hijos, la salvaguarda del entorno no puede conducir a que el cónyuge titular tenga que financiar la necesidad de vivienda del querido/a de la madre/padre de su hijo. La dignidad del otro cónyuge debe ser también tenida en cuenta y la ley no debe amparar esta situación extraordinariamente humillante".

SANTOS MORÓN, M^a. J.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de reforma", cit., p. 4, por su parte, califica esta situación como "difícil de aceptar" para el cónyuge propietario, y de "poco equitativa".

CAPÍTULO III: APUNTES DE DERECHO COMPARADO: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE NUESTRO ENTORNO

Los avatares que afectan a la naturaleza, constitución, modificación y extinción del derecho de uso de la vivienda familiar no son exclusivos de nuestro ordenamiento jurídico, sino que también pueden observarse si uno atiende a los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, entre los cuales nos ha parecido necesario destacar, habida cuenta su proximidad geográfica y la similitud con el ordenamiento jurídico español de los principios inspiradores que los presiden, el ordenamiento italiano y el portugués.

1. Italia.

En primer lugar, nos ocuparemos de la cuestión en el ordenamiento jurídico italiano, respecto del cual no se observan grandes diferencias, lo que resulta lógico, si se tiene en cuenta el paralelismo existente entre ambos ordenamientos jurídicos y que se manifiesta en multitud de disciplinas y ramas.

Ahora bien, sí que es necesario poner de relieve, cuanto menos, una idea. Y es que Italia carece de una regulación autonómica como la existente en España en materia de relaciones familiares, lo que, necesariamente, conlleva, a su vez, dos consecuencias: a) la primera de ellas es una mayor uniformidad en el tratamiento de la materia; y b) como contrapartida de lo anterior, el Derecho italiano es menos flexible, disponiendo de un menor número de soluciones, por contraposición a la riqueza en soluciones que presenta el ordenamiento jurídico español derivada de las diferentes leyes autonómicas existentes en cuestiones como las relaciones familiares entre progenitores con hijos a su cargo o en las uniones de hecho.

1.1. La discusión sobre la naturaleza real o personal del derecho de uso de la vivienda familiar.

Al igual que ocurre en España, en Italia la naturaleza del derecho de uso (‘diritto di abitazione’) de la vivienda familiar es todavía objeto de discusión, existiendo autores que se posicionan en los extremos (real³⁶⁹ o personal³⁷⁰), mientras otros opinan que la naturaleza del derecho dependerá del caso concreto³⁷¹. En fin, también los hay que relativizan la importancia del debate, afirmando que la oponibilidad del derecho a los terceros adquirentes (conforme a las reglas que ahora veremos) priva de interés a la controversia sobre el carácter real o personal del derecho de uso de la vivienda familiar³⁷².

Por su parte, en la jurisprudencia italiana, ha predominado la tesis de que se trata de un derecho personal³⁷³.

³⁶⁹ SIRENA, P.: “L’opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull’affidamento condiviso”, en *Riv. dir. civ.*, 2011, I, pp. 568 y ss., considera que la nueva formulación del art. 155 *quater* CCI (y en la actualidad del art. 337 *sexies*, párrafo primero, CCI), que ha omitido el reenvío al art. 1599 CCI, permite calificar como real el derecho de disfrute del cónyuge asignatario.

³⁷⁰ Sostienen esta tesis BENETTI GENOLINI, M. U. y FRANCIOLI, L.: *Separazione e divorzio. Figli, coniugi e casa coniugale. Provvedimenti e tutela*, cit., p. 200; FREZZA, G.: “Il nuovo art. 337 *sexies* C.C.: appunti e spunti”, cit., pp. 169-172; GABRIELLI, G.: “I problemi dell’assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia”, cit., p. 128; JANNARELLI, A.: “L’assegnazione della «casa familiare» nella separazione personale dei coniugi”, *Foro it.*, 1981, I, c. 1382; y VIRGADAMO, P.: “Opponibilità ai terzi del provvedimento assegnativo della casa familiare e affidamento condiviso”, *Dir. fam. pers.*, 2008, pp. 1598 y ss.

³⁷¹ Es el caso, por ejemplo, de BIANCA, C. M.: *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 222, para quien el problema de la naturaleza del derecho de uso del cónyuge separado o divorciado no puede ser resuelto buscando una calificación unívoca: se configurará como un derecho real si la casa es propiedad del cónyuge no usuario, o como un derecho personal en la hipótesis de que la casa sea arrendada.

En sentido similar, v. BARTOLINI, F., y BARTOLINI, M.: *Commentario sistematico del diritto di famiglia. Aggiornato con la riforma della giustizia civile (L. 10 novembre 2014, n. 162)*, cit., p. 54; y LUMINOSO, A.: “Spunti in tema di assegnazione della casa coniugale”, en DE TILLA, M. y OPERAMOLLA, U. (a cura di): *Seminari di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 830-833.

³⁷² BARBIERA, L.: “Assegno e assegnazione in uso della casa familiare nel divorzio”, en DE TILLA, M. y OPERAMOLLA, U. (a cura di): *Seminari di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 819.

³⁷³ V. en este sentido Cass., 29 julio 1987, núm. 6550, en *DeJure online*; Cass., 5 julio 1988, núm. 4420, en *DeJure online*; Cass., 5 junio 1991, núm. 6348, en *DeJure online*; Cass., 17 octubre 1992, núm. 11424, en *DeJure online*; Cass., 26 enero 1995, núm. 929, en *DeJure online*; Cass., 18 agosto 1997, núm. 7680, en *DeJure online*; Cass., 17 septiembre 2001, núm. 11630, en *DeJure online*; Cass., Sez. Un., 26 julio 2002, núm. 11096, en *DeJure online*; Cass., 7 marzo 2003, núm. 3434, en *DeJure online*; Cass., 8 abril 2003, núm. 5455, en *DeJure online*; Cass., 18 septiembre 2003, núm. 13736, en *DeJure online*; Cass., Sez. Un., 21 julio 2004, núm. 13603, en *DeJure online*; Cass., 19

1.2. ¿A qué hijos protege el derecho de uso de la vivienda familiar en Italia?

Como ya hemos visto, y a pesar de que existen opiniones discrepantes, en la doctrina española predomina la tesis de que el art. 96.I CC protege no sólo a los hijos menores de edad, sino también a los mayores de edad que no sean económicamente independientes. Sin embargo, en Italia la cosa parece estar más clara, habiendo entendido tanto doctrina³⁷⁴, como jurisprudencia³⁷⁵, que el derecho de uso de la vivienda familiar protege tanto a los hijos menores de edad, como a los mayores que no sean autosuficientes desde un punto de vista económico.

En efecto, el art. 337 *sexies*, párrafo primero, CCI (antiguo art. 155 *quater*), dice que la atribución del uso de la vivienda familiar tendrá en cuenta prioritariamente los intereses “de los hijos”, sin distinguir entre menores y mayores de edad. Esta referencia genérica a los hijos ha sido entendida por la doctrina italiana como comprensiva tanto de los menores de edad, como de los mayores de edad que aun no sean autosuficientes

septiembre 2005, núm. 18476, en *DeJure online*; o Cass., 3 marzo 2006, núm. 4719, en *DeJure online*.

³⁷⁴ V. a este respecto AL MUREDEN, E.: *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole: funzione peregrativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, IPSOA, Milano, 2007, p. 54; AULETTA, T.: *Diritto di famiglia*, G. Giappichelli, Torino, 2011, p. 276; BARTOLINI, F., y BARTOLINI, M.: *Commentario sistematico del diritto di famiglia. Aggiornato con la riforma della giustizia civile (L. 10 novembre 2014, n. 162)*, cit., p. 50; CARAPEZZA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., pp. 3410-3411; DE FILIPPIS, B.: *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio: conseguenze della crisi coniugale su coppia, famiglia, figli e beni*, CEDAM, 2ª ed., Padova, 2012, p. 483; FERRANDO, G.: “L’assegnazione della casa familiare”, cit., p. 108; GALLUZZO, S. A. R.: *Famiglia e minori: Percorsi di diritto e giurisprudenza*, cit., pp. 266 y 280-282; LUMINOSO, A.: “Obbligazioni di mantenimento nella separazione e nel divorzio e prestazioni in natura”, *Famiglia e diritto*, núm. 11/2008, pp. 1059-1063; MACARIO, F.: *Diritto di famiglia. Questioni giurisprudenziali*, cit., p. 207; MERZ, S.: *Manuale pratico e formulario dei rapporti economici nella separazione e nel divorzio*, cit., pp. 302-303; y SALITO, G.: “L’affidamento condiviso dei figli nella crisi della famiglia”, cit., p. 463.

³⁷⁵ En este sentido pueden verse, entre otras, las siguientes sentencias: Cass., 22 abril 2005, núm. 8539, en *DeJure online*; Cass., 20 enero 2006, núm. 1198, en *DeJure online*; Cass., 17 diciembre 2007, núm. 26574, en *DeJure online*; Cass., 28 de enero de 2009, núm. 2184, en *DeJure online*; Cass., 22 de marzo de 2010, núm. 6861, en *DeJure online*; o Cass., 30 de marzo de 2012, núm. 5174, en *DeJure online*.

económicamente (con exclusión de aquellos que no lo sean por su propia culpa o indolencia)³⁷⁶.

Asimismo, el art. 6.6 de la Ley núm. 898/1970, de 1 de diciembre (“Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio”) señala que tendrá preferencia para permanecer en la vivienda familiar el progenitor a cuyo cuidado queden los hijos o con el que convivan los hijos una vez alcanzada la mayoría de edad.

Esta interpretación, como hemos dicho, ha sido acogida también por la jurisprudencia, que, al objeto de la atribución del uso de la vivienda familiar, considera relevante, no la edad de los hijos, sino su convivencia con el cónyuge usuario y su falta de autosuficiencia. *A sensu contrario*, cuando los hijos sean económicamente independientes, no tendrá lugar la atribución del uso de la vivienda familiar, y ello aunque convivan con el cónyuge que la pretenda³⁷⁷.

1.3. La oponibilidad a terceros del derecho de uso.

Fue con la reforma del Derecho de familia italiano en 1975³⁷⁸ cuando el legislador introdujo la posibilidad excepcional de limitar el derecho de propiedad o de disfrute de un cónyuge sobre la vivienda familiar a favor del otro³⁷⁹, en cuanto custodio

³⁷⁶ Por todos, GIANNATTASIO, F.: “Figli maggiorenni e figli portatori di handicap”, en BELLANOVA, L., DE FILIPPIS, B., FIORILLO, L., GIANNATTASIO, F., MEA, R., MOLINARO, I., PALADINI, M., y SCARPA, A.: *L’assegnazione della casa coniugale nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, Milano, 2010, p. 76 (nota al pie 26), dice en este sentido, respecto del art. 155 *quater* (aunque las consideraciones son totalmente extrapolables al actual art. 337 *sexies* CCI), que habla de hijos “en general”, sin especificar si deben ser menores o mayores de edad, lo que resulta plenamente coherente con la *ratio legis* de tutela de la prole en general. En consecuencia, también deben considerarse protegidos por el precepto los hijos mayores de edad que no sean autosuficientes desde un punto de vista económico, siempre y cuando dicha falta de autosuficiencia no sea imputable a ellos mismos.

³⁷⁷ Cass., 18 septiembre 2013, núm. 21334, en *DeJure online*. La Corte Suprema de Casación afirma en esta sentencia que la protección que el (antiguo) art. 155 *quater* CCI dispensa a los hijos sólo juega respecto de los hijos menores de edad o no económicamente autosuficientes.

³⁷⁸ Mediante Ley núm. 151/1975, de 19 de mayo (G.U. núm. 135, de 23-05-1975).

³⁷⁹ Así, el art. 36 de la Ley núm. 151/1975, de 19 de mayo, sustituyó al art. 155 CCI. En el nuevo, el cuarto párrafo disponía que “La atribución del uso de la vivienda familiar se hará preferentemente, y si ello es posible, al cónyuge al que se atribuya la guarda y custodia de los hijos menores”.

La mención “si ello es posible” ha llevado a la doctrina italiana a entender que se excluye de la aplicación de la norma el comodato celebrado en consideración exclusiva a uno de los cónyuges, puesto que dicha matización tiene por objeto llamar la atención del intérprete sobre la existencia de

APUNTES DE DERECHO COMPARADO: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE NUESTRO ENTORNO

de los hijos menores, con el objetivo de tutelar el interés de éstos manteniéndoles en su “hábitat doméstico”³⁸⁰. Sin embargo, esta reforma contemplaba únicamente el caso de la separación y no, en cambio, el supuesto del divorcio, que había sido introducido en el Derecho italiano mediante la Ley núm. 898/1970, de 1 de diciembre (“Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio”)³⁸¹.

un título que legitime a uno de los cónyuges a usar de la vivienda con exclusión del otro, y ello, aunque sea éste el cónyuge custodio. V. en este sentido GABRIELLI, G.: “I problemi dell’assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia”, cit., p. 138.

³⁸⁰ BENETTI GENOLINI, M. U. y FRANCIOLI, L.: *Separazione e divorzio. Figli, coniugi e casa coniugale. Provvedimenti e tutela*, cit., p. 170.

³⁸¹ Sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en Italia pueden consultarse, entre otras, las siguientes obras recientes: ABATE, S. (ed altri): *Il processo di separazione e divorzio: rito e prassi*, CEDAM, Padova, 2011; ABATE, S. (ed altri): *L’esecuzione dei provvedimenti in materia di separazione e divorzio*, CEDAM, Padova, 2010; ANCESCHI, A.: *L’assegnazione della casa: separazione, divorzio, famiglia di fatto, successione, ordini di protezione*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2013; ASPREA, S.: *Mantenimento e casa coniugale: aspetti giuridici ed economici*, Giuffrè, Milano, 2011; AULETTA, T. (a cura di): *I rapporti patrimoniali fra coniugi*, G. Giappichelli, Torino, 2011; AULETTA, T. (a cura di): *La crisi familiare* [dentro de la más amplia obra BESSONE, M. (dir.): *Trattato di Diritto privato*, Tomo IV: Il diritto di famiglia, II], G. Giappichelli, Torino, 2013; BARTOLINI, F.: *I procedimenti di separazione, divorzio e affidamento condiviso: le interpretazioni più recenti e significative della giurisprudenza: il formulario*, La Tribuna, Piacenza, 2011; BELLANOVA, L., DE FILIPPIS, B., FIORILLO, L., GIANNATTASIO, F., MEA, R., MOLINARO, I., PALADINI, M., y SCARPA, A.: *L’assegnazione della casa coniugale nella separazione e nel divorzio*, cit.; BELLUCCI, G. y MENNA, A.: *Separazione e divorzio: le questioni attuali nella più recente casistica giurisprudenziale*, Dike giuridica, Roma, 2011; BENETTI GENOLINI, M. U. y FRANCIOLI, L.: *Separazione e divorzio. Figli, coniugi e casa coniugale. Provvedimenti e tutela*, cit.; BRUNO, M.: *Separazione e divorzio*, Giuffrè, Milano, 2014; BUFFA, A. y BUFFA, F.: *Il diritto alla casa familiare nella separazione e divorzio*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2010; BUONADONNA, A. L.: *L’addebito di responsabilità nella separazione: profili civili e penale*, CEDAM, 2ª ed., Assago, 2013; CONTIERO, G.: *Il trattamento economico del coniuge nella separazione en el divorzio*, Giuffrè, Milano, 2013; CONTIERO, G.: *L’assegnazione della casa familiare*, Giuffrè, Milano, 2014; CULOT, D.: *I rapporti patrimoniali tra coniugi prima e dopo la separazione*, Giuffrè, Milano, 2010; CUBEDDU, M. G.: *La casa familiare*, Giuffrè, Milano, 2005; DAMMACCO, S.: *Aspetti fiscali della separazione e del divorzio*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013; DE FILIPPIS, B.: *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio: conseguenze della crisi coniugale su coppia, famiglia, figli e beni*, cit.; DI PIRRO, M.: *Separazione e divorzio. Manuale teorico-practico con ampia casistica giurisprudenziale e formulario*, Simone, VII ed., Napoli, 2015; DOGLIOTTI, M. (a cura di): *Separazione e divorzio. I presupposti: profili nazionali, internazionali, comunitari*, Giuffrè, Milano, 2012; DOGLIOTTI, M., y FIGONE, A.: *I procedimenti di separazione e divorzio*, Giuffrè, Milano, 2011; FASANO, A., FASANO, M. y ROSSANO, R.: *Rapporti patrimoniali e crisi coniugale*, cit.; FREZZA, G.: *I luoghi della famiglia*, G. Giappichelli, Torino, 2004; FREZZA, G.: “Il nuovo art. 337 sexies C.C.: appunti e spunti”, cit.; FREZZA, G.: *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, cit.; GABRIELLI, G.: “I problemi dell’assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia”, cit.; GIOVAGNOLI, R.: *I regimi patrimoniali della famiglia: percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2010; GRAZIOSI, A. (a cura di): *I processi di separazione e di divorzio*, G. Giappichelli, Torino, 2011; MARINO, M.: *Separazione e divorzio: normativa e giurisprudenza a confronto*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2012; OBERTO, G. (a cura di): *Gli aspetti di separazione e divorzio nella famiglia: profili sostanziali, processuali, di mediazione, di previdenza, di tutele con riferimento al coniuge debole e ai minori, le nuove frontiere del*

Se hubo de esperar hasta la aprobación de la Ley núm. 74/1987³⁸², de 6 de marzo, para poder realizar la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de divorcio en el Derecho italiano³⁸³. Así, dicha ley reescribió entero el art. 6 de la Ley núm. 898/1970, de 1 de diciembre, disponiendo en su apartado 6, inciso primero, que “La atribución del uso de la vivienda familiar se hará preferentemente al cónyuge al que se atribuya la guarda y custodia de los hijos menores, o con el que convivan los hijos después de la mayoría de edad”.

Entre tanto, en el periodo comprendido entre la introducción de la atribución de la vivienda familiar en el caso de separación (1975) y en el caso de divorcio (1987), la jurisprudencia admitió la posibilidad de aplicar analógicamente el art. 155 *quater* CCI al caso de divorcio. En principio, se siguió una línea restrictiva, sobre la base de considerar que la medida de atribución de la vivienda familiar se producía “en el marco de una situación temporal, que el legislador desea que pueda ser superada retomando la convivencia, mientras que en el caso de divorcio, con la definitiva ruptura de la comunión de vida familiar, también las relaciones patrimoniales deben encontrar una solución definitiva”³⁸⁴.

risarcimento del danno, CEDAM, Assago, 2012; PADALINO, C.: *Modifica delle condizioni di separazione e divorzio*, G. Giappichelli, Torino, 2011; PAGLIANI, G.: *Modifica delle condizioni di separazione e divorzio*, Giuffrè, Milano, 2013; PATTI, S. y ROSSI CARLEO, L. (a cura di): *L'affidamento condiviso*, Giuffrè, Milano, 2006; PATTI, S. y ROSSI CARLEO, L. (a cura di): *Provvedimenti riguardo ai figli: art 155-155 sexies*, Zanichelli, Bologna, 2010; PINI, M. (ed altri): *Il mantenimento per il coniuge e per i figli nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, Padova, 2013; SANTINI, M. (a cura di): *I conflitti patrimoniali della separazione e del divorzio (con formulario). Nuova reversibilità della pensioni, contratti prematrimoniali, tutela del mantenimento*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2012; SCACCHI, A.: *I regimi patrimoniali della famiglia: questioni processuali*, Giuffrè, Milano, 2010; SIRENA, P.: “L’opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull’affidamento condiviso”, cit.; y VIRGADAMO, P.: “Opponibilità ai terzi del provvedimento assegnativo della casa familiare e affidamento condiviso”.

³⁸² G.U. núm. 58, de 11-03-1987.

³⁸³ Sobre la evolución de la normativa italiana en materia de atribución del uso de la vivienda familiar, v. de forma más exhaustiva CONTIERO, G.: *L’assegnazione della casa coniugale. Separazione, divorzio, convivenza more uxorio*, cit., pp. 18-27; y FIORILLO, L.: “Inquadramento giuridico dell’istituto”, en BELLANOVA, L., DE FILIPPIS, B., FIORILLO, L., GIANNATTASIO, F., MEA, R., MOLINARO, I., PALADINI, M., y SCARPA, A.: *L’assegnazione della casa coniugale nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, Milano, 2010, pp. 9-21.

³⁸⁴ Cass., 21 octubre 1981, núm. 5507, en *DeJure online*. En un sentido similar se pronunció, con anterioridad, Cass., 19 mayo 1978, núm. 2462, en *DeJure online*, denegando también la aplicación de esta disciplina al caso de divorcio.

APUNTES DE DERECHO COMPARADO: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE NUESTRO ENTORNO

Sin embargo, posteriormente, se admitió la posibilidad de que el juez del divorcio pudiera asignar el uso de la casa familiar mediante la aplicación analógica del art. 155 *quater* CCI al cónyuge custodio, aunque no fuera titular de ningún derecho real o personal sobre el inmueble³⁸⁵. Ello, de algún modo, influyó en la nueva redacción del art. 6.6 de la Ley núm. 898/1970, que recogió esta orientación jurisprudencial que promovía la aplicación analógica de la atribución del uso de la vivienda familiar al caso de divorcio³⁸⁶.

En otro orden de ideas, la inscripción de la resolución judicial de atribución del uso de la casa familiar fue contemplada por primera vez por el art. 6.6, último inciso, de la Ley núm. 898/1970, según el cual “La asignación, en cuanto inscrita, es oponible al tercer adquirente en el sentido del art. 1599 CC”³⁸⁷. Este precepto (1599.III CCI) establece un régimen especial en materia de arrendamientos, permitiendo la oponibilidad de los arrendamientos no inscritos a terceros adquirentes del inmueble, siempre y cuando el contrato de arrendamiento tenga una fecha cierta anterior a la adquisición del inmueble³⁸⁸.

Obsérvese aquí que, paradójicamente, la inscripción de la resolución judicial de atribución del uso de la vivienda familiar fue prevista en el marco de la ley que introdujo el divorcio, sin que existieran mayores precisiones en cuanto a su aplicabilidad al caso de la separación³⁸⁹. Sin embargo, la Corte Constitucional aplicó

³⁸⁵ Cass., 30 enero 1985, núm. 578, en *DeJure online*; y Cass. Sez. Un., 28 abril 1987, núm. 4089, en *DeJure online*.

³⁸⁶ BENETTI GENOLINI, M. U. y FRANCIOLI, L.: *Separazione e divorzio. Figli, coniugi e casa coniugale. Provvedimenti e tutela*, cit., pp. 171-172.

³⁸⁷ A estos efectos, dispone el art. 1599.III CCI, que “Los arrendamientos de bienes inmuebles no inscritos no son oponibles al tercer adquirente, salvo durante un periodo de nueve años a contar desde el inicio del contrato de arrendamiento”.

Esta norma es coherente con el art. 2643 CCI, cuyo apartado 8) establece la necesidad de dar publicidad mediante la inscripción a los contratos de arrendamiento sobre bienes inmuebles que tengan una duración superior a nueve años.

³⁸⁸ El reenvío al art. 1599.III CCI es considerado, entre los autores italianos, un argumento de peso para sostener la naturaleza personal derecho de uso de la vivienda familiar, en la medida en que equipara el régimen de inscripción del derecho de uso al régimen de inscripción del arrendamiento, que es un derecho personal. En este sentido, FREZZA, G.: “Il nuovo art. 337 *sexies* C.C.: appunti e spunti”, cit., pp. 169-170; y VIRGADAMO, P., “Opponibilità ai terzi del provvedimento assegnativo della casa familiare e affidamento condiviso”, cit., p. 1598 y ss.

³⁸⁹ BIANCA, C. M.: *La famiglia*, cit., p. 221, y SIRENA, P.: “L’opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull’affidamento condiviso”, cit., p. 560, ponen de

analógicamente a la separación esta regla, de forma que también resulta oponible a terceros adquirentes de la vivienda familiar la resolución judicial de atribución del uso de ésta³⁹⁰.

Por lo demás, la doctrina italiana puso de manifiesto las dificultades para conciliar ambas normas, ya que el art. 6.6, último inciso, de la Ley núm. 898/1970, dispone que la atribución del uso que se haya inscrito será oponible al tercer adquirente en el sentido del art. 1599 CCI, señalando este precepto que se necesita la inscripción del arrendamiento para que sea oponible al tercer adquirente más allá de un periodo de nueve años, durante el cual el arrendamiento será oponible al tercer adquirente aunque no conste inscrito³⁹¹. En consecuencia, y de una interpretación conjunta y sistemática del art. 6.6 de la Ley núm. 898/1970, de 1 de diciembre, y del art. 1599.III CCI, resulta que si la resolución judicial de atribución del uso de la vivienda familiar está inscrita, es siempre oponible al tercer adquirente; y, si no lo está, también será oponible, pero únicamente por un periodo de nueve años, a contar desde el día siguiente al de la resolución judicial³⁹².

manifiesto esta paradoja, señalando que con el art. 6.6 de la Ley núm. 898/1970 la dirección del procedimiento interpretativo se ha invertido, al introducir dicho precepto la cuestión de la inscripción de la asignación, que no estaba prevista en el Código Civil italiano para el caso de la separación.

³⁹⁰ V. en este sentido Corte cost., 27 julio 1989, núm. 454, en *Dejure online*; y Corte cost., ord., 23 enero 1990, núm. 20, en *Dejure online*, en las que se afirma que la necesidad de inscribir la resolución judicial de atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de separación, por analogía con la normativa vigente en materia de disolución del matrimonio, se refiere, *ex art.* 1599 CCI, exclusivamente, “a la asignación que supera los nueve años, resultando clara la oponibilidad de la resolución en las demás hipótesis”.

³⁹¹ Se muestra crítico con la redacción literal del precepto GABRIELLI, G.: “I problemi dell’assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia”, cit., p. 131, quien sostiene que si la asignación es oponible “en cuanto inscrita”, “no se comprende la prescripción según la cual la oponibilidad opera en el sentido del art. 1599 CCI, ya que la disciplina de este último impone la inscripción únicamente al fin de la oponibilidad una vez transcurridos nueve años”; es decir, si la atribución del uso es oponible “en el sentido del art. 1599 CCI”, no tiene sentido la utilidad del inciso “en cuanto inscrita”, “pues la inscripción, al fin de la oponibilidad una vez transcurridos nueve años, viene ya impuesta en el art. 1599 CCI”.

³⁹² Esta interpretación es la que predomina en la jurisprudencia. Así, pueden verse: Cass., Sez. un., 26 julio 2002, núm. 11096, en *DeJure online*; Cass., 2 abril 2003, núm. 5067, en *DeJure online*; Cass., 29 agosto 2003, núm. 12705, en *DeJure online*; Cass., 10 junio 2005, núm. 12296, en *DeJure online*; Cass., 7 febrero 2006, núm. 2627, en *Dejure online*; Cass., 3 marzo 2006, núm. 4719, en *DeJure online*; Cass., 18 septiembre 2009, núm. 20144, en *DeJure online*.

En la doctrina, v. a este respecto ARCERI, A.: “Dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi”, en SESTA, M. (a cura di): *Codice della famiglia*, Tomo I, Giuffrè, Milano, p. 596; BASINI, G. F.: “L’assegnazione della casa familiare”, en *Famiglia e matrimonio*, tomo II [dentro de la más amplia obra AA.VV.: *Il diritto de famiglia* (Trattato diretto da G. BONILINI e G.

APUNTES DE DERECHO COMPARADO: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE NUESTRO ENTORNO

Llama la atención, en cualquier caso, que el legislador italiano, en la reciente reforma del Código Civil en materia de filiación de finales de 2013³⁹³, no haya aclarado expresamente la cuestión, que dio pie, como se ha visto, a interpretaciones antagónicas. Y es que el nuevo art. 337 *sexies*³⁹⁴ CCI (aplicable tanto a la separación, como al divorcio), en su párrafo primero, dispone: “La resolución judicial de asignación [del derecho de uso] y la de su revocación son susceptibles de inscripción y oponibles a terceros en el sentido del art. 2643 CCI”³⁹⁵. Esta norma (art. 2643 CCI) enumera una

CATTANEO, continuato da G. BONILINI], UTET, 2ª ed., Torino, 2007, pp. 1068-1069 [v. similares consideraciones en BASINI, G. F.: “Art. 6 L. 898/1970”, en BONILINI, G. y TOMMASEO, F.: *Lo scioglimento del matrimonio* (dentro de la más amplia obra SCHLESINGER, P. (dir.): *Il Codice Civile: Commentario*), Giuffrè, Milano, 1997, p. 671]; BOCCHINI, F.: *Diritto di famiglia: Le grandi questioni*, cit., p. 215; CARAPEZZA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., p. 3417; DE FILIPPIS, B.: *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio: conseguenze della crisi coniugale su coppia, famiglia, figli e beni*, cit., p. 490; FERRANDO, G.: “L’assegnazione della casa familiare”, cit., p. 133; GALLUZZO, S. A. R.: *Famiglia e minori: Percorsi di diritto e giurisprudenza*, cit., p. 278.

GABRIELLI, G.: “I problemi dell’assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia”, cit., p. 135, critica esta interpretación, pues el interés de los hijos en continuar viviendo en su ambiente doméstico únicamente puede ser garantizado frente a los progenitores”, y no, frente a sujetos extraños a la familia, como el tercer adquirente.

³⁹³ Sobre esta reforma pueden consultarse las siguientes obras recientes de interés: BIANCA, M.: *Filiazione. Commento al Decreto attuativo: le novità introdotte dal D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, Giuffrè, Milano, 2014; BUFFONE, G.: *Le novità del “decreto filiazione”: D.lgs. n. 154/2013 in vigore dal 7 febbraio 2014: unicità dello stato di figlio, responsabilità genitoriale e diritti e doveri del figlio, limiti all’azione di disconoscimento di paternità, rapporti con gli ascendenti: il nuovo art. 137 bis, obbligatorietà dell’ascolto del minore nei procedimenti che lo riguardano, modifica alla disciplina delle successioni*, Giuffrè, Milano, 2014; CASSANO, G. y PREVITI, C. (a cura di): *Figli, genitori, famiglia: aspetti giuridici, personali e patrimoniali dopo la riforma della filiazione*, Simone, Napoli, 2014; DI PIRRO, M.: *Riforma della filiazione: la nuova disciplina alla luce del D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 (Decreto di attuazione della riforma della filiazione)*, Simone, Napoli, 2014; FIGONE, A.: *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale: testo aggiornato al D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, G. Giappichelli, Torino, 2014; y GALLUZZO, S. A. R.: *La riforma della filiazione*, Simone, Napoli, 2014.

³⁹⁴ Introducido por el Decreto Legislativo de 28 de diciembre de 2013, núm. 154 (G.U. núm. 5, de 08-01-2014), que ha derogado el anterior art. 155 *quater* CCI, precepto en el que se regulaba la cuestión antes de la reforma.

³⁹⁵ Hay que tener en cuenta que el antiguo art. 155 *quater* CCI (que había sido redactado por la Ley 8 febrero 2006, núm. 54) disponía exactamente lo mismo, lo que, ya en su momento, llevó a algún autor a afirmar que dicho precepto implicaba una derogación tácita de la disciplina contenida en el caso de divorcio en el art. 6.6 de la Ley núm. 898/1970, por ser ésta incompatible con lo dispuesto en el art. 155 *quater* CCI.

Así, por ejemplo, FIORILLO, L.: “Inquadramento giuridico dell’istituto”, cit., p. 1 (nota al pie 1); NAPOLITANO, L.: *L’affidamento dei minori nei giudizi di separazione e di divorzio*, G. Giappichelli, Torino, 2006, p. 234; SIRENA, P.: “L’opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull’affidamento condiviso”, cit., p. 563; o ZACCARIA, A.: “Opponibilità e

serie de derechos que pueden ser objeto de inscripción a efectos de su publicidad frente a terceros, debiendo encuadrarse la inscripción del derecho de uso de la vivienda familiar en el apartado residual 14, que establece un cajón de sastre en el que tiene cabida la inscripción de sentencias que operan la constitución, la transmisión o la modificación de alguno de los derechos mencionados en algún apartado precedente³⁹⁶. A este respecto, el derecho de uso sobre la vivienda se contempla en el apartado 4³⁹⁷.

Como consecuencia de lo anterior, algún autor ha entendido que el nuevo art. 337 *sexies* CCI reabre el debate³⁹⁸, pudiéndose distinguir dos regímenes, si ambas normas se interpretan literalmente y sin ponerse en relación:

a) uno contenido en el art. 337 *sexies* CCI y que opera en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de separación; y

b) otro contenido en el art. 6.6 de la Ley núm. 898/1970, que opera en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de divorcio.

De esta forma, y siguiendo el tenor literal del art. 337 *sexies* CCI, en el caso de separación únicamente sería oponible el derecho de uso de la vivienda familiar si se hubiese inscrito³⁹⁹. Por tanto, no gozaría de la protección de los nueve años *ex art.*

durata dell'assegnazione della casa familiare, dalla riforma del diritto di famiglia alla nuova legge sull'affidamento condiviso”, *Famiglia, Persone e Successioni*, núm. 10, octubre 2006, p. 779.

³⁹⁶ Para AULETTA, T.: “Art. 155 *quater*”, cit., p. 731, la norma debería haber reenviado también al art. 2644 CCI, que recoge los efectos de la inscripción.

³⁹⁷ FIORILLO, L.: “Inquadramento giuridico dell’istituto”, cit., p. 4; SIRENA, P.: “L’opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull’affidamento condiviso”, cit., p. 572.

³⁹⁸ FREZZA, G.: “Il nuovo art. 337 *sexies* C.C.: appunti e spunti”, cit., p. 171; *ÍD.*: “Casa familiare e trascrizione”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015, pp. 466-467; *ÍD.*: “Casa familiare e trascrizione”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 4, Napoli, 2016, p. 227.

³⁹⁹ Para SIRENA, P.: “L’opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull’affidamento condiviso”, cit., pp. 571 y ss., el art. 155 *quater* CCI (actual art. 337 *sexies* CCI) somete la resolución judicial de atribución del uso de la vivienda familiar al régimen habitual de oponibilidad de los actos constitutivos de derechos reales inmobiliarios.

1599.III CCI, quedando ahora, en consecuencia, menos tutelada la posición del cónyuge usuario y de los hijos. Ciertamente, parece inexplicable el ‘descuido’ del legislador italiano, máxime si se tiene en cuenta la importancia de la cuestión, resuelta en su día con intervenciones de la Corte Constitucional.

En cualquier caso, una parte de la doctrina entiende más prudente optar por una interpretación sistemática de los distintos preceptos en juego, con el fin de darle solidez a la interpretación que se había venido consolidando, que equiparaba el régimen de inscripción previsto en el art. 1599.III CCI en los supuestos de divorcio y separación⁴⁰⁰. A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que, si la vivienda familiar es usada a título de arrendamiento, éste es oponible a terceros, aunque no se encuentre inscrito, durante un periodo de nueve años desde la fecha de inicio del arrendamiento⁴⁰¹.

1.4. La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por convivencia *more uxorio* del cónyuge usuario.

A diferencia de lo que ocurre en España, en el ordenamiento jurídico italiano el actual art. 337 *sexies* CCI (antiguo art. 155 *quater*) dispone que el derecho al uso de la vivienda familiar cesa cuando el cónyuge usuario conviva *more uxorio* con otra persona. Habida cuenta que el uso de la vivienda familiar que contempla el precepto es un uso que se atribuye al cónyuge custodio (aunque, como veremos posteriormente, un

V. en el mismo sentido AULETTA, T.: “Art. 155 *quater*”, cit., p. 733; DE FILIPPIS, B.: *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio: conseguenze della crisi coniugale su coppia, famiglia, figli e beni*, cit., p. 491; o ZACCARIA, A.: “Opponibilità e durata dell’assegnazione della casa familiare, dalla riforma del diritto di famiglia alla nuova legge sull’affidamento condiviso”, cit., p. 775.

⁴⁰⁰ V. en este sentido CARAPEZZA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., p. 3417; GAZZONI, F.: “Assegnazione della casa familiare e trascrivibilità della domanda giudiziale”, *Dir. fam. pers.*, 2008, pp. 742 y ss; o PETTA, C.: “La tutela del futuro assegnatario della casa familiare in prospettiva rimediale”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015, p. 482; *Íd.*: “La tutela del futuro assegnatario della casa familiare in prospettiva rimediale”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 4, Napoli, 2016, pp. 242-243.

⁴⁰¹ Así lo pone de relieve AULETTA, T.: “Art. 155 *quater*”, cit., p. 733, quien, no obstante, considera que, fuera de este supuesto concreto (vivienda familiar arrendada), habrá que proceder a la inscripción de la resolución judicial de atribución si se quiere que sea oponible a terceros.

sector de la doctrina lo ha entendido también extensible al cónyuge débil en los supuestos de ausencia de hijos económicamente dependientes), *prima facie*, del tenor literal del precepto habría que deducir que, aun en presencia de hijos en la vivienda familiar, la mera convivencia *more uxorio* con otra persona extingue dicho derecho de uso⁴⁰².

No obstante, la doctrina italiana ha entendido que dicha solución (que implicaría la extinción automática del derecho de uso en caso de verificarse la convivencia *more uxorio* del cónyuge usuario con otra persona) podría ser incluso inconstitucional⁴⁰³, por ser contraria al art. 30.I de la Constitución, que impone a los padres el deber de mantener a los hijos; deber difícilmente realizable en ausencia de un espacio físico en el que desarrollar la vida familiar⁴⁰⁴.

En consecuencia, y ante la posibilidad cierta de perjudicar el interés de los hijos económicamente dependientes en caso de una aplicación literal del precepto, la doctrina y la jurisprudencia italiana han llegado a la conclusión de que la mera convivencia *more uxorio* no obliga al juez a revocar la atribución del uso de la vivienda familiar efectuada, sino únicamente en el que caso en que aquella se revele como perjudicial para los intereses de los hijos⁴⁰⁵. Y, desde luego, también debe revocar dicha medida en los

⁴⁰² V. a este respecto DE FILIPPIS, B.: “Affidamento condiviso: contenuti e problematiche giuridiche”, en DE FILIPPIS, B., LANDI, L., LINDA LETTIERI, A., LUCARIELLO, S., MAURANO, R., MAZZEI, P., MUTALIPASSI, A., PENNA, C., PIERRO, G., QUILICI, M., SAPIA, C.: *L'affidamento dei figli nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, 2ª ed., Padova, 2013, p. 146.

⁴⁰³ V., por todos, BASINI, G. F.: “Cause di estinzione del diritto al godimento della casa familiare, e sospetti di incostituzionalità dell’art. 155 *quater* c.c.”, *Famiglia, Persone e Successioni*, núm. 7, julio 2006, pp. 619-621.

⁴⁰⁴ En este sentido, la Corte Constitucional italiana ha entendido que el deber de “mantener a los hijos” consagrado en el art. 30.I de la Constitución comprende el de conservar el hábitat o ambiente doméstico en el que se viene desarrollando la convivencia. V., así, Corte cost., 18 abril 1997, núm. 99, en *DeJure online*; Corte cost., 13 mayo 1998, núm. 166, en *DeJure online*; o Corte cost., 16 abril 1999, núm. 125, en *DeJure online*.

⁴⁰⁵ En la doctrina, v. a este respecto BARTOLINI, F., y BARTOLINI, M.: *Commentario sistematico del diritto di famiglia. Aggiornato con la riforma della giustizia civile (L. 10 novembre 2014, n. 162)*, CELT, Piacenza, 2015, p. 58; BASINI, G. F.: “Cause di estinzione del diritto al godimento della casa familiare, e sospetti di incostituzionalità dell’art. 155 *quater* c.c.”, cit., pp. 619-621; CARAPEZZA FIGLIA, G.: “Assegnazione della casa familiare e interessi in conflitto. Ricercando un «ragionevole bilanciamento» nel dialogo con la giurisprudenza”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar...*, cit., p. 369; *ÍD.*: “Assegnazione della casa familiare e interessi in conflitto. Ricercando un «ragionevole bilanciamento» nel dialogo con la giurisprudenza”, en CARAPEZZA

casos en los que se hubiere realizado la atribución en consideración al cónyuge débil, y con posterioridad a dicha atribución pasara a convivir *more uxorio* en la vivienda familiar con un tercero.

2. Portugal.

Otro ordenamiento al que merece la pena prestar atención es el portugués. Aquí, el uso de la vivienda familiar goza de ciertas peculiaridades, pues, a diferencia de lo que ocurre en España o en Italia, y a semejanza de lo que sucede en Francia⁴⁰⁶, tras el divorcio el juez puede constituir un derecho de arrendamiento sobre la vivienda familiar favorable al cónyuge no propietario, o, en el mejor de los casos, copropietario.

2.1. La atribución del uso de la vivienda familiar: vivienda familiar dada en arrendamiento a uno de los cónyuges.

El art. 1793⁴⁰⁷ CCP contiene la regulación de la atribución del uso de la vivienda familiar⁴⁰⁸. Como ahora veremos, el régimen que establece es sustancialmente distinto

FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiare nelle esperienze...*, cit., p. 119; DI FILIPPIS, B.: *Il diritto di famiglia. Leggi, prassi e giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 2011, pp. 499-500; FASANO, A.: “La casa familiare”, en FASANO, A., FASANO, M., ROSSANO, R.: *Rapporti patrimoniali e crisi coniugale*, G. Giappichelli, Torino, 2010, p. 522; FERRANDO, G.: “L’assegnazione della casa familiare”, cit., p. 114; *Íd.*: “La convivenza *more uxorio* della madre non fa cessare il diritto di abitare nella casa familiare”, *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2008, pp. 515-517; GIACOBBE, G. y VIRGADAMO, P.: *Il matrimonio. Tomo secondo: Separazione personale e divorzio*, UTET, Torino, 2011, p. 114; MACARIO, F.: *Diritto di famiglia. Questioni giurisprudenziali*, G. Giappichelli, Torino, 2011, p. 165; MARTUCCELLI, S. y PESCATORE, V. (a cura di): *Diritto civile* [dentro de la más amplia obra IRTI, N. (promossi da): *Dizionari del Diritto Privato*], Giuffrè, Milano, 2011; SALITO, G.: “L’affidamento condiviso dei figli nella crisi della famiglia”, cit., p. 470.

En la jurisprudencia, v. sobre la cuestión Corte cost., 30 julio 2008, núm. 308, en *DeJure online*; Cass., 9 agosto 2012, núm. 14348, en *DeJure online*; Cass., 8 mayo 2013, núm. 10719, en *DeJure online*; Cass., 15 julio 2014, núm. 16171, en *DeJure online*; o Cass., 14 julio 2015, núm. 14727, en *DeJure online*.

⁴⁰⁶ En efecto, la norma portuguesa sobre la materia (art. 1793 CCP) se encuentra inspirada en el art. 285-1.I del Code Civil francés, cuyo primer párrafo dispone que “Si el local que sirve de vivienda familiar pertenece en propiedad o personalmente a uno de los cónyuges, el juez podrá atribuirlo en alquiler al cónyuge que ejerza sólo o de forma conjunta la patria potestad de uno o de varios de los hijos cuando éstos tuvieran su residencia habitual en dicha vivienda y su interés así lo exigiese”. V. a este respecto MALAURIE, P. y FULCHIRON, H.: *Droit de la famille*, LGDJ, 5ª ed., Mayenne, 2016, p. 392.

⁴⁰⁷ La actual redacción de los números 1 y 2 del precepto fue dada por el Dec.-Lei 496/77, de 25-11. El número 3, por su parte, fue añadido por la Lei n.º 61/2008, de 31.10.

al español o al italiano. Así, dispone el primer apartado de dicho precepto que “El tribunal puede dar en arrendamiento a cualquiera de los cónyuges, a instancia suya, la vivienda familiar, sea ésta común o del otro cónyuge, considerando, particularmente, las necesidades de cada uno de los cónyuges y el interés de los hijos de la pareja”⁴⁰⁹. De este precepto se pueden extraer una serie de conclusiones, que veremos a continuación.

1ª) Como se observa, el legislador portugués da la casa “en arrendamiento”: es decir, el derecho de uso de la vivienda familiar *ex art.* 1793.1 CCP no es un derecho de uso equiparable a los contenidos en los arts. 96.I CC o 337 *sexies* CCI, sino que es el mismo derecho de uso que ostenta el arrendatario de un inmueble.

Así lo confirma el art. 1793.2 CCP, al disponer que “El arrendamiento previsto en el número anterior queda sujeto a las reglas del arrendamiento para vivienda, pero el tribunal puede definir las condiciones del contrato, oídos los cónyuges, y hacer caducar⁴¹⁰ el arrendamiento, a requerimiento del propietario, cuando las circunstancias

⁴⁰⁸ Este precepto regula el supuesto de la atribución de la vivienda familiar en caso de divorcio litigioso. Para el supuesto de divorcio por mutuo consentimiento, el art. 1775.1.d) CCP establece que los cónyuges deben acordar el destino de la vivienda familiar, siendo éste uno de los acuerdos que los cónyuges deben alcanzar, y el juez homologar, para que sea decretado el divorcio (art. 1778 CCP).

En este sentido puede verse la sentencia del “Supremo Tribunal de Justiça” de 15 de febrero de 2005 (proceso 04A3621), según la cual, en el divorcio por mutuo consentimiento, “la cuestión del destino de la vivienda familiar no se presenta ni puede ser tratada sólo como uno de los efectos del divorcio, sino que, antes y de forma diferenciada, como condición de la admisibilidad de esa modalidad de divorcio, en cuanto elemento del complejo de voluntades y acuerdos que en él se interrelacionan e interdependen”. O, dicho en otras palabras, “el divorcio por mutuo consentimiento es solicitado por ambos cónyuges, de común acuerdo, y el respectivo decreto depende del cumplimiento de ciertas condiciones o requisitos, siendo uno de esos requisitos necesarios u obligatorios el acuerdo sobre el destino de la vivienda familiar (arts. 1773 y 1775 núm. 2 C. Civil)”.

⁴⁰⁹ Aunque no es exactamente el mismo supuesto, los arts. 6.1 de la Ley Valenciana núm. 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, y 12.7 de la Ley vasca núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, obligan al progenitor al que se le haya atribuido la vivienda familiar a abonar una compensación por la pérdida del uso a favor del progenitor titular o cotitular no asignatario, compensación que se fijará teniendo en cuenta, entre otros elementos, las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona.

En la práctica, los supuestos de las leyes valenciana y vasca de relaciones familiares actúan como un arrendamiento de la vivienda familiar, aunque la naturaleza jurídica de la atribución no es la propia de un arrendamiento (toda vez que, en el caso portugués, como enseguida veremos, la doctrina ha entendido que, en puridad, tampoco estaríamos ante un genuino contrato de arrendamiento, sino ante un arrendamiento judicial).

⁴¹⁰ La expresión “hacer caducar” ha sido criticada por la doctrina, pues la caducidad de un contrato opera *ope legis* como consecuencia de la producción de cierto evento al que la ley atribuye el efecto

APUNTES DE DERECHO COMPARADO: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE NUESTRO ENTORNO

sobrevenidas lo justifiquen”⁴¹¹. Por tanto, en principio serán las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las que definan el contenido de ese contrato de arrendamiento de la vivienda familiar, y, en caso de no llegar a un acuerdo, será el juez el que, después de oír a las partes, decida las condiciones del contrato⁴¹²; particularmente, la duración del mismo⁴¹³ y la renta a satisfacer por el cónyuge arrendatario⁴¹⁴. Añade en este sentido el art. 1793.3 CCP que “El régimen fijado, sea por homologación del acuerdo de los cónyuges, sea por decisión del tribunal, puede ser alterado en los términos generales de la jurisdicción voluntaria”.

extintivo, sin necesidad de ninguna manifestación de voluntad tendente a dicho resultado. Así lo ponen de relieve PEREIRA COELHO, F. y DE OLIVEIRA, G.: *Curso de Direito da Família. Volume 1: Introdução Direito Matrimonial*, Coimbra Editora, 4ª ed., Coimbra, 2008, p. 677.

⁴¹¹ PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, J. DE M.: *Código Civil anotado*, Volume IV (Artigos 1576.º a 1795.º), Coimbra Editora, 2ª ed. revisada y actualizada, Coimbra, 1992, p. 571, consideran, como ejemplos de circunstancias sobrevenidas que pueden determinar la extinción judicial del arrendamiento, las siguientes: a) la adquisición de otro inmueble por el cónyuge arrendatario que le permita satisfacer la necesidad de habitación; b) la celebración de un nuevo matrimonio por el cónyuge arrendatario; c) la convivencia de hecho en el inmueble arrendado del cónyuge arrendatario con otra persona; y d) la desaparición de los intereses de los hijos, cuando éstos hubieran sido determinantes en la concesión del arrendamiento.

Similares consideraciones realizan PEREIRA COELHO, F. y DE OLIVEIRA, G.: *Curso de Direito da Família. Volume 1: Introdução Direito Matrimonial*, cit., p. 677, al referirse como ejemplos de circunstancias sobrevenidas a la mejora de la situación económica de la mujer (que será el cónyuge arrendatario en la mayoría de los casos) y a la independencia económica de los hijos de la pareja.

⁴¹² PINTO FURTADO, J. H. DA C.: *Curso de Direito dos Arrendamentos Vinculísticos*, Almedina, Coimbra, 1984, p. 38, entiende que el arrendamiento fijado por el juez no reviste la naturaleza jurídica de un contrato, debiendo caracterizarse como un arrendamiento judicial.

Por su parte, PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, J. DE M.: *Código Civil anotado*, cit., p. 570, afirman que, en caso de falta de acuerdo de los cónyuges, el juez tiene poder para “dictar las cláusulas del arrendamiento”.

⁴¹³ Tal y como ocurre en Francia, donde el art. 285-1.II del Code Civil establece que “El juez fijará la duración del arrendamiento [...]”.V. a este respecto MALAURIE, P. y FULCHIRON, H.: *Droit de la famille*, cit., p. 392

⁴¹⁴ Compartimos la opinión de DE SALTER CID, N.: *A protecção da casa de morada da família no direito português*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 345; y de PEREIRA COELHO, F. y DE OLIVEIRA, G.: *Curso de Direito da Família. Volume 1: Introdução Direito Matrimonial*, cit., p. 676, para quienes la cuantía de la renta ha de ser moderada, sin que sea prudente la fijación de una renta elevada que pretenda compensar al cónyuge propietario (o copropietario) por el sacrificio que se le impone de no poder usar de su vivienda. Desde luego, en este caso no resulta razonable establecer una renta de cuantía elevada, habida cuenta que precisamente se ha concedido ese arrendamiento en consideración a una situación objetiva de necesidad del cónyuge arrendatario, por lo que es de presumir que el pago de una renta elevada pueda ser, en la práctica, una quimera.

En este mismo sentido se pronunció la sentencia del Supremo Tribunal de Justiça de 7 de octubre de 2003 (proceso 03A1945), al señalar que la cuantía de la renta no debe fijarse siempre en función de los valores de mercado, sin considerar la situación patrimonial de los cónyuges, pues ello podría, en la práctica, inviabilizar los objetivos de la ley.

2ª) En segundo lugar, y pese a que algún autor⁴¹⁵ ha entendido que el precepto podría estar viciado de inconstitucionalidad por atentar contra el derecho de propiedad privada⁴¹⁶ en la medida en que se impone al propietario de la vivienda un arrendamiento sin indemnización, su vigencia se mantiene porque, al mismo tiempo, supone la protección de otro interés constitucionalmente protegido, como es el interés de la familia⁴¹⁷.

⁴¹⁵ Por ejemplo, LEITE DE CAMPOS, D.: *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 305; o PITÃO, F.: *Uniões de facto e economia comum*, Almedina, 3ª ed., Coimbra, 2011, p. 201.

Una postura similar a las anteriores, pero matizada, nos la ofrece PASSINHAS, S.: “A atribuição do uso da casa de morada da família nos casos de divórcio em Portugal: contributo para um ‘aggiornamento’ interpretativo”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015, pp. 181 y ss; e *ÍD.*: “L’attribuzione dell’uso della casa familiare in caso di divorzio in Portogallo: contributo per un aggiornamento interpretativo”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 4, Napoli, 2016, pp. 411 y ss. La autora vincula el derecho de propiedad privada al libre desarrollo de la personalidad, para concluir que un arrendamiento forzado como el que impone el art. 1793 CCP es inconstitucional, pues, no sólo se le impone al propietario la carga del arrendamiento del inmueble del que es titular, sino que el beneficiario de dicho derecho de arrendamiento es una persona con la que el propietario ya no tiene relación, ni seguramente quiera tenerla como consecuencia de la ruptura de su comunión de vida. De esta forma, para la autora, el legislador está lesionando el contenido esencial del derecho de propiedad privada, al tiempo que ataca al desarrollo futuro del proyecto de vida del titular: seguramente, éste no daría la casa en arrendamiento, pues la requeriría para sí; pero, en el supuesto de tener que arrendarla, no la cedería a aquel “viejo desconocido con quien padeció el fracaso de la vida conyugal”.

En este mismo sentido, relativo a la autonomía de la voluntad y al derecho de propiedad privada, puede verse en la doctrina portuguesa AMARAL, M. L.: *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, p. 546.

⁴¹⁶ Derecho que está reconocido en el art. 62 de la Constitución de la República portuguesa.

⁴¹⁷ Interés, por su parte, que encuentra protección en el art. 67 de la Constitución de la República portuguesa.

PASSINHAS, S.: “A atribuição do uso da casa de morada da família nos casos de divórcio em Portugal: contributo para um ‘aggiornamento’ interpretativo”, cit., p. 183; e *ÍD.*: “L’attribuzione dell’uso della casa familiare in caso di divorzio in Portogallo: contributo per un aggiornamento interpretativo”, cit., pp. 413-414, considera que en los casos en que existan hijos u otros familiares del cónyuge propietario (o copropietario) que continúen residiendo en la casa, se cumpliría con los fines de protección de la familia previstos en el art. 67 de la Constitución portuguesa, de forma que, en dichos supuestos, el sacrificio del derecho a la propiedad privada estaría legitimado desde un punto de vista constitucional.

Sin embargo, prosigue la autora, en los supuestos en que resida en la vivienda familiar únicamente el ex cónyuge, el sacrificio del derecho a la propiedad privada no estaría justificado, pues los ex cónyuges no mantienen entre sí una relación que pueda calificarse de “familiar” y que, por tanto, pueda tener cabida en el art. 67 de la Constitución portuguesa.

APUNTES DE DERECHO COMPARADO: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE NUESTRO ENTORNO

3ª) En otro orden de ideas, del tenor literal del art. 1793.1 CCP parece deducirse que esta solución sólo jugará en aquellos supuestos en que la vivienda familiar sea propiedad común de ambos cónyuges o exclusiva de uno de ellos. Sin embargo, lo cierto es que el CCP contempló, ya desde su promulgación, la cuestión del destino de la vivienda familiar arrendada en caso de separación o divorcio (antiguo art. 1110 CP⁴¹⁸), y sólo, posteriormente, la cuestión de que la vivienda familiar fuera común o propia de uno de los cónyuges⁴¹⁹ (fue introducida por el Dec.-Lei 496/77, de 25-11⁴²⁰).

⁴¹⁸ El apartado 2 del precepto establecía que “Obtenido el divorcio o la separación judicial de personas y bienes, los cónyuges pueden acordar que la situación de arrendatario corresponda a cualquiera de ellos”. En caso de falta de acuerdo, el apartado 3 disponía que correspondía al juez decidir, “teniendo en cuenta la situación patrimonial de los cónyuges, las circunstancias de hecho relativas a la ocupación de la casa, el interés de los hijos, la culpa imputada al arrendatario en la separación o divorcio, el hecho de ser el arrendamiento anterior o posterior al matrimonio, y cualesquiera otras razones atendibles”.

La redacción de los apartados 2 y 3 del antiguo art. 1110 CP fue tomada posteriormente por los apartados 1 y 2 del art. 84 del DL núm. 321-B/90, de 15 de octubre, que aprobó el régimen del arrendamiento urbano (R.A.U.).

A pesar de los distintos factores que contemplaban tanto el art. 1110.3 CCP, como el 84.2 R.A.U., la jurisprudencia proclamó, en su día, la necesidad de atender principalmente a la situación patrimonial de los cónyuges y al interés de los hijos, siendo, el resto criterios, índices complementarios que podrían actuar en caso de que la situación fuera igual para ambos cónyuges.

Así, la sentencia del Supremo Tribunal de Justiça de 19 de noviembre de 1991 (proceso 080789), ya se refirió a la ausencia de jerarquía entre los distintos factores que contempla el art. 1110.3 CCP, poniendo de relieve la necesidad de que el juez, en cada caso concreto, “privilegie unos y desvalorice otros, en orden a obtener la solución más justa apuntada por el sentido común”. Y, en el supuesto, como no podía ser menos, el alto tribunal portugués privilegió la situación patrimonial de los cónyuges y el interés de los hijos, criterios que han ido asentándose como fundamentales en la jurisprudencia portuguesa a la hora de atribuir la vivienda arrendada.

Más adelante, la sentencia del Supremo Tribunal de Justiça de 12 de marzo de 1996 (proceso 96B019), excluyó que, en el supuesto analizado, pudieran tenerse en cuenta otros elementos distintos de la situación patrimonial de los cónyuges y del interés de los hijos; particularmente, que uno de los cónyuges hubiese sido el culpable exclusivo del divorcio. Así, justifica su postura el Supremo Tribunal portugués considerando que “A pesar de que la ley no establezca una jerarquía de valores entre los elementos o hechos a considerar en la atribución de la vivienda familiar, eso no impide que pueda ser establecida por el tribunal, en cada caso concreto y según aquello que el buen sentido indique, una cierta diferenciación”.

Abunda el alto tribunal portugués en esta idea, señalando que el hecho de haber sido uno de los cónyuges considerado culpable exclusivo del divorcio no afecta al valor de los criterios referidos (necesidad de los cónyuges e intereses de los hijos de la pareja), por lo que puede serle atribuido a aquél el arrendamiento de la vivienda familiar.

En cualquier caso, el Supremo Tribunal de Justiça sí parece darle cierto valor al criterio de la culpa en el divorcio cuando la situación de ambos cónyuges sea la misma, por lo que, en este caso concreto, el arrendamiento de la vivienda familiar se concedió al cónyuge no culpable.

⁴¹⁹ De hecho, la doctrina entiende que la norma del art. 1793 CCP vino a colmar una laguna, cual era la de que los cónyuges vivieran en una casa propia (o, al menos, propia de uno de ellos), pues la única regulación anterior existente en esta materia era el art. 1110 CCP, relativo al destino de la vivienda familiar arrendada en caso de divorcio o de separación.

V. en este sentido NETO, A.: *Código Civil Anotado*, Ediforum, 18ª ed. revisada y actualizada, Lisboa, enero 2013, pp. 1472-1473.

De lo anterior necesariamente se deriva que lo dispuesto en el art. 1793.1 CCP debe complementarse con lo previsto en el actual art. 1105 CCP para los supuestos en que la vivienda familiar fuera arrendada. Así, el art. 1105.1 CCP dispone que “Inciendo el arrendamiento sobre la vivienda familiar, su destino será, en caso de divorcio o de separación judicial de personas y bienes, decidido por los cónyuges, pudiendo éstos optar por la transmisión o la concentración a favor de uno de ellos”⁴²¹.

En consecuencia, en el caso de que la vivienda sea usada a título de arrendatario por uno de ellos, y su uso sea solicitado por el otro, se producirá una subrogación en el contrato de arrendamiento⁴²², pasando a ser nuevo titular del mismo el cónyuge que solicite (y le sea concedido) el arrendamiento de la vivienda familiar⁴²³. Esta solución, como ya hemos tenido ocasión de explicar, es la que contempla el art. 15.1 L.A.U., en su actual redacción⁴²⁴.

⁴²⁰ Diário da República, Série I, núm. 273, de 25 de noviembre de 1977.

⁴²¹ En defecto de acuerdo, establece el segundo apartado del precepto que “le corresponde al tribunal decidir, teniendo en cuenta la necesidad de cada cónyuge, los intereses de los hijos y otros factores relevantes” (art. 1105.2 CCP).

Entre estos “otros factores relevantes”, se pueden citar, siguiendo a PEREIRA COELHO, F. y DE OLIVEIRA, G.: *Curso de Direito da Família. Volume 1: Introdução Direito Matrimonial*, cit., p. 682, los siguientes: a) la edad y el estado de salud de cada uno de los cónyuges; b) la localización de la casa en relación con el lugar de trabajo de los cónyuges; o c) el hecho de disponer alguno de ellos de algún inmueble alternativo en el que puedan fijar su residencia.

⁴²² Así lo entiende también la doctrina portuguesa. Por ejemplo, RODRÍGUEZ LORENZO GONZÁLEZ, J. A.: *Código Civil Anotado. Volume V: Direito da Família (artigos 1576.º a 2023.º)*, Quid Juris, 2014, p. 217, señala que la atribución del arrendamiento relativo a la vivienda familiar puede ser “por transmisión o constitución”.

Por consiguiente, cuando la vivienda familiar fuera arrendada se produce una subrogación en la posición de arrendatario, que es el supuesto que contempla el art. 1105.1 CCP al hablar de “transmisión”; en cambio, el supuesto previsto en el art. 1793.1 CCP no consiste en una subrogación contractual en la posición de arrendatario, sino en la constitución *ex novo* de un derecho de arrendamiento sobre la vivienda familiar. De esta forma, de no llegar los cónyuges a un acuerdo en lo referido a las condiciones del contrato, la sentencia será constitutiva del derecho de arrendamiento.

⁴²³ Esta solución se impone, como afirma RODRÍGUEZ LORENZO GONZÁLEZ, J. A.: *Código Civil Anotado. Volume V: Direito da Família (artigos 1576.º a 2023.º)*, cit., p. 218, no sólo contra la voluntad del cónyuge que no se beneficia del arrendamiento, sino, sobre todo, “contra la voluntad del propietario”.

Es precisamente este interés, el del propietario, el que justifica las labores de control y de supervisión del contenido del contrato por parte del tribunal, el cual, asimismo, puede declarar la extinción del contrato de arrendamiento, a solicitud del propietario, cuando las circunstancias sobrevenidas lo justifiquen.

⁴²⁴ En efecto, tuvimos ocasión de explicar que el precepto, superando el tradicional debate sobre si la atribución del uso de la vivienda familiar arrendada al cónyuge no arrendatario consistía en una mera

4ª) Por último, hay que tener en cuenta las distintas situaciones que se pueden producir tras la liquidación del régimen económico-matrimonial en los casos en que la vivienda familiar fuera común. Con anterioridad al momento de la liquidación, si la vivienda es común, el cónyuge arrendatario pagará la renta estipulada por acuerdo de los cónyuges (o decisión del tribunal), pasando a ingresar dicha renta en el patrimonio común o, si así lo determina el tribunal, pagará directamente al otro cónyuge la mitad de la renta acordada.

En cambio, tras la liquidación del régimen económico-matrimonial, si la vivienda es adjudicada al cónyuge arrendatario, el arrendamiento se extinguirá y aquél la usará, no a título de arrendatario, sino de propietario. Por el contrario, si la vivienda se adjudica en la liquidación al cónyuge no arrendatario, el arrendamiento persiste y el cónyuge arrendatario deberá pagar la totalidad de la renta a aquél⁴²⁵.

2.2. Los criterios de atribución del arrendamiento de la vivienda familiar: la necesidad de los cónyuges y el interés de los hijos a continuar residiendo en aquélla.

Una diferencia básica entre el régimen portugués de atribución de la vivienda familiar y el régimen español del art. 96.I CC es que, a diferencia de éste, el art. 1793 CCP desvincula la concesión del arrendamiento de la vivienda familiar de la atribución de la custodia de los hijos menores⁴²⁶.

cesión del uso de la vivienda o en una auténtica subrogación contractual, se decantó por esta última opción. Por tanto, la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge que no fuera arrendatario le convertirá en el titular del contrato, si bien, únicamente cuando el uso se le atribuya “de forma permanente” o “en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento”; debiendo entender que, cuando la atribución del uso de la vivienda arrendada se haga por un periodo inferior al periodo que resta para la finalización del contrato de arrendamiento, únicamente tendrá lugar una mera cesión del uso de la vivienda arrendada.

⁴²⁵ NETO, A.: *Código Civil Anotado*, cit., p. 1473; y PEREIRA COELHO, F. y DE OLIVEIRA, G.: *Curso de Direito da Família. Volume 1: Introdução Direito Matrimonial*, cit., pp. 676-677.

⁴²⁶ A este respecto, hay que tener en cuenta que la ley no exige que en el supuesto de divorcio litigioso el destino de la vivienda familiar sea establecido en la sentencia de divorcio. De la misma manera, tampoco fija plazo alguno para que el cónyuge interesado en la atribución del derecho al arrendamiento de la vivienda familiar requiera esa atribución. V. en este sentido las consideraciones de PEREIRA COELHO, F. y DE OLIVEIRA, G.: *Curso de Direito da Família. Volume 1: Introdução Direito Matrimonial*, cit., p. 674.

Partiendo de dicha premisa, el art. 1793.1 CCP contempla dos criterios de atribución del arrendamiento de la vivienda familiar: en primer lugar, se refiere al de “las necesidades de cada uno de los cónyuges”, y, a continuación, al del “interés de los hijos de la pareja”⁴²⁷. A este respecto, la primera consideración que hay que realizar es que el orden en el que se enumeran estos criterios en el precepto (primero, la necesidad de los cónyuges, y después, el interés de los hijos) carece de relevancia, pues, como han entendido algunos autores, “no hay ningún orden rígido de prioridad entre los dos factores” a los que se refiere el art. 1793.1 CCP⁴²⁸.

⁴²⁷ PASSINHAS, S.: “A atribuição do uso da casa de morada da família nos casos de divórcio em Portugal: contributo para um ‘aggiornamento’ interpretativo”, cit., p. 178; e *ÍD.*: “L’attribuzione dell’uso della casa familiare in caso di divorzio in Portogallo: contributo per un aggiornamento interpretativo”, cit., p. 408, entiende que a la hora de asignar la vivienda familiar en el supuesto del art. 1793 CCP (vivienda propiedad de ambos cónyuges, o de uno de ellos), únicamente cabe atender a estos dos criterios, que son los que específicamente señala la ley, sin que se pueda acudir a otros, como ocurre en el supuesto de vivienda arrendada, en el que, como ya dijimos, el art. 1105.2 CC, junto a la necesidad de los cónyuges y a los intereses de los hijos, permite considerar “otros factores relevantes”. Así, afirma la autora que en el supuesto de vivienda arrendada el legislador permite al juez tomar en consideración factores (como la existencia de un ascendiente anciano o de otro familiar con necesidades específicas de continuar residiendo en la vivienda) que no serían susceptibles de ponderación en el caso de constitución judicial del arrendamiento.

En contra de esta postura se posicionan PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, J. DE M.: *Código Civil anotado*, cit., p. 571, quienes consideran que también cabe atender a otras circunstancias incluso en el supuesto de vivienda propiedad de los cónyuges.

También se posicionó en contra el Supremo Tribunal de Justiça portugués en su sentencia de 18 de marzo de 2004 (proceso 04B021). Para el alto tribunal portugués, el art. 1793 CCP “manda atender a dos factores principales: las necesidades de cada uno de los ex cónyuges y el interés de los hijos de la pareja”. Ahora bien -continúa el tribunal-, ello no excluye que se pueda atender a otros (por ejemplo, la culpa en el divorcio) cuando sea necesario, y así lo permite la inserción del término “particularmente”, que antecede a los dos criterios referidos, por lo que da idea de que éstos no han de ser considerados con carácter exclusivo, sino principal. En cualquier caso, el análisis de otros criterios únicamente deberá producirse “cuando uno de los factores principales no se muestre prevalente, especialmente cuando los intereses de los ex cónyuges se muestren sensiblemente de igual valor”.

En el caso concreto, el interés de los hijos no podía ser considerado como criterio decisorio, porque ninguno de ellos residía ya en la vivienda familiar. En cuanto a la necesidad de los cónyuges, aun teniendo ambos la misma necesidad de usar de la casa, como consecuencia de una condición económica modesta, el Supremo Tribunal de Justiça acordó atribuirle al ex marido (propietario de la misma), por entender que el hecho de ser deficiente físico le hacía acreedor de una necesidad más urgente. Además, éste pagaba una renta para vivir en otra vivienda, mientras que en la suya propia convivía su ex mujer con otro hombre; no obstante, el alto tribunal, al igual que habían hecho las sentencias de instancia, resuelve la cuestión sin necesidad de invocar el criterio de la culpa de la ex mujer.

⁴²⁸ PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, J. DE M.: *Código Civil anotado*, cit., p. 571.

APUNTES DE DERECHO COMPARADO: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE NUESTRO ENTORNO

En cualquier caso, el conflicto entre los criterios de necesidad de los cónyuges y de intereses de los hijos se producirá únicamente en los casos en que existan hijos económicamente dependientes⁴²⁹; cuando no existan hijos o éstos sean ya económicamente independientes, la solución pasará, como resulta lógico, por atender exclusivamente al criterio de necesidad.

Existiendo hijos económicamente dependientes, en cambio, habrá que proceder al análisis de ambos criterios, de cuya ponderación puede resultar que se conceda el arrendamiento de la vivienda familiar al cónyuge no propietario (o copropietario) con base en criterios de necesidad, cuando el otro cónyuge tenga medios suficientes para cubrir, por sí mismo, su propia necesidad de vivienda y la de los hijos a su cargo⁴³⁰.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que el precepto tiene una finalidad básicamente protectora de la estabilidad de la vivienda familiar y de los miembros de la familia, lo lógico será atribuir el arrendamiento de aquélla al cónyuge al cual hubiese sido

⁴²⁹ Téngase en cuenta, sin embargo, que no ha sido excesivamente tratada en la doctrina portuguesa la cuestión del criterio a adoptar para considerar cuándo los hijos deben quedar excluidos de la protección que dispensa el art. 1793 CCP (si el de su independencia económica o el de su mera mayoría de edad), por lo que consideramos oportuno proyectar sobre este ámbito las conclusiones que hemos alcanzado en relación con los ordenamientos jurídicos español e italiano. Así, el art. 1793.1 CCP, al referirse al interés de los hijos de la pareja, se estaría refiriendo al interés de los hijos económicamente dependientes.

Sobre esta cuestión tuvo ocasión de pronunciarse el Supremo Tribunal de Justiça, en su sentencia de 11 de diciembre de 2001 (proceso 01A3852), si bien, a pesar de que primeramente habla de la autonomía económica de los hijos como criterio para considerarlos excluidos de la cobertura del art. 1793 CCP, posteriormente se refiere a la minoría de edad (y no a la dependencia económica) como criterio protector, con lo cual deja finalmente la cuestión en el aire. Así, dice el Supremo Tribunal de Justiça que “los hijos de la pareja, en la hipótesis de autos, ya son mayores de edad, y ya trabajan, disponiendo de autonomía económica hasta el punto de poder contribuir a los gastos domésticos”, por lo que hay que entender (y aquí viene la confusión en la que, a nuestro juicio, incurre el alto tribunal portugués) que “no es su interés el erigido por la ley como criterio para atribuir la vivienda familiar, pues es a los hijos menores a quienes la ley dedica su protección”. A este respecto, insiste el tribunal en que “el interés de los hijos, como criterio para la resolución de una cuestión como la de autos, se refiere a la situación de los hijos menores, confiados a la guarda de uno de los padres”.

⁴³⁰ De esta forma, se llegaría al resultado previsto en el art. 96.2.II CC contemplado en el Anteproyecto, en el art. 233-20.4 CCCat., y en el art. 12.3 de la Ley vasca núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, al permitir dichos preceptos, excepcionalmente, atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado de protección, siempre y cuando el cónyuge a quien corresponda la guarda y custodia tenga medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de sus hijos.

encomendada la custodia de los hijos, que, generalmente, será la ex mujer, quien, además, seguramente también sea el cónyuge más necesitado de protección⁴³¹.

En otro orden de ideas, la solución portuguesa es también novedosa en lo referente a otro aspecto: la filiación de los hijos. En línea de principio, hay que tener en cuenta que existe una dualidad de regímenes en los arts. 1105.2 y 1793.1 CCP: el primero de ellos habla únicamente de los “intereses de los hijos”, sin precisar que sea necesario que sean éstos comunes (lo que permite la posibilidad, por tanto, de considerar el interés de los hijos no comunes⁴³²), mientras que, por su parte, el art. 1793.1 CCP habla del interés de los hijos “de la pareja”.

Sin embargo, y a pesar de que de una interpretación literal del art. 1793.1 CCP resulte que los hijos a los que se refiere el precepto sean estrictamente los hijos comunes, las modificaciones introducidas por la “Lei núm. 137/2015, de 7 de setembro”⁴³³, en materia de responsabilidades parentales, obligan a entender que el precepto incluye también los intereses de los hijos no comunes, por lo que los hijos del

⁴³¹ PEREIRA COELHO, F. y DE OLIVEIRA, G.: *Curso de Direito da Família. Volume 1: Introdução Direito Matrimonial*, cit., p. 681.

En este sentido se pronuncia también la ya referida sentencia del Supremo Tribunal de Justiça de 12 de marzo de 1996 (proceso 96B019), según la cual “en principio, el derecho al arrendamiento de la vivienda familiar debe ser atribuido al cónyuge o ex-cónyuge que más necesidad tenga de ella, o sea, al que fuera más afectado por el divorcio en cuanto a la estabilidad de la vida familiar”. En el caso concreto, la vivienda familiar arrendada le fue concedida a la ex mujer, en buena parte, porque a ella le había sido atribuida la custodia del hijo menor del matrimonio; y ello, a pesar de haber sido considerada como la culpable del divorcio.

Por su parte, la sentencia del Supremo Tribunal de Justiça de 7 de diciembre de 1995 (proceso 087034), llegó a la misma conclusión, aunque los hechos eran algo distintos. De esta forma, en el supuesto de hecho la situación económica del marido era superior a la de la mujer, y, aunque ambos tuvieron culpa en el divorcio, ésta fue declarada como la culpable principal del mismo. Así las cosas, el alto tribunal portugués vuelve a mostrar preferencia por el criterio del interés de los hijos (que, en el caso, va de la mano del criterio de la necesidad de los cónyuges), en detrimento de la culpa, pues acaba concediendo el arrendamiento de la vivienda familiar a la mujer, al relacionarse los hijos únicamente con ésta, y haberle sido, además, encomendada la custodia del hijo menor de edad. Dice, así, que “prestando atención sobre todo al interés de los hijos, que no se relacionan con el padre, la vivienda familiar debe ser atribuida a la ex mujer, a pesar de haberse probado que, incluso antes del divorcio, ella pretendía expulsar al ex marido para vivir con un amante”.

⁴³² De esta forma, la doctrina no excluye que los hijos del cónyuge primitivo arrendatario pasen a residir con el otro cónyuge. Así, puede verse en este sentido PASSINHAS, S.: “A atribuição do uso da casa de morada da família nos casos de divórcio em Portugal: contributo para um ‘aggiornamento’ interpretativo”, cit., p. 179; e *ÍD.*: “L’attribuzione dell’uso della casa familiare in caso di divorzio in Portogallo: contributo per un aggiornamento interpretativo”, cit., pp. 408-409.

⁴³³ Diário da República, Série I, núm. 174, de 7 de septiembre de 2015.

cónyuge propietario pueden pasar a residir con el otro cónyuge (no progenitor) cuando se le conceda a éste el arrendamiento de la vivienda⁴³⁴.

2.3. La aplicación de la solución contemplada en el art. 1793.1 CCP a las uniones de hecho.

La norma del art. 1793.1 CCP es aplicable también, como no podía ser menos, a las uniones de hecho, existiendo hijos menores nacidos de dicha unión.

Así lo determinó la sentencia del Tribunal Constitucional portugués⁴³⁵ núm. 1221/96, de 4 de diciembre de 1996, que resolvió un supuesto en el que un miembro de una unión de hecho (cuya convivencia se había prolongado por espacio de diez años) solicitó la casa en arrendamiento atendiendo al interés de los hijos. La sentencia de primera instancia no estimó su pretensión, considerando que para la aplicación del art. 1793.1 CCP era necesaria la previa existencia de un vínculo matrimonial.

La actora apeló la resolución, alegando que las consecuencias que se derivan de la ruptura de una unión de hecho son incardinables en el art. 1793.1 CCP, en coherencia con el principio constitucional de no discriminación entre hijos, consagrado en el art. 36.4 de la Constitución de la República portuguesa. Esta tesis fue aceptada por el Tribunal de apelación de Oporto, que entendió que el principio constitucional de no discriminación entre hijos se sobrepone a la norma del art. 1793.1 CCP.

La cuestión llegó al Tribunal Constitucional, que, dando cobertura a la tesis de la mujer, sostuvo que la concreta regla⁴³⁶ del art. 1793.1 CCP debe ser aplicada también

⁴³⁴ Así, dicha ley ha añadido el art. 1904.A CCP, cuyo primer apartado dispone que: “Cuando la filiación se encuentre establecida únicamente en relación con uno de los padres, las responsabilidades parentales pueden ser también atribuidas, por decisión judicial, al cónyuge o conviviente de aquél, ejerciéndolas, en este caso, de forma conjunta con el progenitor”.

⁴³⁵ Las resoluciones del Tribunal Constitucional portugués, denominadas “acórdãos”, pueden consultarse en la web <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

⁴³⁶ El Tribunal Constitucional se encarga de matizar, con acierto, que lo que está analizando es la aplicación del art. 1793.1 CCP a una concreta situación relacionada con las uniones de hecho, como es aquella en la que existan hijos menores, sin que esté determinando “si el texto constitucional puede, o no, ser interpretado de forma que resulte extensible a las uniones de hecho el régimen

en los supuestos de convivencia *more uxorio* con hijos menores a su cargo, pues, de lo contrario, el interés de éstos a su manutención en la vivienda familiar no podría ser atendido siempre que la custodia se atribuyera al progenitor no propietario de aquélla.

Posteriormente, la solución alcanzada por el Tribunal Constitucional fue plasmada legalmente en la “Lei núm. 7/2001, de 11 de maio, de protecção das uniões de facto”⁴³⁷. Así, el art. 4 de dicha ley establece que “Lo dispuesto en los artículos 1105 y 1793 del Código Civil es aplicable con las necesarias adaptaciones, en caso de ruptura de la unión de hecho”⁴³⁸.

jurídico del derecho de familia, o si a las situaciones de hecho les pueden resultar aplicables por vía analógica las reglas establecidas para el matrimonio”.

⁴³⁷ Diário da República, Série I-A, núm. 109, de 11 de mayo de 2001.

⁴³⁸ Asimismo, este precepto debe ser puesto en relación con el art. 3 de la ley, relativo a los efectos, el cual dispone que “Las personas que viven en unión de hecho en las condiciones previstas en la presente Ley tienen derecho a: a) Protección de la vivienda familiar, en los términos de la presente ley”.

CAPÍTULO IV: ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CRISIS DE LA CONVIVENCIA

MORE UXORIO

Toda vez ser los supuestos de separación, divorcio o nulidad los ejes centrales sobre los que se asienta el presente estudio, no cabe desconocer una realidad que desde hace ya tiempo ha venido consolidándose como una forma de convivencia alternativa al matrimonio en las sociedades occidentales: las uniones de hecho.

Con dicho término se hace referencia a la convivencia estable entre dos personas, del mismo o distinto sexo, que han decidido no contraer matrimonio⁴³⁹. Se trata, en consecuencia, de una opción vital alternativa al matrimonio⁴⁴⁰. A pesar de lo remoto de sus orígenes, lo cierto es que esta forma de convivencia se ha popularizado en la sociedad, principalmente, durante los últimos veinte años, en los cuales aquella ha

⁴³⁹ Una definición con cierta pretensión de exhaustividad de las mismas nos la ofrece la STS núm. 31/2010, de 4 de febrero (RJ 2010, 264). Dice, así, el Supremo que “Acerca del concepto no hay discusión: es la convivencia con análoga afectividad a la matrimonial, sin la celebración formal del matrimonio, que no es antijurídica, sino extrajurídica y produce o puede producir efectos personales, económicos o de filiación”.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: “La unión libre en la jurisprudencia constitucional alemana de los últimos años”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 6, mayo-agosto 1995, p. 206, realiza una crítica bastante sensata a la expresión “convivencia con análoga afectividad a la matrimonial”, pues “ni el matrimonio requiere realmente una especial relación de afectividad, en sí misma considerada; ni es suficiente ni necesaria la existencia de una especial relación de afectividad para la existencia de una comunidad de vida con las características antes señaladas”. Además, el autor considera que la pretendida búsqueda de analogías entre las uniones de hecho y el matrimonio complica la comprensión del concepto de aquéllas, derivando de ello la necesidad de “dejar de hacer referencia a supuestas analogías entre el matrimonio y las uniones libres” para aclarar las cosas.

Por lo anterior, el propio autor (GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: “Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, núm. 61, enero-abril 2001, p. 11) ofrece una definición bastante acertada y con matices, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional federal alemán: “Para que una unión pueda ser considerada generadora de relaciones jurídicas familiares, considero que ha de consistir en una comunidad de vida exclusiva y duradera, con cuidados y responsabilidades recíprocos, que vayan más allá del hecho de compartir un mismo hogar y unos gastos o tareas domésticas, con independencia del sexo, de la orientación sexual y de que mantengan o no sus integrantes relaciones sexuales entre sí”.

⁴⁴⁰ La opción de no contraer matrimonio, permitida por el art. 32.1 CE (que, leído *a sensu contrario*, contempla la denominada “libertad nupcial negativa”), es una manifestación en este ámbito del principio del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). V. a este respecto DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: “El matrimonio”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coord.): *Derecho Civil IV: Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 34; y GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: “Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio”, cit., p. 24.

mudado de costumbres, pasando a priorizar la libertad individual de la persona por encima de los cánones o usos sociales que implicaban cierto rechazo a la unión de hecho⁴⁴¹.

La generalización de esta forma de convivencia ha impulsado a la doctrina a tratar de clasificarla en alguna categoría jurídica. Así, algún autor entiende que, más que “institución”, cabría referirse a la unión de hecho como “fenómeno social”, habida cuenta la falta de un estatuto o régimen propio unitario y diferenciado “determinante del nacimiento y de la existencia de un elenco de deberes, derechos y posiciones jurídicas que surgen necesariamente de toda institución jurídica”⁴⁴².

Sin embargo, y a pesar de la popularización en los últimos tiempos de las uniones de hecho, lo cierto es que, desde una perspectiva cuantitativa, las parejas de hecho se encuentran aún lejos de las parejas casadas⁴⁴³, datos que se pueden explicar

⁴⁴¹ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿siempre en precario? ¿Siempre sin aplicar el art. 96 CC? Comentario a la Sentencia del TS de 6 octubre 2011 (RJ 2011, 6708)”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, 2012, p. 608; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: “La unión paramatrimonial y la vivienda familiar”, *Revista General de Derecho*, núm. 584, 1993, p. 4243, entre otros, sitúan el antecedente histórico de las uniones de hecho en España en la institución medieval de la barraganía. En contra de este símil, v. PANTALEÓN PRIETO, A. F.: “La autorregulación de la unión libre”, *Poder Judicial*, núm. 4, 1986, p. 125.

En Portugal, v. sobre la cuestión DE SALTER CID, N.: *A protecção da casa de morada da família no direito português*, cit., p. 66.

⁴⁴² CANTERO NÚÑEZ, F. J.: “Uniones de hecho”, en GARRIDO DE PALMA, V. M. (coord.): *Familia*, Vol. 1º [dentro de la más amplia obra DELGADO DE MIGUEL, J. F. (coord. gral.): *Instituciones de Derecho Privado*, tomo IV], Civitas, Madrid, 2001, p. 287. Abunda el autor (p. 288) en que las uniones de hecho pertenecen “a la esfera de lo fáctico”, y que, en la medida en que no se trata de un hecho aislado, sino de un hecho que se repite con unas notas comunes, hay que dotar a aquéllas de la consideración de “fenómeno social”.

Por su parte, ESTRADA ALONSO, E.: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, Civitas, 2ª ed., Madrid, 1991, p. 174, considera igualmente que la unión de hecho “está exenta del acto matrimonial que concede una serie de derechos y de obligaciones, un *status* jurídico”. En un sentido casi idéntico se pronuncia ESTELLÉS PERALTA, P.: “La subrogación arrendaticia del conviviente *more uxorio*”, *Revista General de Derecho*, núm. 594, 1994, p. 1724.

⁴⁴³ Así, atendiendo a la “Encuesta continua de hogares” del año 2014 del I.N.E. (<http://www.ine.es/prensa/np903.pdf>; fecha de consulta 15 de febrero de 2016, p. 3/11), las parejas casadas suponen el 85’9% del total y las parejas de hecho el 14’1% (en un 70’7% de ellas ambos miembros están solteros).

Por comunidades, la comunidad autónoma que más parejas de hecho tiene respecto al total de hogares formados por parejas es Baleares (con un 21’1%), seguida por Canarias (20’9%), Cataluña (17’6%) y Madrid (15’8%). En el lado opuesto, las comunidades autónomas que menos parejas de hecho poseen respecto del total de hogares formados por parejas son Castilla-La Mancha (8’7%), Extremadura (9%) y Castilla y León (9’7%). Fuente: Boletín “Las formas de la convivencia”,

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LOS CASOS DE CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

atendiendo, por una parte, a la mayor tradición histórica del matrimonio, y, por otra, al registro más exhaustivo que se tiene de éstos que de las uniones de hecho (las cuales, en muchas ocasiones, optan por no registrarse, lo que implica que las cifras estén, en cierto modo, sesgadas). En cualquier caso, hay un dato que explica la tendencia señalada: en 2014, respecto a 2013, el número de parejas de hecho aumentó un 2'3%, mientras que el de parejas casadas bajó un 0'9%⁴⁴⁴.

Desde luego, esta importancia creciente de las uniones de hecho dentro del panorama convivencial español actual justifica *per se* el análisis de las mismas. Pero existe otro motivo de peso que justifica su análisis: la originalidad de las soluciones brindadas por la jurisprudencia respecto al destino de la vivienda familiar en los casos en que quiebra la unión de hecho, especialmente cuando no existen hijos, algo muy frecuente en los casos de uniones de hecho de avanzada edad.

Con todo, antes de entrar de lleno en el análisis de dichas soluciones, se impone la necesidad de examinar, siquiera someramente, las diferencias del régimen de las mismas respecto del matrimonio, a fin de entender mejor la posibilidad (o no) de aplicar analógicamente el art. 96 CC, previsto exclusivamente para los supuestos de crisis matrimoniales.

1. La inclusión de las uniones de hecho dentro del concepto constitucional de “familia”.

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

publicado en la web del I.N.E. como consecuencia de la conmemoración del 20º Aniversario del Año Internacional de la Familia (http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INECifrasINE_C&cid=1259944407896&p=1254735116567&pagename=ProductosYServicios%2FINECifrasINE_C%2FPYSDetalleCifrasINE; fecha de consulta 15 de febrero de 2016),

⁴⁴⁴ <http://www.ine.es/prensa/np903.pdf> (fecha de consulta: 15 de febrero de 2016, p. 3/11).

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que el art. 39.1 CE, al referirse a la “protección social, económica y jurídica de la familia” (que debe ser promovida por los poderes públicos), no limita su manto protector únicamente a la familia “legítima” o “matrimonial”⁴⁴⁵. Efectivamente, el precepto habla únicamente de “familia”, por lo que tienen cabida en dicho concepto todas aquellas manifestaciones familiares (o, si se prefiere, afectivas) a las que estamos asistiendo en nuestros días⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L. et. al.: *Elementos de Derecho Civil. IV: Familia*, cit., p. 282, consideran que la familia a la que alude el art. 39 CE quedó desligada del matrimonio y que “el concepto de la misma manejado en ese precepto es abierto y adaptable a su evolución histórica, social”.

En Brasil, la unión de hecho se encuentra reconocida en la Constitución. Así, el art. 226 señala que “La familia, base de la sociedad, tiene especial protección del Estado”, añadiendo su § 3º que “Para los efectos de la protección del Estado, se reconoce la unión estable entre un hombre y una mujer como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en matrimonio”. A este respecto, resultan de interés, en relación con la inclusión de la unión de hecho dentro del concepto constitucional de “familia” en Brasil, las aportaciones de BERENICE DIAS, M^a.: *Manual de Direito das Famílias*, Editora Revista dos Tribunais, 10ª ed., São Paulo, 2015, pp. 130-144; CHAVES DE FARIAS, C. y ROSENVALD, N.: *Curso de Direito Civil. Volume 6: Direito das Famílias*, 5ª ed., Editora JusPODIVM, 2013, Capítulo V: “A união estável (a família convivencial)”; y de LÔBO, P.: *Direito Civil: Famílias*, Editora Saraiva, 4ª ed., São Paulo, 2011, pp. 168-171.

Por su parte, en Italia, la inclusión de la unión de hecho dentro del concepto constitucional de “familia” se ha tratado de explicar atendiendo a una interpretación sistemática de los arts. 2 (“La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo como miembro de las formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad”), 29.I (“La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio”) y 30 (que hace referencia a los derechos de los hijos nacidos fuera del matrimonio) de la Constitución de la República italiana, de la cual, toda vez concluirse la protección constitucional de la familia de hecho (si bien no tanto desde el punto de vista del colectivo, sino desde el punto de vista individual de cada miembro), se infiere también la preferencia del constituyente italiano por la familia fundada en el matrimonio.

V., así, FRANCESCHELLI, V.: “La familia di fatto da ‘deviant phenomenon’ a istituzione sociale”, *Dir. fam. pers.*, 1980, pp. 1257 y ss.; GAZZONI, F.: *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 146 y ss.; GUZZARDI, G.: “Convivenza more uxorio e tutela possessoria dell’immobile adibito a casa familiare”, *Famiglia e diritto*, núm. 11/2013, pp. 1051-1054; LAZZARA, C.: “Profili di rilevanza dell’autonomia privata nell’ambito dei rapporti familiari”, en PARADISO, M. (a cura di): *I mobili confini dell’autonomia privata. Atti del Convegno di studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 105-106; o PERLINGIERI, P.: *Profili istituzionali del Diritto Civile*, Edizione Scientifiche Italiane, 3ª ed., Napoli, 1994, pp. 224 y ss.

⁴⁴⁶ Un paso más allá va el legislador catalán, al llevar por rúbrica (y, por tanto, reconocer) el art. 231-1 CCCat. “La heterogeneidad del hecho familiar”. Así, dice el art. 231-1.1 que “La familia goza de la protección jurídica determinada por la ley, que ampara sin discriminación las relaciones familiares derivadas del matrimonio o de la convivencia estable en pareja y las familias formadas por un progenitor solo con sus descendientes”.

En cualquier caso, y como reconoce VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “Las parejas de hecho y otras situaciones convivenciales no reguladas”, en BARRADA, R., GARRIDO, M., NASARRE, S. (coords.): *El nuevo Derecho de la persona y de la familia: Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Bosch, 2011, p. 540, “no se cae en el error de intentar definir jurídicamente qué se entiende o qué debe entenderse como familia en nuestros días”; desde luego, la enumeración que realiza el precepto sobre las distintas manifestaciones familiares no es, ni mucho menos, exhaustiva, lo que lleva al propio autor a considerar que, exceptuando las relaciones familiares derivadas del matrimonio, de la convivencia estable en pareja y de las que parten de una estructura monoparental, “el resto de

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LOS CASOS DE CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

Así lo ha sostenido tradicionalmente el Tribunal Constitucional, que ha admitido, sin cortapisas, que el concepto constitucional de “familia” no debe equipararse exclusivamente con el de “familia matrimonial”⁴⁴⁷, por mucho que dicha forma de convivencia sea la más habitual⁴⁴⁸.

Por tanto, no cabe duda de que las uniones de hecho, ya se encuentren, o no, registradas, forman parte del concepto constitucional de familia. Cuestión distinta es que las uniones de hecho merezcan la misma protección que las uniones matrimoniales, algo que veremos enseguida.

2. El distinto grado de protección constitucional de las uniones de hecho y del matrimonio.

Como decíamos, una cosa es que las uniones de hecho formen parte del concepto constitucional de “familia”, algo que el Tribunal Constitucional se encargó de confirmar hace tiempo; y otra, que aquéllas sean consideradas por el ordenamiento jurídico merecedoras de igual grado de protección que el matrimonio.

En efecto, las uniones de hecho y el matrimonio no son realidades jurídicas equivalentes⁴⁴⁹, lo que justifica que, en determinadas cuestiones, puedan existir

modelos familiares permanecen, si no en una situación de discriminación o desprotección, sí al menos al albur de la doctrina jurisprudencial”.

⁴⁴⁷ Así, las SSTC (Pleno) núm. 222/1992, de 11 de diciembre (RTC 1992, 222) y núm. 116/1999, de 17 de junio (RTC 1999, 116), afirmaron que “Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter «social» de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen”.

⁴⁴⁸ Añaden a este respecto las citadas SSTC (Pleno) núm. 222/1992, de 11 de diciembre (RTC 1992, 222) y núm. 116/1999, de 17 de junio (RTC 1999, 116), que “El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por tanto, con la constrictión del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura -en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales- esa modalidad de vida familiar”.

⁴⁴⁹ Sobre esta cuestión, la STC (Pleno) núm. 184/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990, 184), afirmó que “Es claro que en la Constitución Española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho

diferencias de trato en la regulación de ambas, sin vulnerar por ello el principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE⁴⁵⁰, pues éste, como se ha dicho con acierto, “busca la igualdad de trato entre iguales y no de lo que es diferente”⁴⁵¹. Desde luego, podría ser discriminatorio tratar a unos cónyuges de una forma y a otros de otra, o a unos convivientes de forma distinta que a otros⁴⁵², pero, a nuestro juicio, no parece razonable invocar un trato discriminatorio cuando las realidades en juego son distintas.

En consecuencia, hay que distinguir entre dos niveles de protección, tal y como hace el prof. DE VERDA⁴⁵³:

- a) La Constitución garantiza la protección integral de los hijos y de las madres (*relaciones verticales*), sin que quepa discriminar a aquéllos o a éstas, por razón de su filiación o su estado civil, respectivamente;

constitucional (art. 32.1) cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). 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. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio”.

⁴⁵⁰ Así lo expresó la citada STC (Pleno) núm. 184/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990, 184), al aseverar que “lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del art. 14, sea acreedora al mismo tratamiento -singularmente, por lo que ahora importa, en materia de pensiones de la Seguridad Social- que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del art. 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza.

En consecuencia, siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento. Además de las arriba señaladas, que por sí solas justifican tal diferencia de tratamiento normativo, razones de certidumbre y seguridad jurídica, y la propia coherencia con la decisión libremente adoptada en la unión de hecho de excluir la relación matrimonial y los deberes y derechos que de la misma dimanen, abundan en la consideración de que no pueda entenderse caprichoso o irrazonable que el legislador no incluya a los unidos por vía de hecho de una pensión como la de viudedad que ha sido prevista en función de la existencia de un vínculo matrimonial entre causante y beneficiario”.

⁴⁵¹ ARAÚJO DIAS, C. M.: “Uniones de hecho: la posición sucesoria del conviviente supérstite en Portugal”, *AFDUC*, núm. 18, 2014, p. 69. En el mismo sentido, v. STS núm. 1181/1994, de 30 de diciembre (RJ 1994, 10391).

⁴⁵² CANTERO NÚÑEZ, F. J.: “Uniones de hecho”, cit., p. 317.

⁴⁵³ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Principio de libre desarrollo de la personalidad y *ius connubii* (A propósito del Auto del Tribunal Constitucional 222/1994)”, *Revista de Derecho Privado*, octubre 1998, pp. 730-731.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LOS CASOS DE CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

- b) en cambio, la Constitución no garantiza una protección uniforme para todo tipo de uniones entre personas situadas en posición de paridad (*relaciones horizontales*), es decir, cónyuges o convivientes de hecho.

En este sentido, hay que advertir, en línea de principio, que quienes no contraen matrimonio no pueden esperar beneficiarse automáticamente de todas las consecuencias (jurídicas y económicas) que el Código Civil atribuye a las personas que adquieren el estado civil de casado⁴⁵⁴ (conclusión a la que también se ha llegado en Italia⁴⁵⁵). Efectivamente, admitir lo contrario generaría un efecto perverso y contrario al ordenamiento jurídico: como las parejas de hecho podrían beneficiarse de todos los derechos que del matrimonio se derivan, se evitaría la celebración del mismo con el único fin de no asumir las obligaciones jurídicas que de él dimanar⁴⁵⁶.

Ahora bien, ello no excluye de raíz que, en determinados casos concretos, se pueda optar por aplicar alguna norma propia del matrimonio (o que derive de una situación que exija un vínculo matrimonial previo) a las uniones de hecho, cuando se

⁴⁵⁴ CANTERO NÚÑEZ, F. J.: “Uniones de hecho”, cit., p. 313, afirma al hilo de esto que “La decisión de aquellos que, pudiendo contraer matrimonio, optan por la convivencia al margen de aquél requiere un absoluto respeto tanto a la decisión como a sus consecuencias, la primera de las cuales es el rechazo del estatuto jurídico matrimonial”.

En sentido similar, v. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Las uniones de hecho”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coord.): *Derecho Civil IV: Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 252; ESTRADA ALONSO, E.: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, cit., p. 174; o MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L.: “La regulación de la ruptura del matrimonio y de las parejas de hecho”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4/2015, p. 5.

⁴⁵⁵ V. a este respecto FURGIUELE, G.: *Libertà e famiglia*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 285; GAZZONI, F.: *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 117; MENGONI, L.: “La famiglia in una società complessa”, *Justitia*, 1990, p. 4; PERLINGIERI, P.: “La famiglia senza matrimonio tra l’irrelevanza giuridica e l’equiparazione alla famiglia legittima”, *Rass.dir. civ.*, 1988, pp. 601 y ss; TOMMASINI, R.: “La famiglia di fatto”, en AULETTA, T. (a cura di): *Famiglia e matrimonio* [dentro de la más amplia obra BESSONE, M. (dir.): *Trattato di Diritto privato*, Tomo IV: Il diritto di famiglia, I], G. Giappichelli, Torino, 2010, pp. 406-407.

En efecto, y sin perjuicio de un lento, pero progresivo reconocimiento de derechos a las uniones de hecho, en Italia esta institución ha generado tradicionalmente, por sus profundas convicciones religiosas, un mayor rechazo dentro de la sociedad, algo que ha tenido reflejo en una legislación que ha primado el matrimonio y ha contemplado con disfavor las situaciones diversas de él.

⁴⁵⁶ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: “La unión paramatrimonial y la vivienda familiar”, cit., p. 4250, se refiere a éste como uno de los motivos que impulsan a los convivientes a excluir la forma matrimonial de su unión, a fin de evitar “todas o algunas de las consecuencias jurídicas esenciales del matrimonio, que es un negocio jurídico de adhesión” y “tiene rígidamente determinadas la mayor parte de sus consecuencias y los derechos y obligaciones recíprocas que genera”.

alcance la convicción de que no existe una medida alternativa más adecuada que pueda garantizar la protección jurídica de los convivientes tras la ruptura.

2.1. El acceso a las pensiones de viudedad por parte de las uniones de hecho.

Una manifestación de lo aquí señalado son las pensiones de viudedad, caballo de batalla de antiguo de los convivientes supérstites, que pretendían recibir el mismo trato en esta materia que las personas viudas. A pesar de haber sido denegada esta petición durante largo tiempo⁴⁵⁷, por requerir su concesión el previo vínculo matrimonial, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, introdujo una importante modificación en el por entonces vigente art. 174.3 de la Ley General de Seguridad Social (LGSS)⁴⁵⁸, permitiendo la percepción de una pensión de viudedad a las uniones de hecho en las que concurren determinados requisitos, a saber:

1º) en primer lugar, la unión de hecho debe encontrarse inscrita, bien en los correspondientes registros específicos del lugar de la convivencia, bien en documento público;

2º) la inscripción deberá haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha de fallecimiento del causante;

3º) el conviviente supérstite debe acreditar, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años.

⁴⁵⁷ La STC (Pleno) núm. 184/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990, 184) es uno de los exponentes más claros de dicha tendencia, cuya doctrina fue seguida después, entre muchas otras, por las SSTC (Pleno) núm. 29/1991, de 14 de febrero (RTC 1991, 29); núm. 30/1991, de 14 de febrero (RTC 1991, 30); núm. 31/1991, de 14 de febrero (RTC 1991, 31); núm. 35/1991, de 14 de febrero (RTC 1991, 35); núm. 38/1991, de 14 de febrero (RTC 1991, 38).

⁴⁵⁸ Actualmente la norma vigente en la materia es el art. 221 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (B.O.E. núm. 261, de 31 de octubre de 2015, pp. 103291-103519). La nueva regulación, en vigencia desde el 2 de enero de 2016, vino a sustituir al antiguo Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprobaba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (B.O.E. núm. 154, de 29 de junio de 1994, pp. 20658-20708).

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LOS CASOS DE CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

Con todo, la modificación del art. 174.3 LGSS no solucionó la totalidad de los problemas, pues, tras un periodo inicial de pacífica aplicación del precepto por la jurisprudencia, se advirtió posteriormente la posible discriminación que, *a priori*, la norma podría entrañar, no sólo entre las parejas de hecho inscritas y no inscritas⁴⁵⁹, sino también entre las inscritas con más de 5 años de convivencia ininterrumpida y con menos de 5 años, o aquellas que hubieran inscrito la unión al menos 2 años antes de la muerte del conviviente causante y las que la hubieran inscrito con menos de 2 años de antelación.

Es decir, la nueva situación planteó un problema quizás no previsto por el legislador, que, al tratar de equiparar los derechos de las parejas no casadas y de las parejas casadas, permitiendo el acceso a la pensión de viudedad a los convivientes que cumplieran determinados requisitos, creó una nueva situación de desigualdad, esta vez dentro de las propias parejas de hecho.

La solución inicial de la jurisprudencia del Tribunal Supremo fue la de considerar que de dicho precepto únicamente eran destinatarias (y, por tanto, titulares del derecho a la pensión de viudedad) las “parejas de derecho”, y no, así, “las genuinas parejas de hecho”⁴⁶⁰. En un sentido similar se ha venido pronunciando el Tribunal Constitucional, al considerar que “no es que a unas parejas de hecho se le reconozca el derecho a la prestación y a otras no, sino que, a los efectos de la Ley, unas no tienen la consideración de pareja de hecho y otras sí”⁴⁶¹, las que reúnan todos esos precisos requisitos, lo que se hace con el “objetivo legítimo de proporcionar seguridad jurídica

⁴⁵⁹ A este respecto cabe recordar que en ciertas legislaciones autonómicas únicamente se atribuyen derechos a aquellas parejas de hecho que se hayan registrado en el correspondiente Registro de Uniones de Hecho. Por ejemplo, señala el art. 3.II de la Ley valenciana núm. 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana (B.O.E. núm. 268, de 7 de noviembre de 2012, pp. 78079-78086), que “La inscripción de la unión de hecho en el Registro de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana tiene carácter constitutivo [...]”.

⁴⁶⁰ V., entre muchas otras, SSTs de 20 de julio de 2010 (RJ 2010, 7278); de 3 de mayo de 2011 (RJ 2011, 4507); de 22 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 6809); de 9 de febrero de 2015 (RJ 2015, 1048); de 12 de mayo de 2015 (RJ 2015, 4273); o de 23 de junio de 2015 (RJ 2015, 3878).

⁴⁶¹ V. en este sentido SSTC núm. 51/2014, de 7 de abril (RTC 2014, 51); y núm. 60/2014, de 5 de mayo (RTC 2014, 60).

en el reconocimiento de pensiones y de coordinar internamente el sistema prestacional de la Seguridad Social”⁴⁶².

Recientemente, sin embargo, la STS de 30 de junio de 2015 (RJ 2015, 3894) ha cambiado la posición anterior mantenida por la jurisprudencia en cuanto al requisito de que la inscripción de la unión se hubiera producido al menos 2 años antes de la muerte del causante. Así, confirmó la sentencia de instancia⁴⁶³, que a su vez concedió la pensión de viudedad en un supuesto de una pareja de hecho conviviente desde 1996, con dos hijos, e inscrita un año y medio antes de la muerte del causante, que tuvo lugar en enero de 2010; y ello, una vez declarado inconstitucional y, por tanto, nulo, el párrafo 5º del art. 174.3 LGSS, en el que se establece que, cumplido el requisito de la convivencia, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca la legislación específica de las comunidades autónomas con Derecho civil propio⁴⁶⁴.

⁴⁶² V. a este respecto las SSTC núm. 51/2014, de 7 de abril (RTC 2014, 51); y núm. 60/2014, de 5 de mayo (RTC 2014, 60), las cuales añaden que “La constitución formal, *ad solemnitatem*, de la pareja de hecho exigida en el párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS no carece de una finalidad constitucionalmente legítima, en tanto que atiende a constatar, a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad del sistema de Seguridad Social. Además, esa exigencia formal favorece la seguridad jurídica y evita el fraude en la reclamación de pensiones de viudedad”.

⁴⁶³ Estamos hablando de la STSJ Madrid núm. 497/2014, de 28 de mayo (AS 2014, 2650).

⁴⁶⁴ La STC (Pleno) núm. 40/2014, de 11 de marzo (RTC 2014, 40), consideró nulo el controvertido párrafo quinto del art. 174.3 LGSS, por establecer diferencias de trato entre las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio y las que no lo tienen. Señalaba el precepto que “En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica”.

Para el TC, “El párrafo quinto del art. 174.3 LGSS viene a introducir en la pensión de viudedad un criterio de diferenciación entre los sobrevivientes de las parejas de hecho: el lugar de residencia o no en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio que hubiera aprobado legislación específica en materia de parejas de hecho. Pero no contiene ninguna justificación de ese criterio diferenciador”. Añade el TC que “Con el precepto que enjuicamos, el legislador introduce, siquiera por vía de remisión, un factor de diversidad determinante de la desigualdad de trato en el régimen jurídico de la pensión de viudedad, trato desigual que ya hemos considerado carente de justificación”. Finalmente, concluye el alto tribunal afirmando que “no es posible deducir una finalidad objetiva, razonable y proporcionada que justifique el establecimiento de un trato diferenciado entre los solicitantes de la correspondiente pensión de viudedad en función de su residencia o no en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio que hubiera aprobado legislación específica en materia de parejas de hecho”.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LOS CASOS DE CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

Por tanto, se van a poder acoger a esta sentencia todas aquellas parejas de hecho, que estando inscritas en el Registro de Parejas de Hecho correspondiente, deseen solicitar una pensión de viudedad, independientemente del tiempo que lleven inscritas. Asimismo, la sentencia tiene efecto retroactivo, por lo que todos aquellos convivientes a quienes se les hubiere negado la pensión de viudedad por incumplimiento del requisito consistente en el periodo de inscripción de 2 años, podrán volver a plantear la demanda de solicitud de la pensión de viudedad.

2.2. La imposibilidad, por parte de las parejas de hecho, de acceder a la pensión compensatoria prevista en el art. 97 CC.

No obstante la parificación de trato jurídico en el ámbito de las pensiones de viudedad recién explicada, hay que tener en cuenta que aquélla es, simplemente, una mera opción del legislador, pero no supone la plasmación legal de un pretendido imperativo constitucional de igualdad entre todas las parejas *ex art. 14 CE*⁴⁶⁵.

Es por ello que existen otras pretensiones que, a pesar de haber sido abordadas constantemente por los convivientes de hecho en sede judicial, no han sido acogidas (al menos por el momento) ni por la jurisprudencia, ni por el legislador. Dentro de estas cuestiones reviste especial importancia la posibilidad de solicitar una pensión compensatoria por el conviviente de hecho al que la ruptura de su unión le cause un desequilibrio económico en relación con la situación que venía disfrutando durante la unión.

Tradicionalmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo optaba por acudir a la vía del principio de prohibición del enriquecimiento injusto para compensar al conviviente (generalmente, la mujer) cuya situación tras la ruptura era manifiestamente peor que la que venía disfrutando durante la unión, eludiendo, por tanto, la aplicación analógica a las uniones de hecho de normas propias del matrimonio⁴⁶⁶. Ello, por otra

⁴⁶⁵ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Las uniones de hecho”, cit., p. 252.

⁴⁶⁶ Entre muchas otras, pueden verse las SSTs de 21 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8589); de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 9733); núm. 116/1993, de 18 de febrero (RJ 1993, 1246); núm. 536/1994, de 27 de mayo (RJ 1994, 3753); núm. 948/1994, de 20 de octubre (RJ 1994, 7492); núm.

parte, resultaba coherente con las legislaciones autonómicas sobre uniones de hecho que existían en aquel momento, muchas de las cuales preveían una compensación económica a favor del conviviente perjudicado por la ruptura que, constante la convivencia, hubiera desempeñado labores para el hogar o hubiera colaborado en las actividades del otro conviviente sin remuneración, o con remuneración escasa⁴⁶⁷.

Sin embargo, el propio Tribunal Supremo complicó la cuestión, al admitir la aplicación analógica del art. 97 CC a las uniones de hecho en diferentes resoluciones⁴⁶⁸, lo que, seguramente, pudo influir en la redacción del art. 4 de la desafortunada Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid⁴⁶⁹.

A nuestro juicio, la aplicación analógica del art. 97 CC a las uniones de hecho es improcedente, ya que entre éstas y el matrimonio no existe identidad de razón, al no tratarse de situaciones equivalentes, como hemos tenido ocasión de justificar. Por tanto, carece de sentido aplicar esta norma a las uniones de hecho cuando, precisamente, los convivientes que deciden no contraer matrimonio buscan eludir las consecuencias

1075/1994, de 24 de noviembre (RJ 1994, 8946); núm. 1181/1994, de 30 de diciembre (RJ 1994, 10391); de 4 de marzo de 1997 (RJ 1997, 1640).

⁴⁶⁷ Por ejemplo, el art. 13 de la antigua Ley núm. 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja (Cataluña) (B.O.E. núm. 198, de 19 de agosto de 1998, pp. 28345-28350) (actual art. 234-9 CCCat.); el art. 7.1 de la antigua Ley núm. 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas (Aragón) (B.O.E. núm. 95, de 21 de abril de 1999, pp. 14801-14803) (actual art. 310.1 CDFA); o el art. 9.2 de la Ley núm. 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables (Balears) (B.O.E. núm. 14, de 16 de enero de 2002, pp. 1960-1962).

También preveía dicha compensación el art. 5.5 de la Ley foral núm. 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (Navarra) (B.O.E. núm. 214, de 6 de septiembre de 2000, pp. 31111-31115); no obstante, este precepto ha sido declarado inconstitucional por la STC (Pleno) núm. 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93).

V. en este sentido DÍAZ ROMERO, M^a. del R.: “Crisis de uniones de hecho y pensión compensatoria. Comentario a la STS de 16 de julio de 2002 (RJ 2002, 6246)”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 11, 2003, p. 343.

⁴⁶⁸ Así, las SSTS núm. 327/2001, de 27 de marzo (RJ 2001, 4770); núm. 700/2001, de 5 de julio (RJ 2001, 4993); y núm. 749/2002, de 16 de julio (RJ 2002, 6246), admitieron la aplicación analógica del art. 97 CC a las uniones de hecho en base a la semejanza de la situación matrimonial rota por divorcio o separación, con la ruptura de una situación de convivencia *more uxorio* de larga duración.

⁴⁶⁹ El precepto, aunque declarado posteriormente inconstitucional por la STC (Pleno) núm. 81/2013, de 11 de abril (RTC 2013, 81), decía así en su segundo apartado: “Los pactos a que se refiere el número anterior podrán establecer compensaciones económicas cuando, tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes con relación a la posición del otro que implique un empeoramiento respecto a la situación anterior. Tales compensaciones habrán de tomar en consideración las mismas circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código Civil”.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LOS CASOS DE CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

jurídicas de éste⁴⁷⁰.

Posteriormente, con buen criterio, el Supremo rectificó en su STS (Pleno) núm. 611/2005, de 12 de septiembre (RJ 2005, 7148), excluyendo la aplicación analógica del art. 97 CC en este ámbito, sobre la base de que el matrimonio y las uniones de hecho no son realidades equivalentes. Invocando la jurisprudencia constitucional, dice, así, que “es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio (...)”, añadiendo que “debe huirse de la aplicación por ‘analogía legis’ de normas propias del matrimonio”, pues “Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio”. Por lo demás, en el caso concreto el Pleno del Supremo no observó que concurriera el pretendido desequilibrio económico tras la ruptura de la unión, por lo que tampoco consideró reconducible el supuesto a la vía del principio de prohibición del enriquecimiento injusto.

3. La atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis de la unión de hecho.

Es momento ya de entrar en la cuestión que nos ocupa, tras haber realizado un escáner previo de la situación jurídica de las uniones de hecho. Conforme a lo dicho, en línea de principio hay que partir, sin perjuicio de las matizaciones que posteriormente se harán, de una idea clara: no resultan aplicables analógicamente a las uniones de hecho las normas propias del matrimonio.

⁴⁷⁰ Ésta es la posición preponderante en la doctrina. A este respecto, puede verse GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: “¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 32, 1999, pp. 344-345; o PANTALEÓN PRIETO, Á. F.: “La autorregulación de la unión libre”, cit., pp. 120-122.

En contra se posiciona LLEBARÍA SAMPER, S.: “Planificación y conflictividad patrimonial en la pareja de hecho”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J. M^a. (coords.): *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2010, p. 1158, quien cree que “es una presunción (o afirmación) poco contrastada empíricamente la que entiende que las parejas deciden no casarse para excluir *todos* los efectos asociados contingentemente por el legislador al matrimonio, así como la que parte de que a *todas* las parejas que no se casan les mueve idéntica motivación o finalidad”.

Ahora bien, esta afirmación, *a priori* rotunda, queda tremendamente matizada en el caso de existencia de hijos menores o mayores de edad pero económicamente dependientes, pues en dicho supuesto se ha admitido, sin reparos, la aplicación del art. 96.I CC, ya que, por exigencia constitucional, todos los hijos son iguales ante la Ley con independencia de su filiación (art. 14 CE), lo que implica que no puedan recibir un tratamiento distinto⁴⁷¹. La consecuencia inmediata es, como no puede ser de otro modo, la atribución del uso de la vivienda familiar al conviviente al que se atribuya la guarda y custodia del menor, o al conviviente con el que viva el hijo mayor de edad pero económicamente dependiente, hasta el momento en que cese la situación de dependencia económica⁴⁷².

En el resto de casos, es decir, no existiendo hijos, o siendo éstos económicamente independientes, el destino de la vivienda familiar una vez producida la crisis de la unión de hecho se regirá por los siguientes criterios:

a) en primer lugar, dada la autonomía de la voluntad que caracteriza a las uniones de hecho, por los pactos a que pudieran haber llegado los convivientes;

b) en defecto de pactos, y existiendo legislación autonómica⁴⁷³, por las eventuales soluciones contempladas en la misma, siempre y cuando dicha legislación sea aplicable a la pareja de hecho; y

⁴⁷¹ Sobre esta cuestión, aunque volveremos más adelante, v. especialmente la STS núm. 221/2011, de 1 de abril (RJ 2011, 3139).

⁴⁷² V. en este sentido DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., pp. 3419-3420.

⁴⁷³ En este sentido, cabe recordar que en España no existe por el momento una ley estatal que regule las consecuencias económicas y jurídicas que procedan durante y después de la convivencia de la unión de hecho. Esta situación es criticada por LLEBARÍA SAMPER, S.: “Planificación y conflictividad patrimonial en la pareja de hecho”, cit., p. 1177, quien afirma que “las esperanzas de contar con una legislación estatal de parejas de hecho son poco fundadas”. Para el autor, puede pensarse que dicha ley no es “tan necesaria” teniendo en cuenta la pluralidad de regulaciones autonómicas de las parejas de hecho, de modo que aquélla poco añadiría ya.

En efecto, sí existen leyes a nivel autonómico reguladoras de las parejas de hecho, las cuales, por orden cronológico, son las siguientes: Ley foral núm. 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (Navarra); Ley núm. 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables (Baleares); Ley núm. 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid (Madrid) (B.O.E. núm. 55, de 5 de marzo de 2002, pp. 8844-8846); Ley del Principado de Asturias núm. 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables (Asturias) (B.O.E. núm. 157, de 2 de julio

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LOS CASOS DE CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

c) subsidiariamente, por las soluciones a las que llegue la jurisprudencia.

En relación con el segundo de los criterios, para ver en qué casos es posible aplicar una ley autonómica hay que hacer hincapié especialmente en el criterio de la constitución de la unión de hecho, pues, en general, a las uniones de hecho constituidas como disponen las normas autonómicas les son aplicados los preceptos en ellas contenidos.

El régimen de constitución de las uniones de hecho suele ser mixto, es decir, se admite la constitución en base a diversos criterios. Así, la constitución puede ser negocial (declaración de voluntad de constituir una pareja estable en escritura pública, o inscripción de la unión de hecho en el correspondiente Registro de Uniones de Hecho), o bien puede producirse por la mera convivencia ininterrumpida durante un cierto período de tiempo, o por el nacimiento de hijos durante la convivencia (en cuyo caso no se exige un período de tiempo)⁴⁷⁴.

A la vista de esto, se ha planteado si tiene sentido aplicar, por el mero hecho de

de 2002, pp. 23974-23975); Ley núm. 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho (Andalucía) (B.O.E. núm. 11, de 13 de enero de 2003, pp. 1358-1361); Ley núm. 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias (Canarias) (B.O.E. núm. 89, de 14 de abril de 2003, pp. 14678-14680); Ley núm. 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura (Extremadura) (B.O.E. núm. 111, de 9 de mayo de 2003, pp. 17653-17655); Ley núm. 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (País Vasco) (B.O.E. núm. 284, de 25 de noviembre de 2011, pp. 125606-125614); Ley de Cantabria núm. 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria (Cantabria) (B.O.E. núm. 135, de 7 de junio de 2005, pp. 19195-19199); Disposición Adicional Tercera de la Ley núm. 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (Galicia) (B.O.E. núm. 191, de 11 de agosto de 2006, pp. 30073-30100); art. 234 CCCat. (2010) (Cataluña) (B.O.E. núm. 203, de 21 de agosto de 2010, pp. 73429-73525); arts. 303 a 315 CDFA (2011) (Aragón); Ley núm. 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana (Comunidad Valenciana).

En cualquier caso, conviene matizar que algunas de estas leyes (como explicaremos más adelante) se han visto reducidas prácticamente a la nada, por haber sido declarado su articulado (o una parte importante y sustantiva de él) inconstitucional, bien por invadir competencias estatales en materia de legislación civil (como sería el caso de las leyes madrileña y valenciana de uniones de hecho), bien por imponer a los convivientes una normativa imperativa sin que conste expresamente su voluntad de someterse a ella (que es lo que ocurrió con la ley navarra).

⁴⁷⁴ Este criterio de constitución, ajeno a la voluntad de la pareja, es seguido, entre otras, por las Leyes navarra (art. 2.2, actualmente declarado inconstitucional, como veremos enseguida), canaria (art. 1), o asturiana (art. 2 en relación con el 3) de uniones de hecho.

la convivencia ininterrumpida durante un determinado período de tiempo o por la existencia de descendencia común, una legislación imperativa, como son las normas de derecho autonómico, a convivientes que se caracterizan, precisamente, por tratar de eludir las consecuencias jurídicas derivadas del matrimonio.

Sobre esta cuestión se pronunció hace no mucho tiempo el Tribunal Constitucional en su STC (Pleno) núm. 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93), que resuelve un recurso de inconstitucionalidad formulado contra la Ley Foral Navarra núm. 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables⁴⁷⁵. Dice a este respecto el Tribunal Constitucional que “el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el art. 10.1 CE. De manera que únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja”⁴⁷⁶.

Así pues, el Tribunal Constitucional deja sin efecto los artículos de la ley navarra de uniones de hecho que disponen su aplicación a los convivientes por el mero hecho de la convivencia ininterrumpida o la existencia de descendencia común, por

⁴⁷⁵ V., respecto de esta sentencia, las interesantes reflexiones de COCA PAYERAS, M.: “Competencia legislativa civil, parejas de hecho, libre desarrollo de la personalidad e ilimitada autonomía de la voluntad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 1, enero-marzo 2014, pp. 40-48; y de DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., pp. 3420-3421; o MARTÍN-CASALS, M.: “El derecho a la ‘convivencia anómica en pareja’: ¿Un nuevo derecho fundamental? Comentario general a la STC de 23.4.2013 (RTC 2013, 93)”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3/2013, pp. 28-38.

⁴⁷⁶ Añade el Tribunal Constitucional, tras analizar la Ley navarra, que “La clave para dar respuesta a esta impugnación global de la Ley Foral reside en determinar si los efectos en ella establecidos se imponen a los integrantes de la pareja estable prescindiendo de su voluntad de asumirlos, o si, por el contrario, se condicionan a su aceptación de forma voluntaria por ambos integrantes. Aunque es evidente que la propia existencia de la unión de hecho implica una voluntad de convivir, ésta no es suficiente para entender que se asumen los efectos jurídicos previstos por la Ley para las parejas estables [...] En consecuencia, hemos de concluir que la regulación discutida responde básicamente a un modelo imperativo, bien alejado del régimen dispositivo que resultaría acorde a las características de las uniones de hecho, y a las exigencias del libre desarrollo de la personalidad recogido en el art. 10.1 CE. El carácter preceptivo implica que el régimen estatuido se impone obligatoriamente a las parejas estables que reúnan las condiciones previstas en los dos primeros supuestos del párrafo primero del art. 2.2, lo cual debe conducirnos, sin duda, a reiterar aquí la inconstitucionalidad de tales supuestos; asimismo debemos declarar la inconstitucionalidad del párrafo segundo de dicho art. 2.2, en cuanto que se refiere al cómputo del plazo de un año de convivencia previsto en el párrafo anterior”.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LOS CASOS DE CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

vulnerar ambos supuestos el libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10.1 CE. Por tanto, la ley navarra únicamente se aplicará a los convivientes que hayan manifestado en escritura pública su voluntad de constituir una pareja estable. De esta forma, se abre la veda para que ocurra lo mismo con las restantes leyes autonómicas que también prevén la aplicación de la ley a convivientes cuya unión no ha sido constituida mediante una declaración de voluntad expresa.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que las normas autonómicas más recientes ya contemplan, de alguna forma, esta situación⁴⁷⁷.

3.1. Uniones de hecho con hijos: la aplicación analógica del art. 96.I CC.

Como hemos señalado, la no discriminación de la filiación por razón de nacimiento que impone el art. 14 CE⁴⁷⁸ obliga a aplicar analógicamente⁴⁷⁹ a las uniones de hecho la disciplina del art. 96.I CC⁴⁸⁰, de modo que, en presencia de hijos

⁴⁷⁷ Así, la Ley núm. 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana, se aplica sólo a las uniones de hecho que hayan inscrito su unión en un Registro de Uniones de Hecho Formalizadas (art. 2.1), siendo la inscripción de la unión constitutiva de la misma (art. 3.2). Sin embargo, y como ya hemos anticipado, la ley ha sido declarada parcialmente inconstitucional, afectando dicha declaración de inconstitucionalidad a la gran mayoría de los preceptos de los que se compone la ley, entre ellos el art. 2.

⁴⁷⁸ Este imperativo constitucional tiene su plasmación legal en el art. 108.II CC: “La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

⁴⁷⁹ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿siempre en precario? ¿Siempre sin aplicar el art. 96 CC? Comentario a la Sentencia del TS de 6 octubre 2011 (RJ 2011, 6708)”, cit., p. 607, considera que no debería emplearse el término “por analogía”, pues la aplicación del art. 96.I CC aquí deriva de una situación en la que no hay semejanza o analogía entre los dos tipos de filiación (matrimonial y extramatrimonial), sino identidad o equiparación, por lo que cabría hablar más bien de aplicación “directa” o “extensiva” del art. 96.I CC a las uniones de hecho.

⁴⁸⁰ A la misma solución se ha llegado en el ordenamiento jurídico italiano. Así, el art. 337 *bis* CCI, puesto en relación con el art. 337 *sexies*, permite atribuir el uso de la vivienda familiar en “procedimientos relativos a hijos nacidos fuera del matrimonio”. Tal posibilidad se entiende en un contexto de equiparación de la filiación matrimonial y extramatrimonial en el ordenamiento jurídico italiano, con origen en la reforma del CCI de 2006 en materia de custodia compartida y continuado por la reforma de 2013 en el ámbito de la filiación (operada por el Decreto legislativo núm. 154, de 28 de diciembre de 2013). En consecuencia, rota la convivencia familiar, el juez puede atribuir el uso de la vivienda destinada a residencia de una unión de hecho al conviviente custodio de los hijos menores o no autosuficientes desde un punto de vista económico.

V. a este respecto CARAPEZZA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias

económicamente dependientes, el destino de la vivienda familiar, producida la crisis, se regirá por la regla allí contenida: será atribuida al conviviente custodio o al conviviente que viva con el hijo mayor de edad pero económicamente dependiente. Por lo demás, la aplicación analógica del precepto implica que las cuestiones que se suscitan en el ámbito matrimonial sean resueltas del mismo modo en este ámbito de las uniones extramatrimoniales⁴⁸¹.

jurídicas española e italiana”, cit., p. 3421; *Íd.*: “Problemi dell’assegnazione della casa familiare nella giurisprudenza italiana e spagnola”, *Il Foro Napoletano*, núm. 1/2013, pp. 39-42; CARICATO, C.: “La casa familiare”, cit., p. 326; CONTIERO, G.: *L’assegnazione della casa coniugale. Separazione, divorzio, convivenza more uxorio*, cit., p. 93; CUBEDDU, M. G.: “Cessazione della vita in comune e interesse al godimento della casa di abitazione”, in *Studi in onore di Cessare Massimo Bianca*, Tomo Secondo, Sezione I: La famiglia, Giuffrè, Milano, 2006, p. 196; DE FEIS, D.: “Rilievi critici sulla trascrivibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare”, *Giust. civ.*, fasc. 6, 2006, pp. 1131 y ss.; DE FILIPPIS, B.: *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio: conseguenze della crisi coniugale su coppia, famiglia, figli e beni*, cit., pp. 504-505; DI MARCO, G.: “La crisi della famiglia non matrimoniale: Assegnazione della casa in presenza di figli”, en DE FILIPPIS, B., DE FILIPPIS, R., DI MARCO, G., LINDA LETTIERI, A., STARITA, V., ZAMBRANO, V.: *La separazione nella famiglia di fatto*, CEDAM, 2ª ed., Padova, 2014, pp. 146-149; FERRANDO, G.: “L’assegnazione della casa familiare”, cit., p. 144; GALLUZZO, S. A. R.: *Famiglia e minori: Percorsi di diritto e giurisprudenza*, cit., p. 274; GAZZONI, F.: *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 120; GUZZARDI, G.: “Convivenza more uxorio e tutela possessoria dell’immobile adibito a casa familiare”, cit., p. 1056.

Y es que, como ocurre en el ordenamiento jurídico español, la Constitución italiana tutela los derechos de los hijos nacidos fuera del matrimonio. Así, el art. 30.I de dicha carta magna impone la obligación a los padres de mantener, instruir y educar a los hijos, con independencia de su filiación matrimonial o extramatrimonial. V. al hilo de esto LONGO, F.: *Famiglia e responsabilità: i nuovi danni*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 165-166.

Sobre la igualdad de los hijos en Italia, puede verse BIANCA, M.: “L’uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente L. N. 219 del 2012”, *Giustizia Civile*, Anno LXIII, Fasc. 5-6, 2013, Giuffrè, Milano, pp. 205-221; GALGANO, F.: *Trattato di Diritto Civile*, Volume Primo, 3ª. ed. (aggiornata a cura di N. ZORZI GALGANO), CEDAM, Padova, 2015, pp. 608-609, y 735 y ss; o PORCELLI, Mª.: “Figli minori e divieto di abbandono della casa familiare”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015, pp. 301-303; *Íd.*: “Figli minori e divieto di abbandono della casa familiare”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 4, Napoli, 2016, pp. 39-42.

⁴⁸¹ Así, únicamente es posible la atribución del uso de la vivienda que haya constituido el domicilio familiar durante la convivencia, como ha tenido ocasión de precisar el Tribunal Supremo en su STS núm. 340/2012, de 31 de mayo (RJ 2012, 6550). Afirma el alto tribunal 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. Por ello, el juez no puede atribuir a los hijos o a un cónyuge o conviviente un inmueble al que los convivientes no hayan reconocido como domicilio familiar”. En el mismo sentido, SSAP Asturias núm. 216/2004, de 17 de junio (JUR 2004, 185287), y núm. 371/2007, de 15 de octubre (JUR 2008, 79024).

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LOS CASOS DE CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

Así lo entiende la doctrina más autorizada⁴⁸² y también el Tribunal Supremo⁴⁸³, aunque con algunas reticencias iniciales en los albores del planteamiento de la cuestión⁴⁸⁴.

⁴⁸² ÁLVAREZ LATA, N.: “Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencial”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 12, enero-diciembre 1998, p. 33; BAENA RUIZ, E.: “La vivienda familiar”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, C.G.P.J., núm. XIV, 1992, p. 190; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿siempre en precario? ¿Siempre sin aplicar el art. 96 CC? Comentario a la Sentencia del TS de 6 octubre 2011 (RJ 2011, 6708)”, cit., pp. 606-607; CERVILLA GARZÓN, M^a. D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, cit., pp. 143-144; CRESPO MORA, M^a. DEL C.: “Ruptura de la unión de hecho: aplicación analógica de las normas sobre crisis matrimonial. Comentario a la STS de 27 marzo 2001 (RJ 2001, 4770)”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 9, 2002, p. 520; DE COSSÍO MARTÍNEZ, M.: *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, cit., p. 64; DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., pp. 3419-3420; DEL OLMO GUARIDO, N.: “La atribución judicial de la vivienda familiar en los supuestos de ruptura de las uniones de hecho. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1^a) de 10 de marzo de 1998”, *Revista de Derecho Privado*, año núm. 84, mes 2, 2000, p. 164; FORCADA MIRANDA, F. J.: “La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial”, cit., p. 68; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, pp. 290-291; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Atribución de vivienda familiar en procedimiento de divorcio a los hijos menores y al progenitor custodio. Sentencia de 15 de marzo de 2013 (RJ 2013, 2174)”, *CCJC*, núm. 93, septiembre-diciembre 2013, p. 529; LLEBARÍA SAMPER, S.: “Planificación y conflictividad patrimonial en la pareja de hecho”, cit., p. 1191; MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC) (Teoría y práctica jurisprudencial)*, cit., p. 37; PLANES MORENO, M^a. D.: “Uniones de hecho y relaciones paterno-filiales”, cit., p. 99; RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Comentario a la STS de 10 de marzo de 1998”, *CCJC*, núm. 47, 1998, p. 879; o ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: “La unión paramatrimonial y la vivienda familiar”, cit., pp. 4279-4280.

⁴⁸³ En este sentido, es de gran interés la STS núm. 221/2011, de 1 de abril (RJ 2011, 3139), no tanto por la solución que alcanza (aplicación del art. 96.I CC, algo que no resulta novedoso), como por la contundencia y claridad de sus declaraciones. Tras plantearse la posibilidad de aplicar analógicamente el art. 96.I CC a parejas no casadas, el Supremo pone sobre la mesa una cuestión clave: la semejanza entre ambas situaciones no debe predicarse de las relaciones de los padres (casados frente a no casados), sino de la protección de los hijos, que debe ser la misma en ambos casos. Afirma en este sentido el alto tribunal que “En realidad, el criterio de semejanza no se produce en relación a la situación de los padres, sino que de lo que se trata es de la protección del interés del menor, protección que es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados, en aplicación de lo que disponen los arts. 14 y 39 CE”. Concluye el Tribunal Supremo fijando como doctrina jurisprudencial la siguiente: “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”.

En la jurisprudencia menor, v. exhaustivamente SSAP Asturias núm. 114/2000, de 14 de marzo (AC 2000, 1147); Asturias núm. 85/2001, de 26 de febrero (JUR 2001, 126883); Álava núm. 54/2001, de 8 de marzo (AC 2001, 785); Ciudad Real núm. 20/2002, de 28 de enero (JUR 2002, 123996); Burgos núm. 65/2002, de 6 de febrero (JUR 2002, 113128); Valencia núm. 152/2002, de 7 de marzo (JUR 2002, 161814); Zaragoza núm. 130/2002, de 7 de marzo (JUR 2002, 118695); Murcia núm. 270/2002, de 29 de junio (JUR 2002, 242409); Barcelona de 31 de julio de 2002 (JUR 2002, 271369); Santa Cruz de Tenerife núm. 635/2002, de 18 de octubre (JUR 2003, 29439); Murcia núm. 427/2002, de 10 de diciembre (JUR 2003, 73904); Barcelona de 17 de enero de 2003 (JUR 2003, 140517); Las Palmas núm. 98/2003, de 21 de febrero (JUR 2003, 196652); Madrid de 11 de julio de

En cualquier caso, entendemos que, al igual que ocurre en el caso de las uniones matrimoniales, debemos de huir de rigideces y automatismos en la aplicación del art. 96.I CC, por lo que esta regla debe matizarse e integrarse atendiendo a dos elementos clave: a) el respeto a todos los intereses en juego, no sólo los del menor; y b) la consideración de que hoy en día la custodia compartida ha adquirido una relevancia desconocida hasta la fecha.

Por otro lado, hay que tener en cuenta, con todo, que la aplicación del art. 96.I CC se predica respecto de las rupturas litigiosas de la convivencia, en las cuales no existe acuerdo sobre el destino de la vivienda familiar. Ahora bien, cabe que los convivientes alcancen acuerdos (ya sea con anterioridad al inicio de la convivencia, durante la convivencia, o una vez rota ésta), para decidir quién va a continuar en el uso

2003 (JUR 2003, 191598); Valencia núm. 502/2003, de 13 de octubre (JUR 2003, 271066); Barcelona núm. 785/2004, de 22 de diciembre (JUR 2005, 33733); Córdoba núm. 94/2005, de 4 de marzo (JUR 2005, 144826); Madrid núm. 205/2007, de 20 de marzo (JUR 2007, 313970); Barcelona núm. 279/2007, de 7 de junio (JUR 2007, 293842); Barcelona núm. 680/2009, de 15 de diciembre (JUR 2010, 117176); Granada núm. 594/2009, de 18 de diciembre (JUR 2010, 247193); Alicante núm. 117/2010, de 25 de marzo (JUR 2010, 391120); Pontevedra núm. 373/2010, de 8 de julio (JUR 2010, 328553); Alicante núm. 296/2010, de 29 de septiembre (JUR 2011, 24770); Valencia núm. 692/2010, de 25 de octubre (JUR 2011, 42864); Murcia núm. 553/2010, de 28 de octubre (JUR 2011, 4947); Alicante núm. 47/2011, de 7 de febrero (JUR 2011, 161575); Islas Baleares núm. 44/2011, de 17 de febrero (AC 2011, 1755); Vizcaya núm. 536/2011, de 20 de julio (JUR 2012, 172052); Santa Cruz de Tenerife núm. 361/2011, de 27 de julio (JUR 2011, 384084); Murcia núm. 552/2011, de 10 de noviembre (JUR 2011, 417199); Almería núm. 129/2012, de 22 de junio (JUR 2013, 134412); Toledo núm. 315/2012, de 15 de noviembre (JUR 2012, 404285); Valladolid núm. 73/2013, de 22 de febrero (AC 2013, 712); Barcelona núm. 284/2013, de 30 de abril (JUR 2013, 219345); Sevilla núm. 285/2013, de 27 de junio (JUR 2013, 302305); Murcia núm. 480/2013, de 25 de julio (JUR 2013, 275593); Alicante núm. 368/2013, de 24 de octubre (JUR 2014, 7477); Granada núm. 22/2014, de 24 de enero (JUR 2014, 82093); Las Palmas núm. 28/2014, de 24 de enero (JUR 2014, 185096); Barcelona núm. 118/2014, de 18 de febrero (JUR 2014, 84875); Barcelona núm. 127/2014, de 20 de febrero (JUR 2014, 85012); Murcia núm. 189/2014, de 12 de marzo (JUR 2014, 277827); Barcelona núm. 219/2014, de 27 de marzo (JUR 2014, 134989); Castellón núm. 86/2014, de 23 de junio (AC 2014, 1718); Sevilla núm. 332/2014, de 30 de junio (JUR 2014, 265033); Valencia núm. 555/2014, de 16 de julio (JUR 2014, 252470); Castellón núm. 117/2014, de 23 de septiembre (JUR 2015, 53939); Huelva núm. 213/2014, de 1 de octubre (JUR 2015, 47034); Málaga núm. 737/2014, de 30 de octubre (JUR 2015, 192479); Lleida núm. 379/2015, de 24 de septiembre (JUR 2015, 261860).

En fin, en la jurisprudencia italiana v. sobre esta cuestión Cass., 2 febrero 2015, núm. 1860, en *DeJure online*.

⁴⁸⁴ Es el caso, por ejemplo, de la STS núm. 1181/1994, de 30 de diciembre (RJ 1994, 10391), en la que el alto tribunal, tras negar que las uniones de hecho y el matrimonio sean realidades equivalentes, opta por no aplicar los arts. 96 y 97 CC, como sí había hecho la sentencia de la Audiencia Provincial.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LOS CASOS DE CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

de la vivienda, en cuyo caso, y suponiendo que se cumplan, no sería necesario acudir a la vía judicial.

Sin embargo, esta situación, en principio ideal para todas las partes⁴⁸⁵, puede resultar problemática, cuando, existiendo hijos comunes económicamente dependientes, el acuerdo alcanzado por los progenitores les pueda resultar perjudicial⁴⁸⁶. Desde luego, poco o nada pueden hacer los poderes públicos en estos supuestos⁴⁸⁷, a diferencia de que se decida acudir a ellos⁴⁸⁸.

En fin, resta realizar una ulterior matización. Y es que todo lo aquí dicho es un panorama general de cómo se encuentra la situación; ahora bien, ello debe complementarse con lo que se expondrá más adelante en los capítulos relativos a la atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida y de custodia monoparental, en los que intentamos dejar atrás el automatismo en la aplicación del art. 96.I CC para, con base en el Anteproyecto y en las distintas soluciones autonómicas existentes (así como en la jurisprudencia más original), tratar de configurar una serie de reglas o criterios de atribución que puedan resultar más beneficiosos desde una perspectiva integradora de todos los intereses en juego⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ En efecto, ni los convivientes tienen que someterse al desgaste y estrés de un proceso judicial, ni la justicia tiene que intervenir para resolver una cuestión que queda en el ámbito privado.

⁴⁸⁶ Como acertadamente señala DEL OLMO GUARIDO, N.: “La atribución judicial de la vivienda familiar en los supuestos de ruptura de las uniones de hecho. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 10 de marzo de 1998”, cit., p. 162, junto al respeto a la ley, a la moral, y al orden público, en este ámbito la autonomía de la voluntad tiene también como límite “la normativa existente en relación a los hijos menores, en caso de que éstos existan, ya que, su interés [...] quedaría por encima de cualquier otro”.

⁴⁸⁷ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: “Efectos de la extinción de la pareja de hecho: la vivienda familiar”, en O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. (dir.): *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, Cuadernos de Derecho judicial, núm. 20, 1997, p. 621, opina a este respecto que, al no tener que acudir los miembros de la unión al juez, una vez rota la convivencia, se reducen o desaparecen las posibilidades de que éste ejerza una posible protección del menor que eventualmente abandone el domicilio familiar en compañía del progenitor no titular de la vivienda.

⁴⁸⁸ En cuyo caso, como afirma DEL OLMO GUARIDO, N.: “La atribución judicial de la vivienda familiar en los supuestos de ruptura de las uniones de hecho. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 10 de marzo de 1998”, cit., p. 162, “cualquier extremo que afecte a los hijos escapa de la disponibilidad de las partes”.

⁴⁸⁹ La necesidad de buscar soluciones alternativas al art. 96.I CC siguiendo las recogidas en las legislaciones autonómicas en materia de relaciones familiares fue ya propuesta por UTRERA GUTIÉRREZ, J. L.: “1981-2011: treinta años divorciándonos”, *Diario La Ley*, Año XXXIII, núm. 7771, Sección Tribuna, 9 de enero de 2012, p. 4, quien afirmó a este respecto que “Igualmente sería necesario flexibilizar los criterios de atribución en [sic] uso de las viviendas familiares que recoge el

3.2. Uniones de hecho con hijos (sigue): soluciones autonómicas existentes, basadas en el art. 96.I CC.

Sin perjuicio de la aplicación a las uniones de hecho del art. 96.I CC, hay que tener presente que en algunas Comunidades Autónomas existen normas propias, basadas, como no podía ser de otra manera, en la solución prevista en el art. 96.I CC: esto es, satisfacer primordialmente el interés de los hijos económicamente dependientes, que, precisamente con motivo de dicha dependencia, requieren alimentos, entre los cuales se encuentra el derecho de habitación.

Estas normas propias, como ahora veremos, en algunos casos regulan indistintamente la ruptura matrimonial y la ruptura convivencial de una unión de hecho, por lo que se traslada a este ámbito la limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar que ya vimos en sede matrimonial, con el posible perjuicio del interés superior del menor. Como ya apuntamos en su momento, la limitación temporal del uso, desde luego, es una medida que puede salvaguardar mejor todos los intereses en juego, pero no nos parece que deba ser la regla general⁴⁹⁰, sino una medida excepcional (y deseable) que puede adoptarse cuando las necesidades de los hijos, una vez cumplido el plazo fijado, puedan quedar cubiertas por otra vía.

3.2.1. Cataluña.

Una de las primeras Comunidades Autónomas en regular la cuestión fue Cataluña. Así, el art. 234-8.1 CCCat. establece la posibilidad de que, por pacto de los convivientes, se acuerde la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de ellos, como parte del pago de los alimentos debidos a los hijos que vivan con el conviviente que resulte beneficiario del uso. Sin embargo, en caso de no mediar pacto, o si éste no es aprobado (lo que sucederá, especialmente, cuando sea perjudicial para el interés de

art. 96 CC para, sin desproteger a los hijos menores y siguiendo el camino de alguna Comunidad Autónoma con competencias en la materia, evitar claras situaciones abusivas que se propician por el actual sistema, excesivamente rígido y que deja poco margen de discrecionalidad al Juez”.

⁴⁹⁰ Como establecen los arts. 81.3 CDFA y 6.3 de la Ley valenciana núm. 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LOS CASOS DE CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

los hijos⁴⁹¹), será la autoridad judicial la que decida el destino de la vivienda familiar, con especial consideración a las circunstancias concurrentes en el caso y aplicando las siguientes reglas (art. 234-8.2):

a) preferentemente, el uso de la vivienda se atribuirá al miembro de la pareja “a quien corresponda la guarda de los hijos mientras dure ésta”⁴⁹².

b) si la guarda de los hijos es compartida entre ambos convivientes, el uso de la vivienda se atribuirá “al que tenga más necesidad”, es decir, a aquél cuyo interés sea el más necesitado de protección.

3.2.2. Aragón.

De las normas que vamos a tratar en estos epígrafes, el CCCat. es la única ley que regula en preceptos diversos la atribución del uso de la vivienda familiar derivada de una ruptura matrimonial y la derivada de la ruptura convivencial de una unión de hecho.

Así, el art. 81 CDFa regula el destino⁴⁹³ de la vivienda familiar en los supuestos de “ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo”. Dicha expresión da nombre a la rúbrica de la Sección 3ª del Capítulo II (“Deber de crianza y autoridad

⁴⁹¹ Es decir, cuando el pacto suponga la salida de los hijos económicamente dependientes del domicilio familiar.

⁴⁹² La norma es distinta al art. 96.I CC, que atribuye el uso de la vivienda “a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”, de forma que, como ya vimos, *prima facie* podría parecer que el derecho se atribuye no sólo al cónyuge, sino, antes que a nadie, a los hijos. Sin embargo, el art. 234-8.2.a) CCCat. (en línea con el art. 233-20.2, la norma paralela en sede de matrimonio) atribuye el uso de la vivienda al conviviente custodio, algo coherente una vez alcanzado cierto consenso en que la titularidad del derecho de uso corresponde al progenitor custodio (toda vez ser una titularidad *per relationem*), siendo los hijos meros beneficiarios del mismo.

Así lo pone de manifiesto, en la jurisprudencia, la SAP Barcelona núm. 648/2014, de 23 de octubre (JUR 2015, 10712), según la cual “En derecho catalán no procede la atribución a los menores, como erróneamente hace la sentencia de primera instancia y pretende la apelante demandada, y debe limitarse expresamente a la subsistencia de la custodia”.

⁴⁹³ Para GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: “Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón”, *Diario La Ley*, Año XXXI, núm. 7529, Sección Doctrina, 16 de diciembre de 2010, p. 4, la expresión “destino” es preferible a “atribución del uso”, ya que la primera incluye el supuesto de la venta de la vivienda familiar, contemplado en el art. 81.4 CDFa.

familiar”) del Título II (“De las relaciones entre ascendientes y descendientes”) del CDFa. Como se observa, el título no hace referencia a que regule de forma exclusiva los efectos de la ruptura de la convivencia matrimonial, algo que va en la línea del espíritu inclusivo de la ley y, particularmente, de lo dispuesto por el art. 75.1⁴⁹⁴ CDFa, de forma que doctrina y jurisprudencia aragonesas han entendido, sin fisuras, que la norma sobre atribución del uso de la vivienda familiar contenida en el CDFa es aplicable no sólo al matrimonio, sino también a las uniones de hecho⁴⁹⁵.

Por tanto, la norma contenida en el CDFa es aplicable también a las uniones de hecho, lo que, en presencia de hijos comunes, conduce a las siguientes soluciones, cuya comprensión exige tener en cuenta que no son soluciones específicas para las uniones de hecho (se aplican también a ellas pero no están formuladas pensando exclusivamente en ellas):

a) en primer lugar, y como ocurre en el CCCat., cabe la posibilidad de que los convivientes regulen por pacto el destino de la vivienda familiar. El pacto, desde luego, puede otorgarse al inicio de la convivencia, durante la misma, o una vez rota [en este

⁴⁹⁴ “La presente Sección tiene por objeto regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, incluidos los supuestos de separación, nulidad y divorcio y los procesos que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores”.

Desde luego, el texto es, cuando menos, criticable, porque dice que la Sección 3ª regula los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos, “incluidos los supuestos de separación, nulidad y divorcio”. Es evidente que dichos casos se incluyen *per se*, sin ni siquiera tener que mencionarlos, pues el hecho de nombrarlos implica la necesidad de hacer constar su presencia, algo de lo que no cabe duda en sede de relaciones familiares. Habría resultado más acertado nombrar expresamente supuestos con menos arraigo, como es el caso de las uniones de hecho, que deben entenderse incluidas en la genérica mención de supuestos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos.

⁴⁹⁵ LÓPEZ AZCONA, A.: “La atribución del uso de la vivienda familiar y el destino del ajuar familiar en las situaciones de crisis de convivencia: la solución del legislador aragonés”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 1, agosto 2014, pp. 76 y 77.

Incluso, algún autor ha entendido también, con apoyo en la solución dada en la STSJ Aragón núm. 18/2013, de 25 de marzo (RJ 2013, 4174), que los arts. 75 y ss. CDFa son aplicables no sólo a las situaciones de ruptura tras convivencia de los progenitores con hijos a su cargo, sino también, a aquellos supuestos en que no ha existido convivencia previa entre los progenitores. A este respecto, v. SERRANO GARCÍA, J. A.: “Guarda y custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón”, cit., pp. 19-20.

La solución a la que se llega se encuentra ya presente en la Ley valenciana núm. 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. El nombre de la ley es claramente ilustrativo de lo que decimos, algo que queda confirmado si se atiende a su Preámbulo y a los arts. 1 y 4, que, al fijar el ámbito de aplicación de la ley, consideran no sólo las situaciones de ruptura de la convivencia, sino también aquellas en las que no haya existido convivencia entre los progenitores.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LOS CASOS DE CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

último caso, se otorgará conforme a lo dispuesto en los arts. 77.1 y 77.2.c) CDFa, debiendo contemplar el contenido mínimo allí fijado]. Por lo demás, lógicamente, el pacto será aprobado por el juez siempre y cuando no sea perjudicial para el interés superior del menor (art. 77.5).

b) dado que el CDFa impulsa de forma decidida la custodia compartida⁴⁹⁶, el orden lógico lleva a que el primer supuesto que regule sea éste⁴⁹⁷. Así, dice el art. 81.1 CDFa que “En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares”⁴⁹⁸. Por tanto, se sigue, preferentemente, un criterio de necesidad (materializado en la práctica en la atribución del uso al progenitor con menores ingresos o recursos económicos⁴⁹⁹, o que no disponga de vivienda alternativa⁵⁰⁰), similar al contemplado en el art. 234-8.2.b) CCCat.; subsidiariamente, de

⁴⁹⁶ SERRANO GARCÍA, J. A.: “La custodia individual como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida”, *RDCA: Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 18, 2012, p. 11.

⁴⁹⁷ A diferencia del art. 234-8.2 CCCat., que, en defecto de acuerdo de las partes, contempla en primer lugar el supuesto de custodia monoparental.

⁴⁹⁸ Como ya dijimos en un momento anterior, la expresión “acceso a una vivienda” no debe equipararse necesariamente con una compraventa; máxime, teniendo en cuenta la situación económica actual. En un sentido similar se pronuncia LANGA MUELA, A.: *Custodia compartida en Aragón: análisis de los artículos 75 a 84 del Código de Derecho Foral de Aragón, de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia de los progenitores con hijos comunes a cargo*, Beca 2011-2012 del “Justicia de Aragón” para el estudio del ordenamiento jurídico aragonés, pp. 76-77, quien considera que, al no estar decidiéndose sobre propiedad, sino sobre uso, la expresión “acceso a una vivienda” “comprende cualquier contrato legal que permita al progenitor residir en un inmueble”.

⁴⁹⁹ Así, y respecto de un matrimonio, la STSJ Aragón núm. 32/2013, de 11 de julio (RJ 2013, 5404), concedió el uso de la vivienda familiar a la ex mujer, pues, aunque tanto ella como su ex marido estaban desempleados, aquél había sido despedido improcedentemente y había cobrado una indemnización de 132.846’78 euros, que, sin duda, le colocaban en una mejor posición a la hora de procurarse una vivienda para residir.

V. igualmente, sobre el criterio de necesidad por menores ingresos económicos, la SAP Huesca núm. 16/2014, de 11 de febrero (JUR 2014, 71037), también sobre un caso de divorcio; y la SAP Zaragoza núm. 131/2015, de 24 de marzo (JUR 2015, 105905).

⁵⁰⁰ La SAP Huesca núm. 159/2012, de 27 de julio (JUR 2012, 289330), relativa a un supuesto de divorcio, tiene en cuenta, a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar a la madre, no sólo sus menores ingresos económicos, sino también el hecho de tener mayor dificultad para acceder a una vivienda facilitada por familiares (como podrían ser los padres), habida cuenta que nació en Rusia y “no consta que [...] tenga un arraigo derivado de familiares por consanguinidad en nuestro país”.

A este respecto, añade LANGA MUELA, A.: *Custodia compartida en Aragón: análisis de los artículos 75 a 84 del Código de Derecho Foral de Aragón, de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia de los progenitores con hijos comunes a cargo*, cit., p. 77, que el respaldo familiar

no resultar aplicable aquél, el CDFA opta por el criterio del “mejor interés para las relaciones familiares”, criterio que, como se ha puesto de manifiesto, es un concepto jurídico indeterminado, con los riesgos que ello lleva asociado⁵⁰¹.

c) En cambio, si la custodia es exclusiva de uno de los progenitores, “se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor” (art. 81.2 CDFA). En este caso, se atribuye el uso de la vivienda al progenitor custodio (tal y como hace el art. 96.I CC); siendo subsidiario, y realmente excepcional en la práctica, el criterio del “mejor interés para las relaciones familiares”⁵⁰².

d) En ambos casos, la atribución del uso de la vivienda familiar debe tener “una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia”. En principio, y como ya hemos visto, este carácter temporal de la atribución no puede perjudicar los intereses de los hijos menores de edad o mayores pero económicamente dependientes⁵⁰³; cuestión distinta sería que, fijado y cumplido el plazo, sus necesidades de vivienda pudieran quedar cubiertas por

puede constituir una ventaja a la hora de obtener financiación (por ejemplo, conseguir un préstamo) o un contrato de alquiler que requiera de un avalista.

⁵⁰¹ BALDA MEDARDE, M^a. J.: “La vivienda familiar en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, en AA.VV.: *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2011, p. 225; LÓPEZ AZCONA, A.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de la convivencia en el Derecho aragonés: derecho positivo y práctica jurisprudencial”, cit., p. 70; *ÍD.*: “La atribución del uso de la vivienda familiar y el destino del ajuar familiar en las situaciones de crisis de convivencia: la solución del legislador aragonés”, cit., p. 79; VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La «necesidad de vivienda»”, cit., pp. 8-9; y VIÑAS MAESTRE, D.: “Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda”, cit., p. 45.

⁵⁰² Criterio que, a pesar de su indeterminación, parece incluir otros intereses más allá del interés superior de los hijos que, no obstante por su condición de prioritario, deberá tener un peso preponderante en la ponderación de todos los intereses en juego en el conflicto. V. a este respecto VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La «necesidad de vivienda»”, cit., p. 18.

⁵⁰³ LANGA MUELA, A.: *Custodia compartida en Aragón: análisis de los artículos 75 a 84 del Código de Derecho Foral de Aragón, de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia de los progenitores con hijos comunes a cargo*, cit., p. 81; LÓPEZ AZCONA, A.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de la convivencia en el Derecho aragonés: derecho positivo y práctica jurisprudencial”, cit., p. 56. En contra, GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: “Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón”, *Diario La Ley*, Año XXXI, núm. 7537, Sección Doctrina, 29 de diciembre de 2010, p. 6.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LOS CASOS DE CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

otras vías que supongan un mayor respeto a todos los intereses en juego, sin sacrificar así, *sine die*, el derecho del propietario a usar de la vivienda. Por lo demás, nos remitimos a lo ya dicho en el epígrafe II.5.1.2.A.

3.2.3. Comunidad Valenciana.

En la Comunidad Valenciana, como ocurre en el resto de casos, las reglas aplicables a la atribución del uso de la vivienda familiar tras la ruptura de la unión de hecho no se encuentran en la ley autonómica de uniones de hecho (la Ley núm. 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana⁵⁰⁴); sino en la Ley núm. 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven⁵⁰⁵. La norma concreta (art. 6), como ocurre en el caso de Aragón, es aplicable tanto a las crisis matrimoniales como a las crisis de la unión de hecho⁵⁰⁶; y, a diferencia de los paralelismos existentes entre las normas aragonesa y catalana, la norma valenciana introduce particularidades que la alejan del régimen contenido en aquéllas.

a) La primera solución contemplada en la Ley, es, como en los casos anteriores, el pacto otorgado entre los miembros de la pareja; pacto que podrá otorgarse al inicio de la convivencia, durante la misma, o una vez finalizada ésta, en cuyo caso se otorgará conforme a las previsiones del art. 4.2 de la Ley, y será aprobado por el juez cuando el interés del menor quede suficientemente preservado.

⁵⁰⁴ Esta ley sólo contenía un precepto relativo a la vivienda familiar, dedicado al destino de la misma en caso de muerte de uno de los convivientes: “Quien sobreviva tendrá derecho al uso de la vivienda habitual de la unión durante un año a contar desde el fallecimiento de su pareja” (art. 12.2). Sin embargo, recordemos que, recientemente, la STC (Pleno) núm. 110/2016, de 9 de junio (JUR 2016, 138634), ha declarado inconstitucional una gran parte del articulado de la ley por invadir competencias estatales en materia de legislación civil; entre ellos, el art. 12.

⁵⁰⁵ Cabe advertir que la vigencia de esta norma es una incógnita de cara a un futuro próximo, habida cuenta las decisiones recientes del Tribunal Constitucional, declarando inconstitucional, primero, la ley valenciana de régimen económico-matrimonial (Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat), y, después, la ley valenciana de uniones de hecho (Ley núm. 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat), en ambos casos por entender que la Comunidad Valenciana carece de competencia para dictar leyes en materia civil.

⁵⁰⁶ Así, su Preámbulo explica la necesidad de la ley en los siguientes términos: “asegurar el más correcto y adecuado desarrollo del interés superior de cada menor ante las situaciones de crisis familiar” (concepto éste, el de “familiar”, inclusivo de las distintas manifestaciones familiares).

b) En defecto de pacto, dice la Ley que, en los casos de custodia compartida, “la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda” (art. 6, primer inciso). Obsérvese que la regla es distinta a las contenidas en el CDFA y en el CCCat., donde primaba el criterio de necesidad. Aquí, por el contrario, prima el interés superior del menor, de forma que el uso de la vivienda familiar se atribuirá “en función de lo que sea más conveniente” para los hijos⁵⁰⁷.

Pero no es ésta la única diferencia existente entre el texto valenciano y sus homólogos catalán y aragonés. La ley valenciana habla de “preferencia en el uso de la vivienda”, lo que incluye, por tanto, no sólo el uso exclusivo de la misma, sino otras formas de aprovechamiento⁵⁰⁸, muy especialmente, el uso compartido o alterno de la vivienda familiar, o, incluso, que la misma sea atribuida al progenitor no custodio.

c) A pesar de que la Ley trata en primer lugar el supuesto de custodia compartida, dando a entender que ofrecerá una regulación distinta para la custodia monoparental (pues, en caso contrario, no habría especificado el primer supuesto con la expresión “en los casos de régimen de convivencia compartida”), realmente aquélla no distingue entre los supuestos de custodia compartida y custodia monoparental, sino que, tras establecer la solución pertinente en custodia compartida, el último inciso del art. 6.1 la extiende también a los supuestos de custodia monoparental. La técnica legislativa es criticable, pues, en primer lugar, parece diferenciar entre los supuestos de custodia compartida y custodia monoparental, para finalmente equiparar ambas situaciones. La explicación, sin embargo, es clara: la ley valenciana otorga tal prioridad al supuesto de custodia compartida que, en esta materia, y presuponiendo una relevancia residual de la

⁵⁰⁷ Como explican ALGARRA PRATS, E. y BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “Atribución del uso de la vivienda en los casos de crisis familiares: anotaciones al artículo 6 de la Ley Valenciana de Relaciones Familiares”, cit., p. 104, el interés del progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a una vivienda “queda relegado a un segundo plano y solamente entra en juego si es ‘objetivamente compatible’ con el interés del menor”.

⁵⁰⁸ ALGARRA PRATS, E. y BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “Atribución del uso de la vivienda en los casos de crisis familiares: anotaciones al artículo 6 de la Ley Valenciana de Relaciones Familiares”, cit., p. 104, ponen de manifiesto la flexibilidad de la fórmula legal empleada y las posibilidades que ofrece frente al rigorismo del art. 96 CC.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LOS CASOS DE CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

custodia monoparental, regula en primer lugar la atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida, para extender posteriormente su régimen a los casos de custodia exclusiva de uno de los progenitores.

Por tanto, en los supuestos de custodia monoparental, prima igualmente, a la hora de atribuir el uso de la vivienda, la regla del interés superior del menor, manifestada en adoptar aquella solución que sea más conveniente para él. Lógicamente, en la mayoría de los casos, esta solución pasará, como hacen las leyes aragonesa y catalana, por mantener al menor en la vivienda y, por tanto, atribuirle su uso al progenitor custodio⁵⁰⁹.

d) “En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso” (art. 6.1, segundo inciso).

Esta regla tiene por objeto paliar el sacrificio patrimonial que sufre el progenitor titular o cotitular que debe abandonar la vivienda, mediante la fórmula de la compensación⁵¹⁰. El mandato es claramente imperativo (“se fijará”). Ahora bien, dicha expresión ha de matizarse con lo siguiente:

1º) a nuestro juicio, la imperatividad del mandato deberá ceder cuando, bien una deficiente situación económica del progenitor custodio, bien un contrastado desequilibrio entre los progenitores, así lo aconseje⁵¹¹; y

⁵⁰⁹ Desde luego, esta fórmula será la más adecuada para preservar el interés superior del menor cuando éste no tenga acceso a otra vivienda apta para poder satisfacer la necesidad básica de alojamiento. En este sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y MARTÍNEZ CARLOS, P. J.: *La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven: un estudio en clave jurisprudencial*, cit., p. 72.

⁵¹⁰ Fórmula que, como ya tuvimos ocasión de apuntar en su momento, resulta muy similar a la empleada por el art. 1793.1 CCP.

⁵¹¹ De la misma forma, ALGARRA PRATS, E. y BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “Atribución del uso de la vivienda en los casos de crisis familiares: anotaciones al artículo 6 de la Ley Valenciana de

2º) la jurisprudencia exige que haya solicitud de la parte interesada⁵¹², ya sea por vía de acción, o de reconvencción⁵¹³.

Por su parte, la cuantía de la compensación se determinará teniendo en cuenta “las rentas pagadas por alquileres de viviendas familiares” y “las demás circunstancias concurrentes en el caso”⁵¹⁴ (por ejemplo, el importe de la pensión de alimentos⁵¹⁵, o los ingresos del progenitor custodio⁵¹⁶).

e) Tanto en los casos de custodia compartida y de custodia monoparental, “la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o

Relaciones Familiares”, p. 105; CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, cit., p. 31; y DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y MARTÍNEZ CARLOS, P. J.: *La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven: un estudio en clave jurisprudencial*, cit., p. 90.

Para CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, cit., p. 31, carece de sentido la imperatividad del precepto, en la medida en que no permite al juez valorar las circunstancias concurrentes en el caso concreto, las cuales podrían, llegado el caso, aconsejar la no fijación de la compensación económica. Algo que, desde luego, no debe descartarse, máxime si se tiene en cuenta que la atribución del uso de la vivienda se realiza al cónyuge con más dificultades económicas; pudiendo ser éstas, precisamente, impeditivas del pago de la compensación.

⁵¹² A este respecto, y en relación con una unión matrimonial, v. la SAP Valencia núm. 450/2015, de 7 de julio (JUR 2016, 1927).

⁵¹³ SSAP Valencia núm. 563/2012, de 25 de julio (JUR 2012, 357810); núm. 774/2012, de 22 de noviembre (JUR 2013, 20038); núm. 468/2014, de 24 de junio (JUR 2014, 255350); y núm. 479/2014, de 30 de junio (JUR 2014, 252568).

⁵¹⁴ La expresión, como ponen de manifiesto ALGARRA PRATS, E. y BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “Atribución del uso de la vivienda en los casos de crisis familiares: anotaciones al artículo 6 de la Ley Valenciana de Relaciones Familiares”, cit., pp. 105-106, concede al juez “un amplio margen de decisión que da cobertura a variedad de decisiones”.

En punto a las posibles criterios a tener en cuenta para la fijación de la compensación, CONDE-PUMPIDO GARCÍA, J. L.: “Ley Valenciana de custodia compartida”, *Revista de treball, economia i societat*, núm. 62, 2011, p. 19, enumera los siguientes: a) la capacidad económica de ambos progenitores; b) la modalidad del régimen de convivencia; y c) la titularidad exclusiva o compartida del inmueble.

⁵¹⁵ V. a este respecto las SSAP Castellón núm. 86/2014, de 23 de junio (AC 2014, 1718); y Valencia núm. 555/2014, de 16 de julio (JUR 2014, 252470).

⁵¹⁶ Si bien respecto de supuestos de unión matrimonial, v. las SSAP Alicante núm. 318/2013, de 19 de julio (JUR 2013, 350222); Castellón núm. 85/2014, de 9 de junio (AC 2014, 1622); Valencia núm. 606/2014, de 25 de julio (JUR 2014, 271179); o Valencia núm. 132/2015, de 3 de marzo (JUR 2015, 128834).

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LOS CASOS DE CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario”⁵¹⁷. Las consideraciones realizadas en el caso aragonés son extrapolables aquí: la limitación temporal no puede perjudicar la necesidad habitativa de los hijos menores o mayores económicamente dependientes⁵¹⁸. Igualmente, nos remitimos a lo señalado en el epígrafe II.5.1.2.B.

3.2.4. País Vasco.

La última ley autonómica (por el momento) que ha regulado la cuestión de las relaciones familiares ha sido la Ley vasca núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. Al ser posterior al Anteproyecto (a diferencia de las legislaciones autonómicas abordadas en los epígrafes precedentes), en la norma vasca se advierten grandes paralelismos con las soluciones contenidas en aquél, lo que, sin duda, facilitará la tarea interpretativa de los jueces. Por lo demás, la ley, como viene siendo tónica habitual en las últimas legislaciones

⁵¹⁷ Respecto a la posibilidad de que el uso cese o se modifique, como se observa, la norma no contiene un catálogo de causas que puedan acarrear tales remedios, sino que se remite a la genérica expresión “circunstancias que lo hagan [el uso] innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario”, por lo que habrá de estarse al caso concreto para determinar, ante la eventual circunstancia que concurra, si resulta, o no, procedente la continuación en el uso del progenitor adjudicatario. A este respecto, v. ALGARRA PRATS, E. y BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “Atribución del uso de la vivienda en los casos de crisis familiares: anotaciones al artículo 6 de la Ley Valenciana de Relaciones Familiares”, cit., p. 108.

⁵¹⁸ La SAP Castellón núm. 86/2014, de 23 de junio (AC 2014, 1718), atribuyó el uso de la vivienda familiar, propiedad exclusiva del padre, a su pareja (quien había sufrido malos tratos por parte de aquél), hasta que la hija común cumpliera los nueve años de edad (tenía unos tres en el momento de dictarse la sentencia). En cualquier caso, como ya dijimos en su momento, una vez cumplido dicho plazo deberá revisarse la capacidad económica del progenitor custodio (máxime en una situación como la actual, en la que la economía no es, ni mucho menos, boyante), a fin de no dejar desamparada a la hija menor.

Previamente, la custodia de ésta había sido atribuida en exclusiva a la madre, por disponerlo así el art. 5.6 de la Ley valenciana núm. 5/2011, según el cual no se puede acordar el régimen de convivencia compartida, cuando exista una situación de violencia familiar, que pudiera suponer un riesgo para los hijos o para el otro progenitor, incluso aunque no haya existido una previa sentencia firme (v. a este respecto DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y MARTÍNEZ CARLOS, P. J.: *La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven: un estudio en clave jurisprudencial*, cit., pp. 24-25).

Sin embargo, sorprende que la SAP Castellón núm. 117/2014, de 23 de septiembre (JUR 2015, 53939), no haga referencia alguna a la ley valenciana, para aplicar el art. 96.I CC y la doctrina del Tribunal Supremo relativa a que no se puede establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo. De esta forma, amplía el plazo de uso establecido en la sentencia de instancia hasta la fecha en la que el último de los hijos alcance la mayoría de edad.

autonómicas sobre relaciones familiares, es aplicable tanto a los supuestos de crisis matrimonial como de crisis de pareja de hecho⁵¹⁹.

En punto a lo que aquí interesa, el art. 12 de la ley contiene una regulación exhaustiva de la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de ruptura de los progenitores, sobre la base, como proclama el primer apartado, de tres criterios rectores: 1º) el interés superior de los hijos; 2º) la necesidad de los miembros de la pareja; y 3º) la titularidad de la vivienda⁵²⁰.

a) La primera posibilidad para acordar el destino de la vivienda familiar es el pacto entre los progenitores, que deberá ser aprobado por el juez para que surta efectos (art. 12.1).

⁵¹⁹ Así lo disponen claramente los arts. 1 y 2 de la ley, relativos, respectivamente, al objeto y al ámbito de aplicación de la misma.

⁵²⁰ La regulación que realiza el art. 12 de la atribución del uso de la vivienda familiar es, a nuestro juicio, algo compleja de entender sistemáticamente, algo de lo que también peca el nuevo art. 96 CC redactado por el Anteproyecto. Y es que, con la clara finalidad de dar solución a la práctica totalidad de los supuestos que se puedan dar, se entra en una suerte de reglas generales, de excepciones y de contraexcepciones que poco ayudan a entender de manera racional el precepto.

Algo similar expresa SEISDEDOS MUIÑO, A.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 7/2015, del Parlamento Vasco”, cit., p. 150, cuando dice que “La armonización de estos tres factores va estructurando una detallada y bastante farragosa regulación [...]”.

También se pronuncia en este mismo sentido, GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: “A vueltas con la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos comunes”, *ElDerecho.com*, junio 2010, disponible para su consulta en la web http://www.elderecho.com/civil/vueltas-atribucion-vivienda-familiar-comunes_11_184555003.html (fecha de consulta: 15 de mayo de 2016), quien señalaba, ya con anterioridad a la publicación del texto del Anteproyecto, que se debía huir de una regulación casuística que pudiera complicarlo todo. Decía así el autor que “existen en el momento actual grandes dificultades que superar para llevar a cabo una reforma global del art. 96 CC. De una parte, las exigencias técnicas de la propia reforma, que debe dirigirse no a una regulación casuística de los distintos supuestos que pueden presentarse en la realidad, sino a la concesión al juez de amplias facultades para resolver sobre el uso de la vivienda en atención a las específicas circunstancias personales, laborales, escolares y económicas de todos los integrantes del grupo familiar, ante la práctica imposibilidad de comprender todos los casos que pueden darse, lo cual exige vencer el gran recelo y desconfianza del legislador frente a cualquier tipo de fórmulas legales que impliquen la concesión al juez de un amplio margen de discrecionalidad, pues a menudo tiende a pensarse que ésta puede conducir a la arbitrariedad”.

En cualquier caso, la solución propuesta por el autor puede resultar quizás problemática por defecto, ya que generaría un alto grado de inseguridad jurídica. Que tenga el juez libertad para decidir en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, sí, pero dentro de unos determinados criterios y parámetros aplicables, conocidos por las partes.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LOS CASOS DE CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

b) En los supuestos de custodia monoparental, la vivienda será atribuida “preferentemente” al progenitor custodio, si es “lo más conveniente” para el interés de los hijos⁵²¹ (art. 12.2). El juez, no obstante, “podrá”⁵²² atribuir el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio si “objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a otra vivienda”, siempre y cuando el progenitor custodio “tuviera medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los y las menores y fuera compatible con el interés superior de estos”⁵²³ (art. 12.3).

c) Cuando la custodia sea compartida entre ambos progenitores, podrá atribuirse el uso de la vivienda por periodos alternos a ambos⁵²⁴ (art. 12.4, *a sensu contrario*). En caso contrario, “se atribuirá al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fuera compatible con el interés superior de los hijos e hijas”⁵²⁵ (art. 12.4).

d) La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por razones de necesidad tendrá un límite temporal máximo de dos años, “susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron”⁵²⁶ (art. 12.5.I).

⁵²¹ La regla, como observa SEISDEDOS MUIÑO, A.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 7/2015, del Parlamento Vasco”, cit., p. 150, se establece como preferente si así lo aconseja el interés superior de los hijos, “sin dar por sentado que siempre lo sea, superándose así el rígido criterio establecido por el art. 96.1 CC”. Añade la autora que lo que parece buscar la ley vasca es, en realidad, “atender al interés de los hijos, y que éste puede no consistir en permanecer en la vivienda familiar junto con el progenitor custodio”, lo que podría ocurrir cuando, por ejemplo, los progenitores (o uno de ellos) dispusieran de una vivienda que permitiera satisfacer mejor dicho interés.

⁵²² La expresión “podrá” indica que esta regla es una facultad que se le concede al juez; por tanto, éste deberá valorar todas las circunstancias concurrentes antes de decidir, en lugar de atribuir el uso de la vivienda automáticamente al progenitor no custodio cuando verifique que el otro progenitor tenga medios suficientes para procurarse otra vivienda en la que vivir con sus hijos.

⁵²³ La norma es prácticamente idéntica al nuevo art. 96.2.II CC redactado por el Anteproyecto.

⁵²⁴ A pesar de contemplar el art. 12.4 esta posibilidad, no se aprecia ningún criterio en el precepto que sirva para saber cuándo se va a atribuir el uso de la vivienda por periodos alternos a ambos progenitores. A este respecto, v. también SEISDEDOS MUIÑO, A.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 7/2015, del Parlamento Vasco”, cit., p. 151.

⁵²⁵ Igualmente, la norma es muy similar al nuevo art. 96.2.III CC redactado por el Anteproyecto, si bien la ley vasca supedita la atribución al progenitor que tuviere más necesidad de la vivienda al hecho de que ello sea “compatible con el interés superior de los hijos e hijas”.

⁵²⁶ Dispone el último inciso del art. 12.5.I que “La prórroga deberá solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado, y tramitarse por el procedimiento establecido para la

e) En cambio, no habrá limitación temporal del uso si la vivienda, privativa del otro o común a ambos, se atribuye a uno de los progenitores por corresponderle la guarda y custodia⁵²⁷. Dice así el art. 12.5.II que éste “dispondrá del uso solo mientras dure la obligación de prestarles alimentos”⁵²⁸.

f) En fin, la ley vasca, tal y como hace el art. 6.1 de la norma valenciana, prevé una compensación por el uso, cuando la vivienda sea atribuida a uno de los progenitores, siendo de titularidad compartida, o exclusiva del otro⁵²⁹ (art. 12.7). Los criterios para determinar el importe de la compensación por la pérdida del uso son “las rentas pagadas por alquiler de viviendas similares y la capacidad económica de los miembros de la pareja”.

modificación de medidas definitivas”. La duda que se plantea en torno a esta disposición deriva de su imprecisión: ¿cuántas prórrogas adicionales pueden acordarse? Y, en su caso, ¿de qué duración?

⁵²⁷ Ver las consideraciones realizadas *supra* en II.5.1.1 y II.5.1.2.C), relativas a la aplicación del precepto únicamente en los casos de custodia monoparental.

⁵²⁸ De esta manera lo interpreta también SEISDEDOS MUIÑO, A.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 7/2015, del Parlamento Vasco”, cit., p. 153, para quien en estos casos la atribución del uso no se extingue con la mayoría de edad, sino que, al contrario, puede prolongarse más allá de dicho acontecimiento cuando los hijos se conviertan “como es habitual, en acreedores de una obligación de alimentos entre parientes frente a sus padres” *ex arts.* 142 y siguientes CC. La autora añade, a modo de conclusión, que “la normativa vasca vincula claramente el uso de la vivienda a la prestación alimenticia debida a los hijos mayores”.

⁵²⁹ SEISDEDOS MUIÑO, A.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 7/2015, del Parlamento Vasco”, cit., p. 159, introduce una cuestión que parece no quedar resuelta por el texto de la ley. Y es que el precepto parece ser de aplicación cuando la vivienda se atribuya al progenitor custodio, pero su tenor literal no excluye totalmente la posibilidad de que pueda ser aplicable también a los supuestos en que, existiendo una custodia compartida, el juez se hubiere decantado por alternar en el uso de la vivienda a ambos progenitores. ¿Qué ocurriría en estos casos? Desde luego, como dice la autora, en caso de ser la vivienda común a ambos progenitores, no cabría compensación. Sin embargo, más dudas presenta el supuesto de que la vivienda familiar sea de titularidad exclusiva de uno de los convivientes, en cuyo caso cabría pensar en la posibilidad de que fuera compensado por los periodos en los que no viva en aquélla.

A nuestro juicio, sí que cabría la compensación en tal caso, puesto que si el objetivo de ésta es reparar la pérdida que supone la imposibilidad de usar de la vivienda familiar para su titular, da igual que dicha pérdida sea permanente (como sería en el caso de que se atribuyera el uso de aquélla al progenitor no titular) o periódica (como ocurriría en el caso de uso alterno): en ambos casos, quedaría limitada, de forma más o menos grave, la facultad de poseer la vivienda familiar que corresponde al titular de la misma, y éste se vería compelido a procurarse otra vivienda.

3.3. Uniones de hecho sin hijos económicamente dependientes.

Corresponde ahora analizar el supuesto de que la unión de hecho no haya tenido hijos, o sean éstos económicamente independientes, en cuyo caso la atribución del uso de la vivienda familiar se realizará atendiendo a consideraciones que nada tienen que ver con la guarda y custodia de los hijos.

3.3.1. La inaplicación, a este supuesto, del art. 96.III CC.

La primera cuestión que surge, y sobre la que no existen dudas, es si cabe la aplicación analógica a este supuesto de la solución contenida en el art. 96.III CC: esto es, la atribución del uso de la vivienda al conviviente no titular, durante el tiempo que “prudencialmente se fije” y por ser su interés “el más necesitado de protección”. Como ya hemos tenido ocasión de explicar, a las uniones de hecho no les resultan aplicables, con carácter general, las reglas del matrimonio⁵³⁰, de suerte que no es posible aplicar analógicamente el art. 96.III CC para decidir el destino de la vivienda familiar una vez cesa la convivencia⁵³¹.

⁵³⁰ Sin perjuicio de que en determinados supuestos así proceda, como en el caso de la aplicación analógica del art. 96.I CC, con fundamento en la imposibilidad de discriminación por razón de filiación (*ex arts. 14 CE y 108.II CC*).

⁵³¹ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿siempre en precario? ¿Siempre sin aplicar el art. 96 CC? Comentario a la Sentencia del TS de 6 octubre 2011 (RJ 2011, 6708)”, cit., pp. 600 y ss.; DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., pp. 3419-3420; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, cit., p. 292; GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1996”, *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 411-412; GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: “¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?”, cit., p. 339.

En contra, CRESPO MORA, M^a. DEL C.: “Ruptura de la unión de hecho: aplicación analógica de las normas sobre crisis matrimonial. Comentario a la STS de 27 marzo 2001 (RJ 2001, 4770)”, cit., pp. 520-521; y MARÍN LÓPEZ, M. J.: “Artículo 96 CC”, cit., p. 205, quien parece admitir la aplicación a las uniones de hecho de los criterios establecidos en el art. 96 CC con base en las SSTS núm. 212/1998, de 10 de marzo (RJ 1998, 1272); y núm. 327/2001, de 27 de marzo (RJ 2001, 4770). También parece manifestarse a favor, o al menos, no oponerse, a la aplicación de la solución contenida en el art. 96.III CC a las uniones de hecho, RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Comentario a la STS de 10 de marzo de 1998”, cit., p. 873.

En otro orden de ideas, DE VERDA se plantea si sería posible que el legislador estatal pudiera extender imperativamente la solución contenida en el art. 96.III CC (atribuir el uso de la vivienda al cónyuge no titular cuando su interés fuera el más necesitado de protección) al caso de la convivencia *more uxorio*. Desde luego, y como explica con acierto (p. 3420), ello no es posible a la luz de la doctrina contenida en la STC (Pleno) núm. 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93), que,

A nuestro juicio, la posibilidad de aplicar analógicamente el art. 96.III CC podría dar lugar, *de facto*, a situaciones contrarias al principio de libre desarrollo de la personalidad contenido en el art. 10.1 CE. Nos referimos al supuesto en el cual el conviviente titular de la vivienda tuviera que prolongar la duración de su unión, en contra de su voluntad, por la posibilidad de que la ruptura conllevara su abandono de la vivienda familiar, por encontrarse el otro conviviente en una situación merecedora de una mayor tutela por parte de los tribunales⁵³².

En la jurisprudencia, la cuestión suscitó dudas en sus inicios [sobre todo con las SSTS núm. 1085/1996, de 16 de diciembre (RJ 1996, 9020); y núm. 212/1998, de 10 de marzo (RJ 1998, 1272)], si bien parece actualmente superada.

Así, la STS núm. 1085/1996, de 16 de diciembre (RJ 1996, 9020), confirmó las resoluciones de instancia que habían atribuido a la conviviente el uso por tiempo de dos años de la vivienda familiar. No obstante, realiza la aplicación sobre la base del art. 96.III CC, porque los hijos que convivían con los miembros de la pareja eran exclusivamente de la mujer, y no comunes (y, en consecuencia, no podía aplicar el art. 96.I CC).

Dice sobre la cuestión el Supremo que “la vivienda familiar es el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos. De aquí, que las normas que sobre el uso de la vivienda familiar, contiene el Código Civil en relación con el

recordemos, declaró inconstitucional, por vulnerar el principio del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), diversos preceptos de la Ley navarra de parejas de hecho que establecían su aplicación imperativa a convivientes que cumplieran ciertos requisitos (convivencia ininterrumpida durante un determinado periodo de tiempo, o existencia de descendencia común), con independencia de la voluntad real de éstos de someterse, o no, a dicha norma.

⁵³² V. a este respecto las reflexiones de GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: “¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?”, cit., p. 339, para quien “si la ley ordenase la aplicación de la regla del artículo 96.3 C.c. a las uniones libres, podría estar poniéndose en peligro la libre ruptura de tales uniones”.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LOS CASOS DE CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

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 aquéllas valen también en este último caso. Así, el artículo 96 del Código Civil párrafo tercero, permite, integrado con el artículo 4º.1, una solución como la adoptada por ambas sentencias de instancia”⁵³³.

Desde luego, a nuestro modo de ver, la solución alcanzada es insostenible desde un punto de vista jurídico⁵³⁴. Al no ser los hijos comunes a ambos convivientes (eran sólo de la mujer), el Supremo no podía resolver la cuestión aplicando el art. 96.I CC. Ahora bien, en lugar de optar por compensar el sacrificio de la conviviente (había dejado su vivienda para irse a vivir con su ex pareja, y también su trabajo) mediante el recurso a otras fórmulas más lógicas (por ejemplo, acudiendo al principio de prohibición de enriquecimiento injusto), el Supremo confirma la resolución de instancia, que le había otorgado el uso de la vivienda familiar, propiedad exclusiva del conviviente, por un tiempo de dos años.

Posteriormente, la STS núm. 212/1998, de 10 de marzo (RJ 1998, 1272), trató de superar la doctrina contenida en la anterior STS núm. 1085/1996, de 16 de diciembre (RJ 1996, 9020), si bien, a nuestro juicio, contribuyó a aumentar la confusión. Y es que, el Supremo, tras reconocer la imposibilidad de aplicar la normativa del matrimonio a las uniones de hecho, y, por tanto, descartar que pueda ser aplicable el art. 96.III CC, acaba concediendo el uso de la vivienda familiar de forma temporal a la conviviente en base a lo que denomina “principio de protección del conviviente perjudicado”. A nuestro juicio, y aunque el Supremo señale que no es aplicable el art. 96.III CC (dice que no lo es “ni directamente ni por analogía”), entendemos que está haciendo una aplicación

⁵³³ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Comentario a la STS de 10 de marzo de 1998”, cit., pp. 876-877, llama la atención sobre las razones ofrecidas por la sentencia para aplicar analógicamente el art. 96.III CC a las uniones de hecho: “la necesidad de vivienda y las funciones que ésta desempeña en la vida de la persona y la familia es idéntica para la pareja casada que para la no casada, y hay «identidad de razón» en un caso y otro para la atribución de la vivienda a un miembro de la pareja, casada o no (es decir, la justificación fáctica y vivencial es idéntica)”.

⁵³⁴ En este sentido se pronuncia CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿siempre en precario? ¿Siempre sin aplicar el art. 96 CC? Comentario a la Sentencia del TS de 6 octubre 2011 (RJ 2011, 6708)”, cit., p. 601, para quien, aunque desde un punto de vista material la solución pueda parecer justa, está “mal fundada jurídicamente”.

indirecta del precepto, en la medida en que trae a colación, en sede de uniones de hecho, un principio equivalente al del cónyuge más necesitado de protección contenido en el art. 96.III CC⁵³⁵.

En cualquier caso, la doctrina de estas dos sentencias ha sido ya superada por la contenida en sentencias posteriores del propio Tribunal Supremo, que han excluido la aplicación por analogía *legis* de normas propias del matrimonio a las uniones de hecho⁵³⁶. Así, y respecto del uso de la vivienda familiar, es importante la STS núm. 690/2011, de 6 de octubre (RJ 2011, 6708), que, en punto a dicho extremo, afirmó que “Al descartarse la aplicación por analogía de las normas sobre disolución del matrimonio, únicamente si la concreta ley aplicable a la relación lo prevé, o bien ha habido un pacto entre los convivientes, se aplicará la correspondiente solución que se haya acordado. En el Código civil no existen normas reguladoras de esta situación por lo que es excluible aplicar por analogía lo establecido en el art. 96 CC, que exige el matrimonio, porque está regulando la atribución del domicilio tras el divorcio”.

Para finalizar este apartado, resta realizar un apunte de Derecho comparado. En Italia, la posibilidad de permitir continuar en el uso de la vivienda al cónyuge más perjudicado económicamente por la ruptura es negada en la doctrina⁵³⁷, habida cuenta que no existe una norma similar a la contenida en el art. 96.III CC.

⁵³⁵ También lo entienden así DEL OLMO GUARIDO, N.: “La atribución judicial de la vivienda familiar en los supuestos de ruptura de las uniones de hecho. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª.) de 10 de marzo de 1998”, cit., p. 169, quien afirma que “pese a la alusión al principio de protección del conviviente perjudicado, parece que el Tribunal está aplicando el artículo 96.3 utilizando la analogía *legis*”; y RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Comentario a la STS de 10 de marzo de 1998”, cit., p. 873, quien considera que, en el fondo, “se viene a aplicar el art. 96.3º CC, aunque no se quiera o no se diga”.

⁵³⁶ V. a este respecto STS (Pleno) núm. 611/2005, de 12 de septiembre (RJ 2005, 7148); y SSTS núm. 1048/2006, de 19 de octubre (RJ 2006, 8976); núm. 240/2008, de 27 de marzo (RJ 2008, 4062); o núm. 690/2011, de 6 de octubre (RJ 2011, 6708).

⁵³⁷ En este sentido, CARAPEZZA FIGLIA, G. y DE VERDA BEAMONTE, J. R.: “Interessi rilevanti nell’assegnazione della casa familiare. Un confronto tra le esperienze spagnola e italiana”, *Dir. fam. pers.*, fasc. 1, 2013, p. 287; CLARIZIA, O.: “Assegnazione della casa familiare e tutela possessoria nella cessazione della convivenza non matrimoniale”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015, pp. 448-449; ÍD.: “Assegnazione della casa familiare e tutela possessoria nella cessazione della convivenza non matrimoniale”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LOS CASOS DE CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

Sin embargo, el tenor literal del art. 337 *sexies* CCI (“El uso de la casa será atribuido teniendo en cuenta prioritariamente los intereses de los hijos”), así como el del derogado art. 155 *quater* CCI, que contenía la regulación de la materia antes de la reforma, y el del inciso primero del art. 6.6 de la Ley núm. 898/1970, de 1 de diciembre (en ambos casos, dando preferencia en el uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio), ha llevado a un sector de la doctrina a entender que el hecho de dar prioridad⁵³⁸ a los intereses de los hijos no excluye la posibilidad de que el uso de la vivienda familiar pueda atribuirse al cónyuge más necesitado de protección en ausencia de hijos económicamente dependientes, suponiendo, de este modo, una prestación *in natura* de la pensión compensatoria⁵³⁹. Esta interpretación encuentra también respaldo

successioni e della famiglia», 4, Napoli, 2016, pp. 207-208; DE FILIPPIS, B.: “Affidamento condiviso: contenuti e problematiche giuridiche”, cit., pp. 144-145; FREZZA, G.: *I luoghi della famiglia*, cit., pp. 133 y ss.; GALLUZZO, S. A. R.: *Famiglia e minori: Percorsi di diritto e giurisprudenza*, cit., p. 268; GIACOBBE, G. y VIRGADAMO, P.: *Il matrimonio. Tomo secondo: Separazione personale e divorzio*, cit., p. 286; MOLINARO, I.: “Le novità introdotte dalla Legge 54/2006. Affidamento condiviso ed eventuale doppia residenza del figlio”, en BELLANOVA, L., DE FILIPPIS, B., FIORILLO, L., GIANNATTASIO, F., MEA, R., MOLINARO, I., PALADINI, M., y SCARPA, A.: *L’assegnazione della casa coniugale nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, Milano, 2010, p. 41; SCARPA, A.: “Casa in comproprietà tra i coniugi o di proprietà esclusiva del coniuge non assegnatario”, en BELLANOVA, L., DE FILIPPIS, B., FIORILLO, L., GIANNATTASIO, F., MEA, R., MOLINARO, I., PALADINI, M., y SCARPA, A.: *L’assegnazione della casa coniugale nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, Milano, 2010, p. 48.

⁵³⁸ En este sentido, se afirma que atender al interés de los hijos “prioritariamente” no equivale a considerar ese criterio de modo exclusivo a la hora de realizar la atribución del uso de la vivienda familiar. De haber querido atender únicamente al interés de los hijos, el tenor del precepto establecería “exclusivamente”, y no “prioritariamente”.

⁵³⁹ FERRANDO, G.: “L’assegnazione della casa familiare”, cit., p. 113, explica que la ambigua formulación del art. 155 *quater* CCI (actual art. 337 *sexies* CCI) sugiere una lectura alternativa. En concreto, el uso del adverbio “prioritariamente” da a entender que sobre el uso de la vivienda familiar recaen una pluralidad de intereses, de los cuales el que debe prevalecer es el de los hijos económicamente dependientes. Ahora bien, en el caso concreto, el juez puede valorar otros criterios, como por ejemplo la necesidad habitativa del cónyuge débil, pudiendo ser tenido en cuenta para realizar la atribución en los casos en que no existan hijos económicamente dependientes.

V. también en este sentido ARCERI, A.: “Dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi”, cit., pp. 583-586; ANDREOLA, E.: “Oneri tributari e pesi economici connessi all’assegnazione della casa familiare”, *Riv. dir. trib.*, fasc. 9, 2010, p. 941; AULETTA, T.: “Art. 155 *quater*”, cit., pp. 728-729; BONILINI, G.: *Nozioni di diritto di famiglia*, cit., p. 118; CONTIERO, G.: *L’assegnazione della casa coniugale. Separazione, divorzio, convivenza more uxorio*, cit., pp. 56-58; CUBEDDU, M. G.: “I contributi e gli assegni di separazione e divorzio”, en FERRANDO, G. (dir.): *Il nuovo diritto di famiglia (I): Matrimonio, separazione e divorzio*, Torino, 2007, p. 858; DI NARDO, M.: “Attribuzione giudiziale della casa familiare al coniuge non affidatario della prole”, *Nuova giur. civ. comm.*, I, 1988, p. 127; FERRANDO, G.: “L’assegnazione della casa familiare”, cit., p. 108; FIORILLO, L.: “Inquadramento giuridico dell’istituto”, cit., p. 22; GIACOBBE, E.: “L’assegnazione della casa coniugale tra separazione e divorzio”, *Rass. dir. civ.*, I, 1990, p. 138; JANNARELLI, A.: “L’assegnazione della «casa familiare» nella separazione personale dei coniugi”,

en el segundo inciso del art. 6.6 de la Ley núm. 898/1970, de 1 de diciembre, según el cual “al objeto de la atribución [del uso de la vivienda familiar] el juez deberá valorar las condiciones económicas de los cónyuges y las razones de la decisión y favorecer al cónyuge más débil”.

Con todo, y a pesar de existir inicialmente una tendencia favorable de la jurisprudencia hacia esta postura⁵⁴⁰, las sentencias más recientes han optado por entender que “Tanto el vigente art. 155 *quater* CCI, en tema de separación, como el art. 6 de la Ley núm. 898 de 1970 [en tema de divorcio] subordinan la posibilidad de adoptar una resolución judicial de atribución del uso de la vivienda familiar a la presencia de hijos, menores o mayores de edad no autosuficientes que convivan con el cónyuge usuario”⁵⁴¹. Si la razón de la atribución del uso de la vivienda familiar reside, exclusivamente, en la protección de la descendencia no autosuficiente, en el supuesto de

cit., c. 1382; LUMINOSO, A.: “Spunti in tema di assegnazione della casa coniugale”, cit., p. 829; MASCIA, K.: “La casa familiare”, cit., p. 207; MORACE PINELLI, A.: *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 251 y 258; QUADRI, E.: “Assegnazione della casa coniugale e tutela del coniuge più debole”, *Nuova giur. civ. comm.*, I, 1992, p. 237.

La mayoría de estos autores, con todo, reconocen que esta medida excepcional debe tener una temporalidad limitada, dirigida al objeto de que mejore la situación económica (o de salud) del cónyuge más débil.

En fin, sobre la posibilidad de que los cónyuges acuerden que la vivienda familiar sea usada por el más débil tras la separación, v. BALTI, A.: “Sull’assegnazione consensuale della casa familiare in assenza di prole e sul diritto del coniuge non assegnatario all’indennità di occupazione”, *Dir. fam. pers.*, fasc. 3, 2013, pp. 939 y ss.

⁵⁴⁰ V., así, Cass., 18 diciembre 1978, núm. 6037; Cass., 19 junio 1980, núm. 3900, en *DeJure online*; Cass., 31 enero 1986, núm. 624, en *DeJure online*; Cass., 15 mayo 1993, núm. 5567, en *DeJure online*; Cass., 7 julio 1997, núm. 6106, en *DeJure online*; Cass., 28 enero 1998, núm. 822, en *DeJure online*; Cass., 12 enero 2000, núm. 266, en *DeJure online*; Cass., 23 febrero 2000, núm. 2070, en *DeJure online*; o Tribunale di Viterbo 12 octubre 2006, en *DeJure online*.

⁵⁴¹ V. a este respecto Cass., Sez. Un., 28 octubre 1995, núm. 11297, en *DeJure online*; Cass., 7 julio 2000, núm. 9073, en *DeJure online*; Cass., 18 septiembre 2001, núm. 11696, en *DeJure online*; Cass., 9 septiembre 2002, núm. 13065, en *DeJure online*; Cass., 17 enero 2003, núm. 661, en *DeJure online*; Cass., 28 marzo 2003, núm. 4753, en *DeJure online*; Cass., 18 septiembre 2003, núm. 13747, en *DeJure online*; Cass., 6 julio 2004, núm. 12309, en *DeJure online*; Cass., 26 enero 2006, núm. 1545, en *DeJure online*; Cass., 2 febrero 2006, núm. 2338, en *DeJure online*; Cass., 13 febrero 2006, núm. 3030, en *DeJure online*; Cass., 22 marzo 2007, núm. 6979, en *DeJure online*; Cass., 16 mayo 2007, núm. 11305, en *DeJure online*; Cass., 23 noviembre 2007, núm. 24407, en *DeJure online*; Cass., 14 diciembre 2007, núm. 26476, en *DeJure online*; Cass., 18 febrero 2008, núm. 3934, en *DeJure online*; Cass., 23 abril 2008, núm. 10558, en *DeJure online*; Cass., 28 enero 2009, núm. 2184, en *DeJure online*; Cass., 17 julio 2009, núm. 16802, en *DeJure online*; Cass., 21 enero 2011, núm. 1491, en *DeJure online*; Cass., 16 septiembre 2011, núm. 18992, en *DeJure online*; Cass., 30 marzo 2012, núm. 5174, en *DeJure online*; Cass., 8 agosto 2013, núm. 18979, en *DeJure online*; Cass., 20 agosto 2014, núm. 18076, en *DeJure online*.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LOS CASOS DE CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

ausencia de hijos no habría ningún motivo que justificase el sacrificio injustificado del derecho de propiedad del cónyuge titular o cotitular no usuario⁵⁴².

En cualquier caso, y como ocurre en el ordenamiento jurídico español, pocas dudas (o mejor dicho, ninguna) existen en el país transalpino en torno a la imposibilidad de atribuir el uso de la vivienda familiar al conviviente más necesitado de protección. Como hemos visto, la atribución del uso de la vivienda familiar no está contemplada en el CCI para las uniones matrimoniales que se rompen (y tampoco ha sido admitida por la jurisprudencia), por lo que, con mayor razón, tampoco podrá atribuirse el uso al conviviente más débil de la unión extramatrimonial que quiebra⁵⁴³.

3.3.2. Los pactos alcanzados por los convivientes.

Habida cuenta la imposibilidad de aplicar analógicamente el art. 96.III CC al supuesto de convivientes sin descendencia común, cabe plantearse por qué vías puede regularse aquí el destino de la vivienda familiar tras la cesación de la convivencia.

Como no podía ser de otra forma, la primera fuente de regulación de dicho destino es la autonomía privada de los convivientes. Serán los pactos alcanzados por éstos, bien con anterioridad al inicio de la convivencia, bien durante la misma, bien producida la ruptura, los que regirán las cuestiones económicas⁵⁴⁴. Dichos pactos pueden tener cualquier contenido deseado por las partes (siempre que éste no sea limitativo de la igualdad de derechos que corresponden a cada conviviente o gravemente perjudicial para uno de ellos⁵⁴⁵), con el único límite del respeto a la ley, a la moral y al

⁵⁴² CARAPEZZA FIGLIA, G. y DE VERDA BEAMONTE, J. R.: “Interessi rilevanti nell’assegnazione della casa familiare. Un confronto tra le esperienze spagnola e italiana”, cit., p. 287.

⁵⁴³ DE FILIPPIS, B.: “La crisi della famiglia non matrimoniale: Assegnazione della casa in assenza di figli”, en DE FILIPPIS, B., DE FILIPPIS, R., DI MARCO, G., LINDA LETTIERI, A., STARITA, V., ZAMBRANO, V.: *La separazione nella famiglia di fatto*, CEDAM, 2ª ed., Padova, 2014, pp. 156.

⁵⁴⁴ ÁLVAREZ LATA, N.: “Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencial”, cit., p. 35; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Efectos económicos derivados de la ruptura de uniones de hecho”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coord.): *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Monografía asociada a “Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, núm. 28”, Cizur Menor, 2012, pp. 302-306.

⁵⁴⁵ En este sentido, v. art. 4.2 Ley núm. 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables (Baleares); art. 6.3 Ley núm. 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura (Extremadura); art. 8.3 Ley de Cantabria núm. 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de

orden público⁵⁴⁶. Asimismo, no precisan especiales requisitos de forma, pudiendo constar, bien en documento privado, escritura pública, o, incluso, ser meramente verbales⁵⁴⁷.

En cuanto a la capacidad de los convivientes para celebrar los pactos, será suficiente con poseer capacidad general para contratar, que en nuestro ordenamiento jurídico se adquiere con la mayoría de edad (art. 322 CC). Más problemas plantea el supuesto de la capacidad de los menores de edad emancipados. Desde luego, la convivencia estable con otra persona es una clara causa de emancipación (art. 319 CC), y, por efecto de ésta, el menor emancipado podrá regir su persona y sus bienes como si fuera mayor de edad (art. 323.I CC). Por tanto, podrá también celebrar pactos que rijan las cuestiones económicas de su convivencia⁵⁴⁸, con las limitaciones establecidas en el art. 323.I CC.

Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria (Cantabria); Disposición Adicional Tercera, punto 3, de la Ley núm. 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (Galicia); arts. 231-20.3 y 5 en relación con el art. 234-5 CCCat. (2010) (Cataluña); y art. 307.1 CDFA (2011) (Aragón).

⁵⁴⁶ CANTERO NÚÑEZ, F. J.: “Uniones de hecho”, cit., p. 396; DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., p. 3420; DEL OLMO GUARIDO, N.: “La atribución judicial de la vivienda familiar en los supuestos de ruptura de las uniones de hecho. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª.) de 10 de marzo de 1998”, cit., p. 162.

⁵⁴⁷ Así lo dispone la legislación autonómica existente, en la que, por regla general, no se exige documento público para la validez de los pactos alcanzados por los convivientes. V. en este sentido los siguientes preceptos: art. 5.1 Ley foral núm. 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (Navarra); art. 4.1 Ley núm. 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables (Balears); art. 5.1 Ley del Principado de Asturias núm. 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables (Asturias); art. 7.1 Ley núm. 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias (Canarias); art. 5.1 Ley núm. 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (País Vasco). Tampoco se exigía en el recientemente derogado art. 7.1 Ley núm. 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana (Comunidad Valenciana).

Respecto de las legislaciones autonómicas que exigen que los pactos alcanzados consten en documento público para su validez, v. nuestra crítica en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Efectos económicos derivados de la ruptura de uniones de hecho”, cit., pp. 303-305 (nota al pie 681).

⁵⁴⁸ En algunas leyes autonómicas sobre uniones de hecho basta, a efectos de constituir pareja estable y, en consecuencia, de poder otorgar pactos de contenido patrimonial que regulen la convivencia, que los convivientes sean menores emancipados. Así, puede verse el art. 2.1 (en relación con el 5) de la Ley foral núm. 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (Navarra); art. 2.1 (en relación con el 4) de la Ley núm. 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables (Balears); art. 2.1.a), interpretado a contrario, de la Ley núm. 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid (Madrid); art. 3.1 (en relación con el 5) de la Ley del Principado de Asturias núm. 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables (Asturias); art. 3.2.a), interpretado a contrario (en relación con el 10), de la Ley núm. 5/2002, de 16 de diciembre, de

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LOS CASOS DE CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

En otro orden de ideas, la posibilidad de prever el uso de la vivienda familiar en el pacto de relaciones familiares que pueden otorgar los convivientes para el caso de cese de la convivencia se establece en los arts. 77.2.c) CDFA; 4.2.c) de la Ley Valenciana núm. 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven; o 4.2 en relación con el 5.2.c) de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. Asimismo, el art. 234-5 CCCat. prevé la posibilidad de otorgar pactos que regulen los efectos de la extinción de las parejas estables, remitiendo en cuanto a su contenido a lo dispuesto en el art. 231-20⁵⁴⁹, relativo a los pactos en previsión de una ruptura matrimonial.

Parejas de Hecho (Andalucía); art. 2.1.a), interpretado a contrario (en relación con el 7), de la Ley núm. 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias (Canarias); art. 3.1.a), interpretado a contrario (en relación con el 6), de la Ley núm. 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura (Extremadura); art. 2.I (en relación con el 5) de la Ley núm. 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (País Vasco); art. 4.4.a), interpretado a contrario (en relación con el 8), de la Ley de Cantabria núm. 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria (Cantabria); art. 234-2.a), interpretado a contrario (en relación con el 234-3 CCCat. (2010) (Cataluña).

Sin embargo, hay dos leyes autonómicas que prohíben a los menores de edad emancipados constituir una pareja estable. Por orden cronológico, la primera en hacerlo fue la Disposición Adicional Tercera de la Ley núm. 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (Galicia), cuyo art. 2 afirma que “Tendrán la condición de parejas de hecho las uniones de dos personas mayores de edad, capaces [...]”. En el mismo sentido se pronuncia el art. 303 CDFA, al afirmar que “Se consideran parejas estables no casadas, a efectos de este Código, las formadas por personas mayores de edad [...]”. En fin, también exigía que los convivientes fueran mayores de edad el art. 1.1 de la antigua Ley catalana núm. 10/1998, de uniones estables de pareja.

En relación con esta prohibición, LLEBARÍA SAMPER, S.: “Planificación y conflictividad patrimonial en la pareja de hecho”, cit., p. 1164, no se explica cómo el menor emancipado tiene capacidad para emitir el consentimiento matrimonial, pero no para formar una pareja de hecho, salvo que se busque la explicación a esta situación en el hecho de que la mayor atipicidad de la unión de hecho, “y, en consecuencia, un posible mayor uso de la autonomía privada, pudiera abocarle a situaciones arriesgadas que, para el legislador, es mejor prevenir que curar. Es decir, más sencillo prohibir que corregir”.

⁵⁴⁹ Del régimen contenido en este precepto podemos extraer las siguientes reglas. En primer lugar, los pactos han de constar en escritura pública (arts. 231-20.1 y 234-5 CCCat.). Es de destacar, por otra parte, el importante papel del notario, quien, “antes de autorizar la escritura”, debe informar por separado a los convivientes sobre el alcance de los pactos (art. 231-20.2), que, como ya hemos tenido ocasión de insistir, en caso de que excluyan o limiten derechos deben ser recíprocos “y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia” (art. 231-20.3). Igualmente, al tiempo de otorgarse, los firmantes han de proporcionarse entre sí “información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto” (art. 231-20.4). Ahora bien, habida cuenta el lapso de tiempo que puede transcurrir entre el momento en el que el pacto se otorga y el momento en que ha de surtir efecto, el art. 231-20.5 contiene una previsión tuitiva del conviviente al que pueda afectar el

En cuanto al destino concreto de la vivienda familiar, entendemos que nada se opone a que el pacto pueda consistir en atribuir al conviviente más necesitado de protección el uso de aquella⁵⁵⁰. Y es que, una cosa sería que se aplicara a las uniones de hecho, por imperativo legal, la solución prevista en el art. 96.III CC, y otra bien distinta es que sean ellas las que, de *motu proprio*, asuman tal solución a la hora de regir el destino de la vivienda familiar.

3.3.3. La inexistencia de soluciones en las legislaciones autonómicas sobre uniones de hecho y relaciones familiares.

En ausencia de pactos, habrá que ver si a la unión de hecho le resulta aplicable (porque se haya sometido a ella voluntariamente) una legislación autonómica que contemple normas relativas a la atribución del uso de la vivienda familiar tras el cese de la convivencia en el caso de no existir hijos económicamente dependientes. En la práctica, como ahora explicaremos, en ningún caso será la legislación autonómica la que determine el destino de la vivienda familiar en ausencia de hijos económicamente dependientes.

cumplimiento, al disponer que “Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron”. El precepto contiene, por tanto, una manifestación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Sobre esta cuestión, PUIG BLANES, F. DE P.: “Art. 234-5. Pactos en previsión del cese de la convivencia”, en PUIG BLANES, F. DE P. y SOSPEDRA NAVAS, F. J. (coord.): *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo I (2ª ed.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, p. 437, afirma que para que entre en juego el art. 231-20.5 “es necesario que el cambio sea sustancial, pues se habla de un perjuicio grave, siendo además necesario que tal gravedad vaya asociada a una situación de desequilibrio muy grande atentatoria a las normas básicas de la equidad”.

⁵⁵⁰ FRANCISCO BATLLE, F. X.: “Convivència estable en parella”, en LUCAS ESTEVE, A. (dir.): *Dret Civil Català. Vol. II: Persona i família*, J. M. Bosch, Barcelona, 2012, p. 402.

En Italia, también lo entienden así DE FILIPPIS, B.: “La crisi della famiglia non matrimoniale: Assegnazione della casa in assenza di figli”, cit., p. 158; y FRANZONI, I.: “Le convenzioni patrimoniali tra conviventi *more uxorio*”, en *Famiglia e matrimonio*, tomo II [dentro de la más amplia obra AA.VV.: *Il diritto de famiglia* (Trattato diretto da G. BONILINI e G. CATTANEO, continuato da G. BONILINI), UTET, 2ª ed., Torino, 2007, pp. 531 y ss. Este último autor considera, en este sentido, que es posible un pacto entre los convivientes que reproduzca algunos de los efectos del matrimonio entre los cónyuges.

En contra, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿siempre en precario? ¿Siempre sin aplicar el art. 96 CC? Comentario a la Sentencia del TS de 6 octubre 2011 (RJ 2011, 6708)”, cit., p. 602.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LOS CASOS DE CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

Ello es así, de un lado, porque las leyes autonómicas de uniones de hecho tradicionalmente no han contemplado previsiones acerca de este supuesto⁵⁵¹, sino que se han limitado a regular la forma y el alcance del contenido del que se puede dotar a los pactos. La explicación a esta situación probablemente haya que buscarla en el hecho de que la mayoría de Comunidades Autónomas carecen de competencia para legislar en materia civil⁵⁵², por estar esta materia reservada a la competencia exclusiva del Estado en virtud del art. 149.1.8ª CE. De hecho, no hace mucho tiempo, el Tribunal Constitucional, en su STC (Pleno) núm. 81/2013, de 11 de abril (RTC 2013, 81), declaró inconstitucionales los arts. 4⁵⁵³ y 5⁵⁵⁴ de la Ley núm. 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid (Madrid), por contener efectos jurídicos que equiparaban a los convivientes a las personas unidas por vínculo matrimonial, vulnerando de esta forma la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil. A este respecto, cabe recordar que la Comunidad Autónoma madrileña no tiene atribuida competencia en esta materia⁵⁵⁵.

⁵⁵¹ Así lo constata PLANES MORENO, M^a. D.: “Uniones de hecho y relaciones paterno-filiales”, cit., pp. 102-104, quien realiza un repaso sobre las reglas existentes en algunas de dichas leyes autonómicas de uniones de hecho relativas a la exigencia de consentimiento del otro conviviente, o, en su defecto, de autorización judicial, al objeto de disponer de la vivienda familiar.

⁵⁵² Sobre esta cuestión ya alertó PLANES MORENO, M^a. D.: “Uniones de hecho y relaciones paterno-filiales”, cit., pp. 104-110, advirtiendo el problema de las leyes autonómicas de uniones de hecho dictadas por Comunidades Autónomas sin competencia en materia civil, o excediendo el ámbito de ésta.

⁵⁵³ En concreto, el art. 4.2 disponía que “Los pactos a que se refiere el número anterior podrán establecer compensaciones económicas cuando, tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes con relación a la posición del otro que implique un empeoramiento respecto a la situación anterior. Tales compensaciones habrán de tomar en consideración las mismas circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código Civil”. Por otro lado, el art. 4.3 es muy similar en su formulación al art. 1438 CC, al establecer que “A falta de pacto se presumirá, salvo prueba en contrario, que los miembros de la unión contribuyen equitativamente al sostenimiento de las cargas de ésta en proporción a sus recursos”.

⁵⁵⁴ El art. 5, por su parte, es meramente instrumental del art. 4, al referirse a la inscripción de los pactos contemplados en dicho precepto.

⁵⁵⁵ A la hora de abordar el problema, el Tribunal Constitucional examina en primer lugar la naturaleza de las previsiones contenidas en el art. 4, para posteriormente analizar si la Comunidad Autónoma de Madrid tiene atribuida competencia para legislar en materia civil. Finalmente, declara la inconstitucionalidad del art. 5 por su dependencia del art. 4.

Dice así, sobre el carácter civil de las reglas contenidas en el art. 4, que “Examinando ya lo dispuesto en el art. 4 es evidente que describe determinadas prescripciones que han de observar los pactos suscritos por los integrantes de la unión de hecho dirigidos a regir sus relaciones económicas y patrimoniales, tanto constante la convivencia como con ocasión de su cese. Alude así al posible contenido de los pactos, sus límites y efectos, la eventual fijación de una compensación económica y su necesaria sujeción a las circunstancias previstas en el art. 97 del Código civil, así como al sostenimiento de las cargas de la unión de hecho y las consecuencias negativas que, en su caso, pudieran derivarse de sus eventuales contenidos. Es claro, entonces que el precepto, aun cuando

Más recientemente, la STC (Pleno) núm. 110/2016, de 9 de junio (JUR 2016, 138634), ha estimado en parte el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno (núm. 4522/2013) contra la Ley núm. 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana, con lo que ha anulado parcialmente su

solamente sea para las parejas que se hayan inscrito voluntariamente en el registro (art. 1.1), contempla un régimen normativo generador de obligaciones económicas derivadas de dicha situación de hecho que pertenece al ámbito de las relaciones jurídico-privadas de los miembros de la unión de hecho”.

Añade en este sentido el alto tribunal que “El problema constitucional que la regulación descrita plantea es que -como no podía ser de otro modo, atendiendo a la finalidad que persigue- dicho efecto se inserta de lleno en el ámbito de las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho, teniendo, por tanto, una naturaleza propia de la materia regulada por el Derecho civil. El aludido carácter civil de la regulación que examinamos se ratifica si se tienen en cuenta que determinadas previsiones de este precepto no son sino trasunto de reglas equivalentes contenidas en el Código civil. Así, el art. 4.2 remite expresamente a la regulación de la pensión compensatoria en casos de separación o divorcio establecida en el art. 97 del Código civil, mientras que la presunción del art. 4.3 recuerda en su semejanza al art. 1438 del Código civil, relativo al régimen económico matrimonial de separación de bienes. Por su parte, la necesidad de que los pactos consten en escritura pública del art. 4.1 o las limitaciones a los pactos del art. 4 no son sino traslación de lo dispuesto en los arts. 1327 y 1328 del Código civil”.

En relación con la falta de competencia de la Comunidad Autónoma de Madrid para legislar en esta materia, explica el Tribunal Constitucional que “Las consecuencias del examen de esta regulación desde la perspectiva del orden constitucional de distribución de competencias son claras, pues ya tenemos declarado que las regulaciones relativas a las relaciones *interprivatos* constituyen reglas de Derecho privado encuadrables en la materia de legislación civil [STC 28/2012, de 1 de marzo (RTC 2012, 28), FJ 5], relaciones *interprivatos* en las que, indudablemente se integran los pactos de contenido económico y patrimonial a los que se refieren estos preceptos. En dicha materia el Estado ostenta, conforme al primer inciso del art. 149.1.8 CE, la competencia exclusiva sobre «legislación civil; sin perjuicio de la conservación, modificación o desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan». Esta última circunstancia, la previa existencia de un Derecho civil foral o especial, no concurre en el caso de la Comunidad de Madrid, cuyo Estatuto de Autonomía no recoge mención alguna a competencias autonómicas en este ámbito”.

Y concluye el Constitucional: “Por tanto, como quiera que la Comunidad de Madrid no ostenta competencias sobre Derecho civil foral o especial, la regulación del art. 4 de la Ley 11/2001 se sitúa extramuros de sus facultades legislativas y vulnera las competencias del Estado, tal como las mismas se establecen en el art. 149.1.8 CE, debiendo ser declarado, por ello, inconstitucional y nulo”.

Respecto del art. 5, el alto tribunal basa su inconstitucionalidad, como ya hemos dicho, en el carácter accesorio que tiene respecto del art. 4. Dice así que “Lo mismo sucede con el art. 5, que se halla íntimamente conectado con aquél, hasta el punto de que tiene su razón de ser en lo que dispone el precepto anterior, pues se trata de una norma meramente procedimental relativa a la inscripción en el registro de uniones de hecho de los pactos previstos en el art. 4. Razón por la cual el art. 5 ha de correr la misma suerte y procedente resulta declarar su inconstitucionalidad y nulidad”.

En la doctrina, v. el comentario a esta sentencia de COCA PAYERAS, M.: “Competencia legislativa civil, parejas de hecho, libre desarrollo de la personalidad e ilimitada autonomía de la voluntad”, cit., pp. 30-33. El autor afirma, con acierto, que la inconstitucionalidad de los arts. 4 y 5 deja a la Ley madrileña de uniones de hecho “reducida a un esqueleto normativo desprovisto de sustancia «civil»”.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LOS CASOS DE CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

contenido, dejando tan solo un armazón normativo sustraído de contenido civil⁵⁵⁶. En consecuencia, la Ley núm. 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana, sigue la misma suerte que la Ley núm. 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, que, como acabamos de ver, fue también declarada parcialmente inconstitucional por falta de competencia de dicha Comunidad para legislar en materia civil.

Junto a la falta de competencia para legislar en materia civil de ciertas Comunidades Autónomas, que ha limitado en gran medida las soluciones dispuestas en determinadas leyes autonómicas sobre uniones de hecho (hasta el punto de ser inexistentes las relativas a la atribución del uso de la vivienda familiar), hay que tener en cuenta también la imposibilidad de aplicar normas imperativas a los convivientes por el mero hecho de la convivencia ininterrumpida durante un determinado período de tiempo, tal y como señaló la STC (Pleno) núm. 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93).

Ahora bien, a nuestro juicio, nada habría impedido a las Comunidades Autónomas con competencia para legislar en materia civil promulgar normas sobre uniones de hecho que atribuyeran un derecho de uso al conviviente más desfavorecido y desprotegido tras la ruptura de la convivencia. Es decir, una cosa es admitir que no cabe aplicar en esta sede analógicamente el art. 96.III CC, y otra bien distinta que no quepa la posibilidad de que el legislador autonómico de uniones de hecho conceda un derecho

⁵⁵⁶ El Tribunal considera, así, inconstitucionales los preceptos de contenido civil al entender que exceden el margen de competencia que la Constitución atribuye a las Comunidades Autónomas para “la conservación, modificación y desarrollo” de los “derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan” (art. 149.18 CE). De esta forma, son declarados inconstitucionales, por falta de competencia de la Comunidad Valenciana para legislar en materia civil, los arts. 6 (“Efectos de la extinción de la unión de hecho formalizada”), 7 (“Libertad de regulación”), 8 (“Gastos comunes de la unión de hecho formalizada”), 9 (“Derecho de alimentos”), 10 (“Disposición de la vivienda habitual de la unión de hecho formalizada”), 11 (“Responsabilidad patrimonial”), 12 (“Ajuar doméstico y uso de la vivienda”), 13 (“Representación legal de la persona conviviente”) y 14 (“Derechos de la persona conviviente superviviente en la sucesión de la persona premuerta”) de la Ley. Como se observa, los citados artículos hacen referencia a los efectos civiles de las uniones de hecho formalizadas.

Junto a los anteriores, también son declarados inconstitucionales los siguientes artículos: a) el 1, parcialmente, en la medida en que tiene contenido civil el inciso que afecta a la regulación de “los derechos y deberes de quienes son miembros” de las uniones de hecho formalizadas; y b) el 2, por vulnerar el principio de territorialidad de las competencias.

Por otro lado, la sentencia se encarga de aclarar, en su F.J. 10º, que “el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE aconseja limitar los efectos de esta Sentencia”, de forma que únicamente tendrá efectos “pro futuro”, sin afectar a las “situaciones jurídicas consolidadas”.

similar al contenido en dicho precepto al conviviente más necesitado. Desde luego, creemos que dicha posibilidad debe existir, y resultará aplicable al concreto supuesto de hecho, siempre y cuando los convivientes se hubieran sometido voluntariamente al régimen contenido en la eventual ley autonómica, y no hubiesen otorgado un pacto que contradijera dicho hipotético derecho de uso al conviviente más necesitado⁵⁵⁷.

De lo que se trata, en definitiva, es de que esa aplicación del art. 96.III CC sea elegida libremente por los convivientes, y no impuesta por imperativo legal. Así, si una determinada ley autonómica que regulara esta cuestión optara por introducir una norma similar al art. 96.III CC, los convivientes únicamente se verían obligados a respetarla si se hubieran sometido voluntariamente a la aplicación de dicha normativa de forma expresa (y ello, siempre y cuando, claro está, no hubiesen otorgado un pacto que la contradijera); mientras que, si no quisieran someterse a ella, únicamente tendrían que otorgar pacto en sentido diverso, o, directamente, no realizar el trámite expreso necesario (inscripción, registro, etc.) para que le fuera de aplicación el régimen contenido en la eventual norma autonómica que contemplara tal derecho.

En otro orden de ideas, las leyes más recientes de relaciones familiares de progenitores con hijos a su cargo tampoco otorgan protección al miembro de la unión más necesitado tras la ruptura de la convivencia, ya que no regulan el supuesto de ruptura de progenitores sin hijos económicamente dependientes.

Así, en los arts. 234-8 CCCat.⁵⁵⁸, 81 CDFV, 6 de la Ley Valenciana núm. 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no

⁵⁵⁷ En cambio, y como ya dijimos adhiriéndonos a la opinión del prof. DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., p. 3420, no sería posible que el legislador estatal extendiera imperativamente la solución contenida en el art. 96.III CC (atribuir el uso de la vivienda al cónyuge no titular cuando su interés fuera el más necesitado de protección) al caso de la convivencia *more uxorio*, por oponerse ello a la doctrina contenida en la STC (Pleno) núm. 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93), que declaró inconstitucional, por vulnerar el principio del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), diversos preceptos de la Ley navarra de parejas de hecho que establecían su aplicación imperativa a convivientes.

⁵⁵⁸ Dice a este respecto FRANCISCO BATLLE, F. X.: “Convivència estable en parella”, cit., p. 402, que en caso de ausencia de hijos, no hay posibilidad de atribuir el uso de la vivienda familiar por resolución judicial en atención a la situación de necesidad de uno de los convivientes, y ello porque no se han trasladado al ámbito de las parejas estables los criterios conforme a los cuales el art. 233-

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LOS CASOS DE CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

conviven, y 12 de la Ley del País Vasco núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, no se atisba ningún criterio para decidir el uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos económicamente dependientes.

3.3.4. Las soluciones brindadas por la jurisprudencia a la hora de decidir el destino de la vivienda familiar: la constitución tácita de una comunidad de bienes sobre la vivienda en la que había tenido lugar la convivencia constante la unión.

A pesar de cuanto se ha dicho, en muchas de las ocasiones el destino de la vivienda familiar se tiene que dilucidar en los tribunales. El hecho de que no existan soluciones autonómicas que actúen en defecto de pacto, y la infrecuencia de éstos, conlleva la consecuencia de que los convivientes tengan que acudir a los tribunales para ventilar las cuestiones económicas correspondientes derivadas de la ruptura de su convivencia.

En efecto, lo cierto es que en la práctica no son frecuentes los pactos que prevean las consecuencias patrimoniales derivadas de la propia convivencia y de, en su caso, una eventual ruptura de la misma. A esta situación contribuyen, muy especialmente, la convicción de los convivientes de que su unión se va a prolongar *sine die* y el hecho de no querer regular, desde un punto de vista jurídico, su relación⁵⁵⁹. Y al hecho de que los convivientes no hayan otorgado pacto, hay que añadirle el no menos infrecuente supuesto en que, aun habiéndolo otorgado, éste no se cumpla voluntariamente⁵⁶⁰, en cuyo caso igualmente habrá de acudir a los tribunales.

20.3 prevé la atribución del uso de la vivienda al cónyuge por razón de su necesidad. De la misma opinión es PUIG BLANES, F. DE P.: “Art. 234-8. Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar”, en PUIG BLANES, F. DE P. y SOSPEDRA NAVAS, F. J. (coord.): *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo I (2ª ed.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, p. 443.

⁵⁵⁹ Como efectivamente dice CANTERO NÚÑEZ, F. J.: “Uniones de hecho”, cit., p. 400, “No resulta fácil imaginar que aquellas personas que huyen de los cauces típicos establecidos por el ordenamiento para la disciplina de una auténtica comunidad de vida, que rehúsan acudir a plasmar su compromiso ante el altar o ante el representante civil de la sociedad, acudan, en cambio, a un abogado o a un notario para que redacte un documento destinado a dotar de contenido jurídico a su relación”.

⁵⁶⁰ Hay que recordar que los pactos tienen “fuerza de ley” entre los convivientes, *ex art.* 1091 CC.

De entre las diversas medidas que los jueces han contemplado para proteger a los convivientes, destaca, en sede de vivienda familiar, la relativa a la constitución tácita de una comunidad de bienes que tiene por objeto la vivienda donde se ha desarrollado la convivencia⁵⁶¹. Así, la jurisprudencia ha admitido la aplicación del régimen de la comunidad de bienes cuando, faltando pacto, existen hechos y circunstancias (*facta concludentia*) que permiten pensar que la común voluntad de los convivientes era someterse a las normas de aquélla⁵⁶². Esta voluntad de los convivientes de hacer común la vivienda es un elemento fundamental para alcanzar tal solución, pues, *per se*, la mera convivencia *more uxorio* no “lleva aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes”, tal y como viene declarando la propia jurisprudencia⁵⁶³.

Una de las primeras sentencias en llegar a esta solución fue la STS núm. 975/1997, de 29 de octubre (RJ 1997, 7341). En el supuesto, la convivencia, de unos cinco años, había tenido lugar sobre una vivienda adquirida con fondos de una cuenta

⁵⁶¹ V. lo que ya dijimos, de forma más resumida, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Efectos económicos derivados de la ruptura de uniones de hecho”, cit., pp. 306-311.

⁵⁶² Desde luego, la inequívoca voluntad común de aplicar a la vivienda adquirida las normas de la comunidad de bienes es fundamental, pues, como advierte la STS núm. 5/2003, de 17 de enero (RJ 2003, 4), acudir a la consideración de una comunidad, cuyas cuotas se presumirían iguales (art. 393.II CC), “sería tanto como imponer a una convivencia «more uxorio» la normativa de una comunidad de gananciales o más bien, de una comunidad incluso más amplia que la ganancial (ni tampoco es ésta la solución que han dado las leyes de las Comunidades Autónomas que se han dictado sobre este tema) y presuponer una comunidad convencional (que no incidental) que nunca las partes quisieron establecer”.

Con anterioridad, ya había llegado a esta misma conclusión la STS de 21 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8589), la cual, a estos efectos, dispuso que “esta Sala entiende que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial («more uxorio»), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por su pacto expreso o por sus «facta concludentia» (aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común) los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos (suponemos que a título oneroso) durante la duración de la unión de hecho”.

⁵⁶³ V. a este respecto las SSTs de 21 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8589); núm. 790/1998, de 23 de julio (RJ 1998, 6131); o núm. 8/2001, de 22 de enero (RJ 2001, 1678), cuya doctrina fue seguida por, entre otras, las posteriores SSAP Sevilla núm. 333/2000, de 17 de abril (AC 2000, 2012); Toledo núm. 196/2000, de 18 de mayo (AC 2000, 1385); Toledo núm. 331/2000, de 13 de octubre (AC 2000, 2534); Zaragoza núm. 673/2000, de 7 de noviembre (AC 2001, 1492); Alicante núm. 289/2002, de 15 de mayo (JUR 2002, 188796); Valencia núm. 527/2004, de 22 de septiembre (AC 2004, 2045); La Rioja núm. 313/2004, de 11 de noviembre (AC 2004, 1946); Alicante núm. 83/2005, de 18 de febrero (AC 2005, 415); Cantabria núm. 255/2005, de 8 de julio (AC 2005, 1678); Burgos núm. 254/2007, de 19 de junio (JUR 2007, 365964); Granada núm. 257/2010, de 11 de junio (JUR 2011, 74207); y Toledo núm. 191/2014, de 5 de noviembre (JUR 2015, 61385).

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LOS CASOS DE CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

corriente bancaria a nombre de ambos convivientes. Dichos fondos habían sido aportados, igualmente, de forma indistinta por las dos partes⁵⁶⁴.

Por lo demás, la existencia de una comunidad de bienes expresa sobre la vivienda en la que ha tenido lugar la convivencia no impide que, al cesar ésta, el conviviente que mayor aportación haya realizado en orden a la adquisición de la vivienda pueda ser considerado acreedor de la comunidad. Así ocurrió en el caso resuelto por la STS núm. 40/2011, de 7 de febrero (RJ 2011, 1816), en el que el Supremo confirmó la sentencia de apelación, que, manteniendo vigente el pacto expreso sobre la igualdad de las cuotas, había reconocido un crédito a favor del demandado reconvinencial por haber aportado una cantidad mayor en la adquisición de la vivienda⁵⁶⁵.

Como se deduce de estas dos relevantes sentencias, el principal dato que examinan los tribunales a la hora de analizar si los convivientes pretendieron instaurar una comunidad de bienes tácita sobre la vivienda es el relativo a la existencia, o no, de una cuenta corriente bancaria conjunta, en la que ambos realizan ingresos periódicamente⁵⁶⁶. Partiendo de esta idea, vamos a analizar en los siguientes epígrafes los distintos escenarios que se pueden dar en la práctica.

⁵⁶⁴ A la hora de resolver la cuestión, señala el Supremo que “Otro problema [...], es el de la liquidación de los bienes adquiridos durante la convivencia «more uxorio» de la unión de hecho; y aquí sí que la mencionada sentencia es clarificadora cuando afirma que cuando cesa, con carácter definitivo -como es la actual situación-, la convivencia familiar surge la necesidad de la disolución y adjudicación de la cotitularidad compartida sobre los bienes comunales, sin que represente obstáculo eficiente el que la titularidad de todos o algunos de dichos bienes aparezca a favor de alguno de los componentes de la unión de hecho, debiéndose efectuar en posiciones igualitarias, y a la que se debe aplicar sin duda el régimen que establecen los artículos 392 y siguientes del Código Civil”.

⁵⁶⁵ Dice a este respecto el alto tribunal que “La sentencia recurrida no ha alterado la titularidad existente sobre el inmueble que tuvo la condición de vivienda familiar, sino que la mantiene expresamente y admite la petición subsidiaria del demandado/reconviniendo en el sentido que en el caso de mantenerse la distribución actual de las cuotas, se reconociera que ello ha generado un crédito a su favor por haber aportado mayores bienes para la adquisición de dicha vivienda. No se trata, por tanto, de que se haya alterado un pretendido pacto sobre igualdad de cuotas, porque claramente D^a Candelaria sigue siendo propietaria de la mitad del inmueble adquirido”.

⁵⁶⁶ V. a este respecto ESTRADA ALONSO, E.: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, cit., p. 187; y GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, cit., pp. 203-207.

A) La existencia de una comunidad de bienes tácitamente pactada: la cuenta corriente bancaria conjunta en la que ambos convivientes realizan aportaciones periódicas y con cargo a la cual se paga el precio de la vivienda (o el préstamo hipotecario concedido para su adquisición).

Si el precio de la vivienda (o el préstamo hipotecario concedido para su adquisición) es satisfecho con cargo a una cuenta corriente bancaria conjunta en la que ambos convivientes realizan ingresos periódicos, ya deriven de sus salarios o de las actividades económicas o profesionales que realicen, la jurisprudencia suele deducir la existencia de una comunidad de bienes tácitamente acordada⁵⁶⁷. Y ello, con independencia de la titularidad formal de la vivienda⁵⁶⁸.

⁵⁶⁷ V. en este sentido SSAP Zaragoza de 23 de enero de 2001 (AC 2001, 749); Asturias núm. 339/2001, de 26 de junio (AC 2001, 2380); Navarra núm. 55/2002, de 27 de febrero (JUR 2002, 103962); o A Coruña núm. 226/2002, de 10 de junio (AC 2002, 1310).

⁵⁶⁸ Un ejemplo es la SAP Zaragoza de 23 de enero de 2001 (AC 2001, 749), que consideró que existía una comunidad de bienes sobre la vivienda, pues, a pesar de figurar ésta exclusivamente a nombre del varón, ambos convivientes habían realizado contribuciones en la cuenta corriente conjunta con cargo a la cual se satisfacían las cuotas de amortización del préstamo hipotecario concedido para su adquisición. Ahora bien, dado que las aportaciones de la mujer eran inferiores a las del varón, limitó su participación en la liquidación de la comunidad a una tercera parte del saldo total de la cuenta.

Dice así el Supremo que “la actora según declara la empleada de la CAI (folio 115) contribuía realizando entregas de dinero en la cuenta donde a su vez se cargaba el préstamo que gravaba la vivienda del demandado no obstante la diferencia de ingresos entre uno y otro así como las disposiciones de la recurrente en la cuenta del demandado en Argentaria (folios 152 y siguientes) y el hecho de que la vivienda utilizada durante la convivencia fuera propiedad del demandado, impide considerar que la totalidad de ingresos realizados en la libreta común núm. ... de la CAI durante el período 2 de octubre de 1996 a 3 de septiembre de 1998, proviniera exclusivamente de la demandada (artículo 1253 del Código Civil) y por otro lado atendiendo a las circunstancias anteriormente indicadas lleva a considerar que la actora debiera ser compensada en la tercera parte de los mismos (folios 164 y siguientes) que importan aproximadamente 1.900.000 ptas., todo ello en evitación de un enriquecimiento injusto del demandado que en consecuencia deberá indemnizar a la actora en la cantidad de 630.000 ptas. estimándose parcialmente el recurso y dando lugar en parte a la demanda”. También hay que mencionar en este sentido la SAP Asturias núm. 339/2001, de 26 de junio (AC 2001, 2380), que resolvió un caso en el que el contrato de compraventa había sido otorgado exclusivamente a nombre de la madre de la conviviente. No obstante, la Audiencia dedujo la existencia de una comunidad de bienes sobre la vivienda, principalmente, del hecho de amortizarse el préstamo concedido para su adquisición con cargo a una cuenta corriente de titularidad conjunta (a pesar de que ambos convivientes tenían cuentas corrientes de titularidad exclusiva de cada uno de ellos). Además, los servicios relativos a la vivienda “fueron contratados indistintamente por uno u otro”, e, igualmente, “los recibos de la comunidad de propietarios del edificio figuraban a nombre de [l varón], lo que como apunta la sentencia de instancia no se explica sino desde la aquiescencia y consentimiento de [la mujer]”.

Más próxima en el tiempo, la SAP Málaga núm. 652/2011, de 13 de diciembre (JUR 2012, 133284), aseveró igualmente que “el hecho de que en la escritura de venta del solar figurara como comprador solamente el apelante” no puede “privar al bien objeto de discusión de su naturaleza común, dada la

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LOS CASOS DE CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

En cualquier caso, y con buena lógica, la jurisprudencia no ha alcanzado la conclusión aquí plasmada en los supuestos en que, aun habiéndose pagado el precio de la vivienda con cargo a una cuenta corriente de titularidad conjunta, conste que sólo uno de los convivientes ha realizado ingresos periódicos en ella⁵⁶⁹. La solución es totalmente razonable: toda vez realizarse la adquisición con cargo a una cuenta corriente conjunta, si únicamente uno de los convivientes ha realizado ingresos en ella, no parece prudente deducir de tal comportamiento la existencia de una voluntad tácita de hacer común la vivienda adquirida. Se produciría, por tanto, una disociación entre la titularidad formal y la titularidad material⁵⁷⁰.

acreditada realidad de una comunidad de bienes, y la carencia de ambos litigantes de una capacidad económica suficiente para adquirir el solar y construir la vivienda, a lo que habría que unir el hecho debidamente probado del trabajo desempeñado por la actora en el bar que regentaba el apelante (sin recibir emolumento alguno), y la aportación de su sueldo como trabajadora en la empresa antes citada, así como de su indemnización por despido y subsidio por desempleo, a las cuentas indistintas abiertas por ambos, que eran en las que se cargaban los gastos comunes de la pareja y de sus hijos”.

⁵⁶⁹ A este respecto, la SAP Salamanca de 29 de junio de 1995 (AC 1995, 1200), desestimó la pretensión de la mujer de que se declarase la existencia de una comunidad de bienes tácitamente constituida sobre la vivienda familiar, por no quedar demostrado que tuviera ingresos y, en consecuencia, que hubiera contribuido de algún modo realizando aportaciones a las distintas cuentas corrientes conjuntas. Dice a este respecto la Audiencia que “no se acreditan por la actora ingresos de ningún tipo y la cotitularidad que se afirma de varias cuentas bancarias, ni determina ni acredita condominio de su contenido dinerario, que debe establecerse a través de los medios ordinarios de prueba, pues [...] la circunstancia de que haya varios titulares de un depósito bancario es más bien operativa para la dinámica del contrato, de forma que cualesquiera de dichos titulares ostenta facultad de disposición frente al banco, bien individual o conjuntamente, pero sin establecer la existencia de un condominio, ya que éste lo fijan las relaciones internas de los titulares y más en concreto la originaria pertenencia de los fondos depositados”.

En el mismo sentido puede verse la SAP Burgos núm. 564/2001, de 13 de noviembre (AC 2002, 115), la cual afirmó que “si bien [de las cuentas corrientes bancarias] se desprende su titularidad conjunta «formal», de hecho y tras una observación minuciosa, se infiere la titularidad exclusiva de los fondos por parte de [l varón], que es quien hace los ingresos y reintegros, nutriéndose, entre otros, únicamente con su pensión de jubilación, pero sin que se haya acreditado aportación alguna por [la mujer]”.

En fin, tampoco consideró que la mujer hubiera contribuido a la edificación o reforma de la vivienda familiar en la que habitaba junto a su conviviente, levantada sobre un terreno propiedad de éste, la SAP Ourense núm. 196/2002, de 14 de mayo (JUR 2002, 178157).

⁵⁷⁰ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, cit., p. 204.

B) La inexistencia de una comunidad de bienes tácitamente pactada: la cuenta corriente de titularidad exclusiva de uno de los convivientes con cargo a la cual se paga el precio de la vivienda (o el préstamo hipotecario concedido para su adquisición).

A sensu contrario, la jurisprudencia presume la falta de acuerdo tácito para constituir una comunidad de bienes sobre la vivienda familiar del hecho de que el precio de la misma (o el préstamo hipotecario concedido para su adquisición) sea satisfecho con cargo a una cuenta corriente bancaria de titularidad exclusiva de uno de los convivientes⁵⁷¹.

A estos efectos, hay que tener en cuenta que la mera condición de autorizado de uno de los convivientes en la cuenta corriente de titularidad exclusiva del otro, con cargo a la cual se paga el precio de la vivienda, no implica la existencia de una comunidad de bienes tácitamente pactada sobre la vivienda, pues la autorización no supone, como es lógico, la cotitularidad de los fondos depositados en la cuenta⁵⁷².

⁵⁷¹ Así sucede en la SAP Madrid de 15 de enero de 2002 (JUR 2002, 121529), en la que la Audiencia desestima la pretensión de la mujer de que se declarase la existencia de una comunidad sobre la vivienda, por figurar ésta exclusivamente a nombre del demandado y haber sido pagadas las cuotas del préstamo hipotecario concedido para su adquisición con cargo a una cuenta corriente de titularidad individual de aquél, no habiendo quedado acreditado que la actora hubiera realizado aportaciones a dicha cuenta.

Más especial resulta, por infrecuente, el caso resuelto por la SAP Vizcaya núm. 560/2002, de 6 de septiembre (JUR 2003, 89219). En el supuesto, era el varón quien pretendía que se declarase la existencia de una comunidad de bienes sobre la casa en la que había tenido lugar la convivencia, si bien la Audiencia desestimó su pretensión aduciendo que, toda vez existir cuentas corrientes de titularidad conjunta, la concreta cuenta corriente que había soportado la amortización del crédito hipotecario era de titularidad exclusiva de la mujer. Asimismo, el crédito hipotecario fue concedido a nombre de ésta.

⁵⁷² Sobre esta cuestión tuvo ocasión de pronunciarse la SAP Alicante núm. 543/2001, de 29 de octubre (JUR 2001, 332951), manifestando que “no existen cuentas de titularidad conjunta y la adquisición tanto de la vivienda discutida como del vehículo se produce exclusivamente por la demandada. Las cuotas de amortización se pagan con cargo a las cuentas de la titularidad de la demandada. Ciertamente es que en la cuenta 6206-82, se hallaba autorizado el actor, pero ello no es suficiente para dar por acreditado que se produjeran ingresos de su bolsillo en la misma”.

De la misma manera, la SAP Pontevedra núm. 199/2006, de 28 de abril (JUR 2006, 158898), afirmó que “También se acredita, por propio reconocimiento de la actora, que ésta no aportó ningún dinero para abonar los gastos de construcción de la casa, para amortizar los préstamos personales formalizados por el demandado, o para engrosar el saldo de cuenta corriente, titularidad del demandado y su hermana, en la que ella figuraba como autorizada”, de forma que “cabe concluir [...] que, pese a la convivencia «more uxorio» protagonizada por los litigantes durante once años, no se ofrece prueba suficiente demostrativa de pacto expreso, o de contribución en metálico que revele consentimiento tácito, de donde quepa colegir de modo razonable voluntad inequívoca de hacer común el bien inmueble analizado”.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LOS CASOS DE CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

Ahora bien, y en sentido opuesto a lo anterior, la circunstancia de que la cuenta corriente con cargo a la cual se paga el precio de la vivienda (o el préstamo concedido para su adquisición) aparezca a nombre de uno solo de los convivientes no impide apreciar la existencia de una comunidad de bienes sobre aquélla, cuando conste acreditado que ambos convivientes han realizado ingresos periódicos en dicha cuenta⁵⁷³.

C) La posibilidad de apreciar la existencia de una comunidad de bienes sobre la vivienda familiar en los casos en que existe un pacto tácito de valorar las labores domésticas como contribución de carácter económico al sostenimiento de las cargas familiares.

Junto a los supuestos anteriores, la jurisprudencia ha apreciado también que existe comunidad de bienes sobre la vivienda familiar en aquellos supuestos en que existe un pacto tácito de compensar la nula o escasa aportación económica de uno de los convivientes (generalmente, la mujer) a la adquisición de la vivienda familiar con la realización de las labores domésticas y la atención al otro conviviente⁵⁷⁴.

⁵⁷³ V. a este respecto la SAP Pontevedra núm. 201/1998, de 6 de abril (AC 1998, 4691), la cual constató la existencia de aportaciones constantes del varón a la cuenta de la mujer con cargo a la que se había comprado la vivienda, concluyendo que “en la confianza así generada dispusieron de mutuo acuerdo que la titularidad aparente de los bienes adquiridos, y particularmente el piso litigioso, no implicaba la renuncia al carácter común que para dicha titularidad querían efectiva. Por ello el titular aparente se comprometía de hecho a reconocer la común titularidad real”.

⁵⁷⁴ Ilustrativa en este sentido resulta la SAP Madrid núm. 438/2012, de 2 de octubre (JUR 2012, 356006), que consideró que, toda vez pertenecer la vivienda al varón, había existido un acto concluyente de la pareja de atribuir carácter común al inmueble. Dice así la Audiencia que “Partiendo de que la adquisición de la propiedad fue conjunta y por partes iguales, ha quedado acreditado que ambas partes ha realizado aportaciones económicas para sufragar los préstamos y gastos de la vivienda y si bien no consta acreditado el porcentaje exacto de la participación de cada uno de ellos, tal prueba correspondía aportarla al demandante, de manera que al no haberlo hecho así, necesariamente es de aplicación la presunción indicada”, añadiendo que “consta claramente que la demandada sí contribuyó con dinero efectivo a la adquisición de la vivienda, pues ha desempeñado varios trabajos fuera del hogar remunerados, ha colaborado también en el mercadillo que instalaba el demandante los fines de semana, su hermana le prestó un millón de pesetas, efectuaba ingresos y abonos en cuentas corrientes de titularidad única y conjunta; por otro lado, no puede desconocerse que en una situación de convivencia como la mantenida entre los litigantes, consecuencia de la cual tuvieron dos hijos en común, la contribución a las cargas no sólo han de contemplarse desde el punto de vista de ingresos en efectivo, sino que también deberían computarse como tales, los trabajos o la dedicación a todo aquello que integra la vida en común y que ello fue así, se constata por la propia actuación de los aquí litigantes que cuando decidieron dejar de vivir juntos, acordaron expresamente una forma de reparto de gastos y cargas por partes iguales”.

Anteriormente, ya se había pronunciado en un sentido similar la SAP Asturias núm. 4/2009, de 13 de enero (JUR 2009, 240019), al sostener que “Esta Sala entiende que si bien el juez de instancia habla

Se trata de supuestos en los que ha habido un acuerdo tácito de que uno de los convivientes contribuye económicamente en la comunidad de bienes, y el otro aporta su trabajo mediante la realización de las labores domésticas y la educación y cuidado de los hijos. Los conflictos que se dan en estos casos siguen todos el mismo esquema: cuando cesa la convivencia, el conviviente que ha realizado las aportaciones económicas (habitualmente, el varón) alega que la vivienda en la que ha tenido lugar la vida familiar ha sido adquirida a título individual por él y le pertenece exclusivamente; mientras que, por su parte, el otro conviviente aduce la existencia de un pacto tácito para hacer común la vivienda adquirida por su compañero.

En cualquier caso, de un análisis exhaustivo de la jurisprudencia en la materia esta solución resulta realmente excepcional, siendo más frecuente acudir a otros remedios (en especial, al principio general de prohibición del enriquecimiento injusto) en los supuestos en que la contribución de uno de los convivientes (generalmente, la mujer) se limita a aportaciones de carácter no económico⁵⁷⁵.

de compensación, no se está refiriendo a la figura jurídica de la compensación regulada en los arts. 1195 y ss. del Código Civil sino que como se expresa en la sentencia «sea por la relación sentimental que mantenían sea por los servicios prestados, el actor le compensaba con la asunción de la hipoteca», o dicho de otro modo existía un consentimiento tácito de asumir el abono de la hipoteca, hecho que se deduce de los propios actos del demandante que no reclamó durante el periodo de convivencia, y tan solo lo hace cuando se produce el incidente que dio lugar a las medidas cautelares y a la ruptura de la relación”. Añade la Audiencia que como *facta concludentia* de la voluntad de hacer común la vivienda se puede considerar “el hecho (reconocido por la abogada del demandante en el acto del juicio) de la falta de liquidez por parte de la demandada para afrontar el pago de las cuotas hipotecarias, ante lo exiguo de su pensión y las cargas que soportaba en un principio; la inexistencia de pago alguno durante el primer año por parte de [la demandada] que hace cuatro abonos mensuales de 500 euros a partir del mes de noviembre de 2005; la falta de reclamación alguna por parte de [l demandante] hasta que no se produce la ruptura violenta de la convivencia; o la contribución con su trabajo por parte de [la demandada] al cuidado y atención de [l demandante] así como las labores de mantenimiento de la vivienda en la que convivían”.

⁵⁷⁵ Así, de entre las sentencias que no aprecian la voluntad común de constituir una comunidad de bienes sobre la vivienda familiar adquirida, pueden verse las siguientes: SSAP Barcelona de 5 de junio de 2001 (JUR 2001, 246666); Santa Cruz de Tenerife núm. 443/2004, de 15 de noviembre (JUR 2005, 22035); Las Palmas núm. 843/2004, de 15 de diciembre (JUR 2005, 45509); Islas Baleares núm. 60/2006, de 9 de febrero (AC 2006, 22); Madrid núm. 564/2006, de 4 de diciembre (JUR 2007, 194277); Burgos núm. 254/2007, de 19 de junio (JUR 2007, 365964); Alicante núm. 63/2011, de 10 de febrero (AC 2011, 835); Toledo núm. 143/2011, de 4 de mayo (JUR 2011, 214766); o Madrid núm. 48/2012, de 27 de enero (JUR 2012, 96225).

CAPÍTULO V: LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA

Como hemos venido poniendo de manifiesto a lo largo del presente trabajo, el aumento cuantitativo de la concesión de custodias compartidas en el ámbito de los procedimientos de familia⁵⁷⁶ (inspirado, fundamentalmente, en el argumento de que para el interés superior de los menores es positivo mantener el contacto habitual con ambos progenitores) implica que debemos replantearnos si continúa teniendo sentido, o no, la atribución del uso de la vivienda familiar con base en el actual art. 96.I CC, que, sin duda, está pensado para los casos en los que se conceda una custodia monoparental o individual de los hijos a uno de los progenitores.

Esta tendencia tuvo su origen, como ya advertimos, en la reforma del art. 92 CC en el año 2005⁵⁷⁷, que admitió la posibilidad de que el juez pudiera acordar el régimen de custodia compartida, si así lo solicitaban ambos progenitores en la propuesta de convenio regulador o en el transcurso del procedimiento. Incluso, el apartado 8 de la norma permite al Juez establecer el régimen de custodia compartida, a instancia de solo uno de los progenitores (siempre que lo pida uno de ellos), si bien únicamente lo hará con carácter “excepcional”, previo informe del Ministerio Fiscal, y “fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

Con todo, el calado de la reforma llevada a cabo en el año 2005 no es comparable, en ningún caso, a las posteriores legislaciones autonómicas existentes en la materia⁵⁷⁸, las cuales sí que han optado, de forma decidida, por impulsar la custodia compartida, situándola, en algunos casos (Aragón, Comunidad Valenciana y País

⁵⁷⁶ Como ya vimos en su momento, según la estadística de nulidades, separaciones y divorcios del año 2008 elaborada por el I.N.E., la custodia de los hijos menores fue compartida por ambos progenitores en el 9'7% de los casos, aumentando tales guarismos al 21'2% en las cifras relativas al mismo ítem en la estadística del año 2014. Se observa, en consecuencia, un aumento, quizás no exagerado, pero sí sostenido, constante e ininterrumpido en la concesión de custodias compartidas.

⁵⁷⁷ Llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

⁵⁷⁸ Un acertado análisis de las mismas lo realiza BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia compartida”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 3, julio-septiembre 2014, pp. 37-41.

Vasco), como el régimen preferente de convivencia con los hijos; y, en otros (Cataluña y Navarra), normalizando su adopción⁵⁷⁹ y, en consecuencia, sustrayéndole ese carácter excepcional que ha tenido hasta el momento presente⁵⁸⁰. Veamos dichas soluciones por orden cronológico:

a) En el CCCat., la situación de nulidad, divorcio o separación judicial no altera las relaciones de los progenitores con los hijos⁵⁸¹, cuya continuación deben plasmar los padres en el correspondiente plan de parentalidad⁵⁸². En caso de que el juez no apruebe dicho plan, o los cónyuges no lleguen a un acuerdo, será éste el que decida la forma y el ejercicio de la guarda, debiendo priorizar la custodia compartida, salvo que pueda ser perjudicial para los intereses del menor⁵⁸³.

b) En un sentido similar, aunque otorgando mayor preferencia a la custodia compartida, se pronuncia el CDFa. En línea de principio, los padres pueden otorgar un pacto de relaciones familiares como consecuencia de su ruptura, en el que prevean los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos (art. 77.1 CDFa), entre ellos, y muy especialmente, “El régimen de convivencia o de visitas con los hijos” [art. 77.2.a)]. El pacto será aprobado por el juez, “salvo en aquellos aspectos que sean

⁵⁷⁹ DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., pp. 3392-3393.

⁵⁸⁰ Para un estudio comparado de la institución de la guarda y custodia compartida, pueden consultarse los trabajos de KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: “La guarda compartida. Una visión comparativa”, *Revista de Derecho Privado*, edición especial, UNAM: México, 2012, pp. 231-286; y PÉREZ-VILLAR APARICIO, R. (coord.): *Estudio de Derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, libro en pdf editado por Themis: Asociación de Mujeres Juristas, disponible para su descarga en <http://www.mujeresjuristasthemis.org/documentos-themis/category/12-custodia-compartida-themis> (fecha de última consulta: 5 de julio de 2016).

⁵⁸¹ Así lo establece el art. 233-8.1 CCCat., el cual añade que “estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente”.

⁵⁸² Según el art. 233-9.1 CCCat., “El plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos”.

⁵⁸³ Dice a este respecto el art. 233-10.2 CCCat. que “La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si éste no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo”.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA

contrarios a normas imperativas o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos”⁵⁸⁴ (art. 77.5).

Por lo demás, en ausencia de pacto entre los padres, “el Juez determinará las medidas que deberán regir las relaciones familiares tras la ruptura de su convivencia” (art. 79.1), debiendo adoptar “de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente”⁵⁸⁵ (art. 80.2).

c) Seguramente, de entre todas las leyes analizadas en este epígrafe, la Ley Foral navarra núm. 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, sea la más conservadora en orden a la adopción de la custodia compartida, partiendo de un plano de igualdad de ambas clases de custodia, y adoptando la que resulte más conveniente para el interés de los hijos menores, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso⁵⁸⁶.

Así, en defecto de pacto de relaciones familiares, ambos progenitores, por separado o de común acuerdo, “podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida por ambos o por uno de ellos” (art. 3.1). El juez optará por el tipo de custodia que resulte más conveniente para el interés de los hijos menores, valorando la solicitud que haya presentado cada uno de los padres, y atendiendo, además de a lo dispuesto en la Ley, a los siguientes factores (art. 3.3):

⁵⁸⁴ El precepto añade que “Si el pacto de relaciones familiares no fuera aprobado en todo o en parte, se concederá a los progenitores un plazo para que propongan uno nuevo, limitado, en su caso, a los aspectos que no hayan sido aprobados por el Juez. Presentado el nuevo pacto, o transcurrido el plazo concedido sin haberlo hecho, el Juez resolverá lo procedente”.

⁵⁸⁵ El precepto establece que el juez deberá adoptar la custodia que proceda “teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores:

- a) La edad de los hijos.
- b) El arraigo social y familiar de los hijos.
- c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.
- d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.
- e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.
- f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia”.

⁵⁸⁶ Se trata de una ley de una redacción muy breve, que cuenta con tan solo tres artículos, dispuestos, cada uno de ellos, en un capítulo distinto. En comparación con el resto de legislaciones autonómicas analizadas a lo largo del presente trabajo, se caracteriza por la pobreza de sus soluciones y por la ausencia total de referencias a la cuestión objeto de estudio: la atribución del uso de la vivienda familiar.

“a) La edad de los hijos; b) La relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores y sus familias extensas; c) El arraigo social y familiar de los hijos; d) La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años; e) La aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos; f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; g) Los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los padres y que estos le hayan justificado; y h) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia”.

d) Similares soluciones a las previstas en el CDFA contempla, igualmente, la Ley núm. 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Así, el art. 4.1 establece la posibilidad de que los padres cuya convivencia haya cesado otorguen un pacto de convivencia familiar, en el que acuerden los términos de su relación con sus hijos; pacto que incluirá, entre otros extremos, “El régimen de convivencia y/o de relaciones con los hijos e hijas menores para garantizar su contacto con ambos progenitores”⁵⁸⁷ [art. 4.2.a)].

A falta de pacto entre los progenitores, será el juez quien, previa audiencia del Ministerio Fiscal, fije el régimen de convivencia de los progenitores con los hijos (art. 5.1): como regla general, aquél “atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos”⁵⁸⁸ (art. 5.2). Sin embargo, el juez atribuirá a uno de los progenitores la custodia individual

⁵⁸⁷ V. sobre esta cuestión ALGARRA PRATS, E. y BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “El régimen de convivencia de los menores de edad con los progenitores: regla general y excepción en la legislación valenciana”, *Revista boliviana de derecho*, núm. 18, julio 2014, pp. 572-573.

⁵⁸⁸ V. MECO TÉBAR, F.: “La custodia compartida como régimen más favorable al interés del menor. Comentario a la STS núm. 758/2013, de 25 de noviembre (RJ 2013, 7873)”, *Revista boliviana de derecho*, núm. 18, julio 2014, p. 427.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA

de los hijos cuando sea necesario para preservar el interés superior de éstos⁵⁸⁹ (art. 5.4⁵⁹⁰).

e) Muchas de las consideraciones anteriores se reflejan también en la Ley vasca núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. Sin embargo, existe un matiz que diferencia esta ley de las anteriores. Y es que la ley distingue según el pacto se otorgue antes o durante la convivencia, en cuyo caso lo denomina “pacto en previsión de ruptura de la convivencia” (art. 4); o después, en cuyo caso utiliza la misma terminología empleada en el Derecho común: esto es, “convenio regulador” (art. 5). En cuanto al contenido, el pacto en previsión de ruptura de la convivencia deberá tener, en todo o en parte, el contenido previsto para el convenio regulador⁵⁹¹ (art. 4.2).

En lo que aquí interesa, tanto el pacto en previsión de ruptura de la convivencia, como el convenio regulador de la ruptura deberán contener, como uno de los extremos mínimos, el relativo a “El ejercicio conjunto de la patria potestad de los hijos o hijas, como corresponsabilidad parental” [art. 5.2.a)⁵⁹²]. En caso de que no exista acuerdo

⁵⁸⁹ El art. 5.3 enumera los criterios a los que deberá atender el juez antes de fijar el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos menores, a saber:

- a) La edad de los hijos e hijas. En los casos de menores lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores.
- b) La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años.
- c) La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos e hijas menores y la capacidad de cada progenitor.
- d) Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan.
- e) Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores.
- f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores.
- g) La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad.
- h) Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos”.

⁵⁹⁰ Señala, así, este precepto, que “La autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En ese supuesto, deberá establecer un régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias propias del caso, que garantice el contacto de los hijos e hijas menores con ambos progenitores”.

⁵⁹¹ El art. 5.5 establece que, en caso de haberse otorgado pacto en previsión de ruptura de la convivencia, será de aplicación lo estipulado en él, debiendo complementarse, en lo no previsto, por lo dispuesto en el art. 5, relativo al contenido del convenio regulador.

⁵⁹² Añade el precepto que en relación con esta cuestión deberán incluirse acuerdos sobre:

entre las partes (ni pacto en previsión de ruptura de la convivencia, ni convenio regulador), o no sea aprobado por el juez, éste “determinará las medidas que hayan de regir las relaciones familiares a las que se refiere esta ley tras la ruptura de la convivencia” (art. 7.1).

En concreto, respecto de la guarda y custodia de los hijos, “Cada uno de los progenitores por separado, o de común acuerdo, podrá solicitar al juez, en interés de los menores, que la guarda y custodia de los hijos e hijas menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida o por uno solo de ellos”⁵⁹³ (art. 9.1); sin que sea obstáculo ni motivo suficiente para que se otorgue la custodia compartida la oposición a la misma de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos (art. 9.2). De esta forma, en línea de principio, “El juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores”⁵⁹⁴ (art. 9.3); ahora

“1) La forma de decidir y compartir todos los aspectos que afecten a su educación, salud, bienestar, residencia habitual y otras cuestiones relevantes para los y las menores.

2) El cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, su cuidado y educación y su ocio.

3) Los periodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente, y en su caso, si se considera necesario y en la extensión que proceda, el régimen de relaciones y comunicación de los hijos o hijas con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, teniendo en cuenta el interés de aquéllos.

4) Lugar o lugares de residencia de los hijos o hijas, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento, que deberá coincidir preferentemente con el de aquel de los progenitores con el que, en cómputo anual, pasen la mayor parte del tiempo.

5) Las reglas de recogida y entrega de los y las menores en los cambios de guarda y custodia, o en el ejercicio del régimen de estancia, relación y comunicación con ellos y ellas”.

⁵⁹³ Añade el precepto que “Dicha solicitud deberá ir acompañada de una propuesta fundada del régimen de desarrollo de la custodia, incluyendo la determinación de los periodos de convivencia y relación, así como las formas de comunicación con el progenitor no custodio y, en su caso, con los demás parientes y allegados”.

⁵⁹⁴ El precepto precisa que, en todo caso, el juez deberá atender a las siguientes circunstancias:

“a) La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los y las menores y sus actitudes personales, y la vinculación afectiva de los y las menores o incapacitados con cada uno de sus progenitores.

b) El número de hijos e hijas.

c) La edad de los hijos e hijas.

d) La opinión expresada por los hijos e hijas, siempre que tengan suficiente juicio y en todo caso si son mayores de 12 años.

e) El cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos e hijas y entre ellos, y el respeto mutuo en sus relaciones personales, así como su actitud para garantizar la relación de los hijos e hijas con ambos progenitores y con el resto de sus parientes y allegados.

f) El resultado de los informes a los que se refiere el apartado 4 de este artículo.

g) El arraigo social, escolar y familiar de los hijos e hijas.

h) Las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar de cada progenitor, así como la actitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA

bien, cuando lo considere necesario para garantizar el interés superior del menor, el juez podrá otorgar a uno solo de los progenitores la guarda y custodia de los hijos menores (art. 9.6).

e) En fin, y como no podía ser menos, el “Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia” sigue la misma tónica que las leyes autonómicas, incrementando la importancia de la custodia compartida en el marco de los procedimientos de nulidad, separación y divorcio.

Para ello, añade un nuevo precepto al Código Civil, el art. 92 *bis* CC, cuyo primer apartado es del siguiente tenor:

“1. El Juez podrá acordar, en interés de los hijos menores, que su guarda y custodia sea ejercida por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida, determinando los periodos de convivencia con cada uno.

Podrá establecer, a instancia de uno de los progenitores, el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos si el otro progenitor también insta la guarda y custodia para sí, aun cuando no medie acuerdo entre ellos. Excepcionalmente, aunque ninguno de los progenitores solicite su ejercicio compartido, el Juez podrá acordarlo si con ello se protege adecuadamente el interés superior de los hijos”.

Por tanto, de entrar en vigor el texto previsto en el Anteproyecto, el juez podría otorgar la custodia compartida cuando lo solicitasen ambos cónyuges, o solo uno de ellos. Incluso, y de forma excepcional, también podrá acordar tal medida si con ello queda mejor preservado el interés superior de los hijos, aun cuando ninguno de los progenitores solicitara el ejercicio conjunto de la guarda.

i) La ubicación de sus residencias habituales, así como los apoyos con los que cuenten.

j) Cualquier otra circunstancia concurrente en los progenitores o en los hijos e hijas que resulte relevante para el régimen de convivencia”.

Como se observa, las soluciones previstas en tal precepto exceden, con mucho, la redacción del actual art. 92 CC, que únicamente permite al juez acordar la custodia compartida “cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento” (art. 92.5 CC); o, en el supuesto excepcional, a instancia de uno de los progenitores, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, y “fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor” (art. 92.8 CC).

No obstante, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia, partiendo del principio de tutela del interés superior del menor, ha matizado el tenor literal del art. 92.8 CC (que permite al juez acordar de forma “excepcional” la custodia compartida aun cuando no hubiese sido solicitada por ambos progenitores), considerando que dicho régimen puede resultar, de manera tendencial, lo más conveniente para los hijos⁵⁹⁵. Así, diversas sentencias del Tribunal Supremo afirman en esta línea que “la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., pp. 3393-3394; HERRANZ GONZÁLEZ, A.: “Guarda y custodia compartida: hacia la unificación de criterios en el recurso de casación”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, julio 2014, pp. 598-599; y MECO TÉBAR, F.: “La custodia compartida como régimen más favorable al interés del menor. Comentario a la STS núm. 758/2013, de 25 de noviembre (RJ 2013, 7873)”, cit., pp. 428-431.

⁵⁹⁶ Doctrina reproducida en las SSTS núm. 257/2013, de 29 de abril (RJ 2013, 3269); núm. 495/2013, de 19 de julio (RJ 2013, 5002); núm. 758/2013, de 25 de noviembre (RJ 2013, 7873); núm. 757/2013, de 29 de noviembre (RJ 2013, 7449); núm. 761/2013, de 12 de diciembre (RJ 2013, 7838); núm. 762/2012, de 17 de diciembre de 2013 (RJ 2014, 74); núm. 200/2014, de 25 de abril (RJ 2014, 2651); núm. 368/2014, de 2 de julio (RJ 2014, 4250); núm. 515/2015, de 15 de octubre de 2014 (RJ 2014, 4894); núm. 576/2014, de 22 de octubre (RJ 2014, 5023); núm. 619/2014, de 30 de octubre (RJ 2014, 5268); núm. 616/2014, de 18 de noviembre (RJ 2014, 5718); núm. 52/2015, de 16 de febrero (RJ 2015, 553); núm. 96/2015, de 16 de febrero (RJ 2015, 564); núm. 390/2015, de 26 de junio (RJ 2015, 2658); núm. 449/2015, de 15 de julio (RJ 2015, 3004); núm. 571/2015, de 14 de octubre (RJ 2015, 4746); núm. 585/2015, de 21 de octubre (RJ 2015, 4784); núm. 753/2015, de 30 de diciembre (RJ 2015, 6239); núm. 33/2016, de 4 de febrero (RJ 2016, 494); núm. 55/2016, de 11 de febrero (RJ 2016, 249); núm. 86/2016, de 19 de febrero (RJ 2016, 924); núm. 115/2016, de 1 de marzo (RJ 2016, 736); núm. 138/2016, de 9 de marzo (RJ 2016, 972); núm. 172/2016, de 17 de marzo (RJ 2016, 847); núm. 194/2016, de 29 de marzo (RJ 2016, 995); núm. 400/2016, de 15 de junio (RJ 2016, 2780); y núm. 553/2016, de 20 de septiembre (JUR 2016, 204432).

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA

Por lo demás, el apartado cuarto del proyectado art. 92 *bis* CC recoge los criterios que valorará el juez para decidir cualquier cuestión relativa a la guardia y custodia de los hijos, criterios similares a los contenidos en las legislaciones autonómicas expuestas⁵⁹⁷.

Como lógica consecuencia de todo lo anterior, se hace necesario reformular nuevos criterios de atribución del uso de la vivienda familiar, habida cuenta que el presupuesto del que parte el art. 96.I CC (custodia monoparental) ha decaído en nuestros días⁵⁹⁸, por efecto de la reforma del art. 92 CC del año 2005 y de las posteriores leyes autonómicas en la materia. Ello ha llevado a un aumento, en la *praxis* forense, de la concesión de custodias compartidas, al que habrá que sumar el previsible impacto favorable que tendrá, sobre las mismas, la eventual aprobación del “Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia”.

Por tanto, si se concede la custodia compartida a los padres, los hijos ya no conviven con un único progenitor custodio (estando sometido el otro a un régimen de visitas), sino que ahora los dos progenitores tendrán una convivencia alterna con los

⁵⁹⁷ Así, dispone dicho precepto que “El Juez, para decidir cualquier cuestión relativa a la guarda y custodia de los hijos o a su régimen de estancia, relación y comunicación, deberá prestar especial atención y valorar conjuntamente, en todo caso, la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; la relación que los progenitores mantengan entre sí y la vinculación con sus hijos; la dedicación de los progenitores al cuidado de los hijos durante la convivencia; el cumplimiento de sus deberes en relación con ellos; la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de éstos; la ubicación de sus residencias habituales; los apoyos con los que cuenten; el número de hijos, y cualquier otra circunstancia concurrente en los progenitores y en los hijos que considere relevante para el régimen de convivencia. Además, procurará que los hermanos se mantengan juntos”.

⁵⁹⁸ DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., p. 3393, señala a este respecto que “Es claro que en los casos de custodia compartida, han de buscarse criterios de atribución de la vivienda distintos al previsto en el artículo 96.I del Código Civil, que [...] presupone que la custodia se atribuye a uno de los progenitores y, además, que los hijos, durante su minoría de edad [...] continúan viviendo en la misma casa: para que ello fuera posible sería necesario que cada uno de los padres tuviera a su disposición una vivienda distinta en la que residir en los periodos de tiempo en que no le correspondiera vivir con los menores, esto es, se requerirían tres casas, exigencia que difícilmente podría cumplirse en familias de economía media (y, más, en la actual situación de crisis económica)”.

hijos, en periodos de tiempo más o menos similares⁵⁹⁹. Siendo así las cosas, carece de sentido la atribución del uso de la vivienda familiar que realiza el art. 96 CC al

⁵⁹⁹ En cualquier caso, y como ha explicado la jurisprudencia, la custodia compartida no exige que los hijos pasen idénticos periodos de tiempo con ambos progenitores, sino que, más bien, su objetivo es tratar de paliar los desequilibrios en los tiempos de presencia que ocasionan las custodias monoparentales.

V. en este sentido las SSTS núm. 758/2013, de 25 de noviembre (RJ 2013, 7873); núm. 576/2014, de 22 de octubre (RJ 2014, 5023); núm. 52/2015, de 16 de febrero (RJ 2015, 553); núm. 449/2015, de 15 de julio (RJ 2015, 3004); núm. 465/2015, de 9 de septiembre (RJ 2015, 4179); núm. 571/2015, de 14 de octubre (RJ 2015, 4746); núm. 585/2015, de 21 de octubre (RJ 2015, 4784); núm. 658/2015, de 17 de noviembre (RJ 2015, 5392); núm. 753/2015, de 30 de diciembre (RJ 2015, 6239); núm. 9/2016, de 28 de enero (RJ 2016, 370); núm. 33/2016, de 4 de febrero (RJ 2016, 494); núm. 51/2016, de 11 de febrero (RJ 2016, 248); núm. 55/2016, de 11 de febrero (RJ 2016, 249); núm. 133/2016, de 4 de marzo (RJ 2016, 1399); núm. 138/2016, de 9 de marzo (RJ 2016, 972); núm. 166/2016, de 17 de marzo (RJ 2016, 1131); o núm. 172/2016, de 17 de marzo (RJ 2016, 847); y las SSAP A Coruña núm. 95/2014, de 24 de marzo (JUR 2014, 111030); Cantabria núm. 228/2014, de 23 de abril (JUR 2015, 271924); León núm. 122/2014, de 19 de mayo (JUR 2014, 181941); León núm. 129/2014, de 23 de mayo (JUR 2014, 183620); Madrid núm. 503/2014, de 27 de mayo (JUR 2014, 245182); A Coruña núm. 186/2014, de 5 de junio (JUR 2014, 217761); Madrid núm. 555/2014, de 10 de junio (JUR 2014, 245456); A Coruña núm. 231/2014, de 11 de julio (JUR 2014, 217668); A Coruña núm. 297/2014, de 10 de octubre (JUR 2014, 273283); Cáceres núm. 242/2014, de 14 de octubre (JUR 2015, 9589); Cáceres núm. 272/2014, de 31 de octubre (JUR 2015, 47379); Cáceres núm. 304/2014, de 9 de diciembre (JUR 2015, 47377); Madrid núm. 1108/2014, de 17 de diciembre (JUR 2015, 61553); Santa Cruz de Tenerife núm. 69/2015, de 9 de febrero (JUR 2015, 215373); Cádiz núm. 77/2015, de 17 de febrero (JUR 2015, 101815); Vizcaya núm. 97/2015, de 26 de febrero (JUR 2015, 102101); Cáceres núm. 55/2015, de 2 de marzo (JUR 2015, 94662); Cádiz núm. 142/2015, de 2 de marzo (JUR 2015, 126910); Álava núm. 79/2015, de 17 de marzo (JUR 2015, 127762); Vizcaya núm. 201/2015, de 31 de marzo (JUR 2015, 131942); Navarra núm. 22/2015, de 13 de abril (JUR 2015, 131134); Almería núm. 121/2015, de 14 de abril (JUR 2015, 168878); Vizcaya núm. 228/2015, de 15 de abril (JUR 2015, 170813); Pontevedra núm. 138/2015, de 17 de abril (JUR 2015, 126793); Córdoba núm. 182/2015, de 21 de abril (JUR 2015, 139171); León núm. 81/2015, de 21 de abril (JUR 2015, 131379); Córdoba núm. 187/2015, de 24 de abril (JUR 2015, 139077); Soria núm. 39/2015, de 30 de abril (JUR 2015, 149177); Valencia núm. 254/2015, de 4 de mayo (JUR 2015, 168438); Pontevedra núm. 206/2015, de 7 de mayo (JUR 2015, 142723); Salamanca núm. 130/2015, de 11 de mayo (JUR 2015, 139331); A Coruña núm. 151/2015, de 14 de mayo (JUR 2015, 143024); Asturias núm. 137/2015, de 20 de mayo (JUR 2015, 163469); Cáceres núm. 158/2015, de 25 de mayo (JUR 2015, 149102); Cáceres núm. 169/2015, de 1 de junio (JUR 2015, 161015); Vizcaya núm. 344/2015, de 2 de junio (JUR 2015, 207143); Huelva núm. 194/2015, de 10 de junio (JUR 2015, 265777); Málaga núm. 350/2015, de 16 de junio (JUR 2015, 291712); Cáceres núm. 185/2015, de 17 de junio (JUR 2015, 174881); Huelva núm. 222/2015, de 29 de junio (JUR 2015, 223207); A Coruña núm. 248/2015, de 16 de julio (JUR 2015, 211414); Salamanca núm. 238/2015, de 31 de julio (JUR 2015, 229399); Cáceres núm. 250/2015, de 14 de septiembre (JUR 2015, 227232); Asturias núm. 229/2015, de 16 de septiembre (JUR 2015, 247439); Alicante núm. 322/2015, de 18 de septiembre (JUR 2016, 126952); Sevilla núm. 375/2015, de 18 de septiembre (JUR 2015, 287651); Zamora núm. 143/2015, de 18 de septiembre (JUR 2015, 274315); Asturias núm. 309/2015, de 25 de septiembre (JUR 2015, 243053); Zamora núm. 146/2015, de 25 de septiembre (JUR 2015, 274314); Girona núm. 210/2015, de 29 de septiembre (JUR 2015, 280961); Asturias núm. 267/2015, de 5 de octubre (JUR 2015, 249638); León núm. 204/2015, de 6 de octubre (JUR 2015, 243023); Asturias núm. 279/2015, de 13 de octubre (JUR 2015, 249306); Huelva núm. 348/2015, de 19 de octubre (JUR 2016, 106496); Ciudad Real núm. 226/2015, de 22 de octubre (JUR 2015, 296729); Guipúzcoa núm. 260/2015, de 22 de octubre (JUR 2015, 299015); A Coruña núm. 381/2015, de 23 de octubre (JUR 2015, 289208); Asturias núm. 294/2015, de 26 de octubre (JUR 2015, 258600); A Coruña núm. 363/2015, de 26 de octubre (JUR 2015, 288827); Cantabria

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA

progenitor custodio, constituyendo el objetivo de las siguientes líneas la búsqueda de fórmulas que, en este contexto, y, lógicamente, en defecto de acuerdo entre las partes, puedan garantizar suficientemente la necesidad de vivienda de los hijos⁶⁰⁰, al tiempo

núm. 490/2015, de 30 de octubre (JUR 2016, 36766); Zamora núm. 175/2015, de 5 de noviembre (JUR 2015, 297626); Ávila núm. 300/2015, de 11 de noviembre (JUR 2016, 16315); Asturias núm. 427/2015, de 20 de noviembre (JUR 2015, 306015); Asturias núm. 346/2015, de 23 de noviembre (JUR 2015, 302317); Vizcaya núm. 633/2015, de 27 de noviembre (JUR 2016, 60281); Álava núm. 463/2015, de 2 de diciembre (JUR 2016, 60897); A Coruña núm. 389/2015, de 3 de diciembre (JUR 2015, 308436); Córdoba núm. 522/2015, de 4 de diciembre (JUR 2016, 46100); Asturias núm. 488/2015, de 18 de diciembre (JUR 2016, 32856); Guipúzcoa núm. 331/2015, de 18 de diciembre (JUR 2016, 63256); León núm. 287/2015, de 21 de diciembre (JUR 2016, 32067); Valencia núm. 837/2015, de 21 de diciembre (JUR 2016, 127396); Albacete núm. 376/2015, de 23 de diciembre (JUR 2016, 30309); Cantabria núm. 615/2015, de 29 de diciembre (JUR 2016, 34333); Sevilla núm. 2/2016, de 8 de enero (JUR 2016, 114601); León núm. 3/2016, de 11 de enero (JUR 2016, 31829); A Coruña núm. 11/2016, de 15 de enero (JUR 2016, 116241); A Coruña núm. 12/2016, de 15 de enero (JUR 2016, 116980); Asturias núm. 12/2016, de 15 de enero (JUR 2016, 40056); Asturias núm. 3/2016, de 18 de enero (JUR 2016, 32641); Cáceres núm. 15/2016, de 18 de enero (JUR 2016, 31806); Pontevedra núm. 13/2016, de 19 de enero (JUR 2016, 60720); Asturias núm. 14/2016, de 21 de enero (JUR 2016, 40240); Guadalajara núm. 11/2016, de 25 de enero (JUR 2016, 38561); Ourense núm. 35/2016, de 29 de enero (JUR 2016, 76244); Vizcaya núm. 72/2016, de 4 de febrero (JUR 2016, 80362); Córdoba núm. 59/2016, de 8 de febrero (JUR 2016, 83172); Asturias núm. 39/2016, de 11 de febrero (JUR 2016, 56661); Salamanca núm. 49/2016, de 16 de febrero (JUR 2016, 58359); León núm. 41/2016, de 17 de febrero (JUR 2016, 58137); León núm. 62/2016, de 17 de febrero (JUR 2016, 64116); Cáceres núm. 75/2016, de 18 de febrero (JUR 2016, 65220); Salamanca núm. 56/2016, de 18 de febrero (JUR 2016, 61210); Álava núm. 61/2016, de 24 de febrero (JUR 2016, 79328); Álava núm. 62/2016, de 24 de febrero (JUR 2016, 79416); Las Palmas núm. 139/2016, de 29 de febrero (JUR 2016, 134298); Madrid núm. 198/2016, de 1 de marzo (JUR 2016, 98326); Cáceres núm. 110/2016, de 3 de marzo (JUR 2016, 78158); Pontevedra núm. 107/2016, de 3 de marzo (JUR 2016, 63363); Pontevedra núm. 118/2016, de 4 de marzo (JUR 2016, 63694); Salamanca núm. 80/2016, de 8 de marzo (JUR 2016, 76094); Pontevedra núm. 128/2016, de 10 de marzo (JUR 2016, 57457); Asturias núm. 100/2016, de 16 de marzo (JUR 2016, 91028); Ciudad Real núm. 73/2016, de 17 de marzo (JUR 2016, 97913); Girona núm. 64/2016, de 17 de marzo (JUR 2016, 102275); Zamora núm. 63/2016, de 17 de marzo (JUR 2016, 98566); León núm. 101/2016, de 22 de marzo (JUR 2016, 88772); Asturias núm. 101/2016, de 5 de abril (JUR 2016, 118044); Asturias núm. 102/2016, de 5 de abril (JUR 2016, 118289); Pontevedra núm. 101/2016, de 7 de abril (JUR 2016, 104982); Valladolid núm. 77/2016, de 7 de abril (JUR 2016, 97839); Madrid núm. 337/2016, de 12 de abril (JUR 2016, 124242); Asturias núm. 162/2016, de 14 de abril (JUR 2016, 119775); A Coruña núm. 144/2016, de 15 de abril (JUR 2016, 116978); Asturias núm. 119/2016, de 18 de abril (JUR 2016, 118896); Albacete núm. 180/2016, de 22 de abril (JUR 2016, 111690); Asturias núm. 155/2016, de 27 de abril (JUR 2016, 120235); o León núm. 136/2016, de 27 de abril (JUR 2016, 118856).

⁶⁰⁰ Desde luego, se trata de buscar fórmulas que se adecuen, dentro de lo permitido por la ley, a la situación en que quedan los cónyuges y los hijos tras la ruptura de la convivencia. Tales fórmulas pueden ser válidas en otros contextos también, pero no tienen por qué serlo en la generalidad de supuestos.

PANIZA FULLANA, A.: “Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014)”, cit., p. 91, considera en este sentido que la variada casuística que se puede dar en las situaciones de ruptura matrimonial hace que sea difícil encontrar fórmulas generales que puedan resultar útiles en la totalidad de los casos.

que sirvan para preservar mejor la totalidad de intereses en juego⁶⁰¹. Y es que, como se ha dicho con acierto, “La protección de los intereses de los hijos [...] debe ser prioritaria, pero no absoluta”⁶⁰².

1. El uso alterno (o rotatorio) de la vivienda familiar durante los periodos de tiempo en que los progenitores tengan a los hijos en su compañía.

Una primera solución que se ha ofrecido, a la hora de ordenar el destino de la vivienda familiar en los supuestos en que se concede una guarda y custodia compartida, es la de atribuir el uso alterno (o rotatorio) de la misma a los progenitores durante los periodos de tiempo en que tengan a los hijos en su compañía.

⁶⁰¹ PANIZA FULLANA, A.: “Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014)”, cit., p. 91, dice a este respecto que “Son varios y distintos los intereses que hay que conjugar para la atribución del uso de la vivienda familiar en casos de guarda y custodia compartida: en primer lugar la protección del interés del menor; pero también el carácter excesivamente gravoso de la situación resultante para los progenitores y, sobretodo, para el cónyuge titular de la vivienda, lo que podría obligarle a tener que tener otra nueva, incluso cuando le corresponde convivir con el menor”.

Por lo demás, algunas de las soluciones que expondremos a continuación tienen su origen o proceden de resoluciones judiciales, las cuales, en muchos casos y de forma original, han ideado escenarios que puedan suponer una menor afectación de todos los intereses en juego, aun a riesgo de contrariar la solución prevista en el art. 96.I CC.

Este, por llamarlo de alguna forma, “desaguisado”, ha sido advertido por SALAZAR BORT, S.: “El uso de la vivienda familiar”, cit., p. 170, para quien la insuficiencia de la regulación legal, con abundantes lagunas legales, ha sido idónea “para la aparición de un panorama jurisprudencial como el existente: alteraciones de la solución legalmente adoptada; líneas doctrinales divergentes incluso entre sentencias de una misma Audiencia Provincial o del propio Tribunal Supremo; aplicación de figuras jurídicas ajenas a la problemática con el fin de lograr la que es considerada por cada tribunal como justicia del caso concreto; inaplicación de preceptos y principios jurídicos básicos de nuestro ordenamiento para obtener una protección que se considera –por algunos- incluida en el espíritu de la normativa sobre vivienda familiar; etc.”.

⁶⁰² MORALEJO IMBERNÓN, N. I.: “Régimen jurídico de la vivienda familiar”, cit., p. 1027.

LEGERÉN MOLINA, A.: “Atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio y titular exclusivo de la misma cuando el menor y el cónyuge custodio tengan satisfechas de manera adecuada sus necesidades de alojamiento en otra vivienda. Sentencia de 5 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10135)”, cit., p. 540, por otra parte, introduce un rico matiz al debate, distinguiendo entre los conceptos de “necesidad” y “conveniencia” del uso de la vivienda familiar. Y es que una cosa es que los hijos no tengan necesidad de usar la vivienda familiar por encontrarse su necesidad de alojamiento cubierta por otras vías, pero sí podría ocurrir que fuera conveniente para el desarrollo de su personalidad continuar habitando en dicha vivienda. En cualquier caso, ya hemos tenido ocasión a lo largo de este trabajo de “desmitificar” el concepto de entorno, por lo que la “conveniencia” de seguir habitando la vivienda familiar no debe presumirse, sino que dependerá de cada caso concreto.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA

La medida tiene por objeto mantener a los hijos en la vivienda familiar y, por tanto, en este sentido, es una solución con origen en el art. 96.I CC que, recordemos, busca, ante todo, el mantenimiento de los hijos en su entorno vital⁶⁰³. Aquí, a diferencia del supuesto contemplado en el art. 96.I CC, como la guarda y custodia es compartida (y no monoparental), los padres deberán turnarse en el uso de la vivienda, permaneciendo en ella cada progenitor durante el periodo de tiempo que le corresponda pasar con su hijo⁶⁰⁴.

El principal escollo o problema con el que se topa la adopción de esta medida es que se trata de una solución quizás excesivamente onerosa para los ex cónyuges. En efecto, la medida implica que, durante el periodo en que los progenitores no queden a cargo de sus hijos, deban procurarse otra vivienda, con lo cual, en la práctica, el uso alterno de la vivienda familiar implica la existencia de, como mínimo, tres viviendas: la vivienda familiar y las dos viviendas en que habitarán los progenitores durante el tiempo que no les corresponda pasar con sus hijos⁶⁰⁵.

La onerosidad de la medida salta a la vista si se tiene en cuenta el escenario económico actual, en el que apenas se vislumbra el final de una crisis económica que ha afectado gravemente a la creación y al mantenimiento de empleo en España. En este contexto, en una economía media, el arrendamiento, o, en el mejor de los casos, la

⁶⁰³ Así lo expresa la SAP Valencia núm. 156/2011, de 21 de febrero (JUR 2011, 76122), al aseverar que “puestos a aplicar la rigidez de la norma del citado artículo 96, en los casos de custodia compartida como quiera que el uso de la vivienda es para los menores, en puridad habría que atribuir el uso de la vivienda conyugal a los hijos y a los progenitores de forma alterna en los periodos en que ostentasen la custodia”.

⁶⁰⁴ De esta forma, sólo hay una vivienda que pueda considerarse familiar, lo que, como resalta RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G.: “La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el derecho de cosas”, cit., p. 1145, resulta una solución mucho más sencilla “desde el punto de vista del derecho de cosas y de sus implicaciones jurídicas”, que el hecho de que existan dos viviendas que se deban considerar familiares por habitar en ellas los menores.

⁶⁰⁵ DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., p. 3393; y SEISDEDOS MUIÑO, A.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 7/2015, del Parlamento Vasco”, cit., p. 151. La jurisprudencia también ha puesto de relieve los inconvenientes de la adopción de esta medida. Así, la STS núm. 593/2014, de 24 de octubre (RJ 2014, 5180), entendió que “El problema para hacer efectivo este régimen de convivencia [la custodia compartida], es especialmente grave en situaciones de crisis económica, cuando en la vivienda quedan los niños y son los padres los que se desplazan en los periodos de convivencia establecidos, puesto que les obligará a disponer de su propia vivienda, además de la familiar, con tres viviendas en uso”.

compraventa de dos viviendas, para su disfrute durante únicamente una parte (y no la totalidad) del mes, parece una situación excesivamente gravosa para los progenitores. Tales desembolsos (la renta o la hipoteca) sin duda contribuirán a satisfacer en peor medida otro tipo de gastos, como por ejemplo los alimentos que deban prestarse a los hijos cuando se tengan en su compañía⁶⁰⁶.

⁶⁰⁶ Sobre los alimentos que deban prestarse a los hijos en los supuestos de guarda y custodia compartida, en principio, se entiende que se cumplen mediante el mantenimiento en la vivienda familiar de los hijos (*ex art. 149.I CC*). V. en este sentido las SSTS núm. 390/2015, de 26 de junio (RJ 2015, 2658); y núm. 133/2016, de 4 de marzo (RJ 2016, 1399); y las SSAP Valencia núm. 156/2011, de 21 de febrero (JUR 2011, 76122); Asturias núm. 47/2015, de 23 de febrero (JUR 2015, 94222); y Sevilla núm. 458/2015, de 5 de noviembre (JUR 2016, 60962).

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no excluye que deban prestarse, cuando exista una desproporción entre los ingresos o percepciones económicas de ambos cónyuges, pues, como establece el art. 146 CC, la cuantía de los alimentos debe ser proporcional no sólo a las necesidades del que los recibe, sino también al caudal o medios del que los da [recientemente, SSTS núm. 390/2015, de 26 de junio (RJ 2015, 2658); núm. 55/2016, de 11 de febrero (RJ 2016, 249); y núm. 133/2016, de 4 de marzo (RJ 2016, 1399)].

Puede servir de ejemplo la recién referida STS núm. 55/2016, de 11 de febrero (RJ 2016, 249), que vino a confirmar la sentencia de la Audiencia Provincial. En el caso, la sentencia de primera instancia había impuesto al padre el pago de una pensión de alimentos de trescientos cincuenta euros mensuales, durante dos años, plazo que consideraba suficiente para que la madre, que no trabajaba, pudiera encontrar empleo. Sin embargo, la Audiencia Provincial corrigió el criterio de la sentencia del Juzgado, al considerar improcedente la limitación temporal a dos años, decisión que convalida el Tribunal Supremo, con base en el argumento de que “los menores no pueden quedar al socaire de que la madre pueda o no encontrar trabajo”.

De la misma forma, la STS núm. 390/2015, de 26 de junio (RJ 2015, 2658), impuso al padre el pago de quinientos euros al mes en concepto de alimentos, habida cuenta que la diferencia de ingresos entre él y la madre era “sustancial”.

En la jurisprudencia menor, diversas sentencias se han hecho eco también de dicha doctrina. Así, la SAP Asturias núm. 155/2016, de 27 de abril (JUR 2016, 120235), concedió una pensión de alimentos de 350 euros a favor de la ex mujer en atención a la diferencia de ingresos entre ambos cónyuges (4000/4100 euros netos mensuales el ex marido -prorrateadas las pagas extraordinarias-, por 850 de la ex mujer).

También recientemente, la SAP León núm. 3/2016, de 11 de enero (JUR 2016, 31829), condenó al padre a satisfacer una pensión de alimentos de 350 euros mensuales, por existir diferencias sustanciales en los ingresos y recursos de ambos progenitores (la madre ganaba unos 845 euros mensuales trabajando como limpiadora, mientras el padre trabajaba en una empresa familiar, de la que, además de la nómina de 1.600 euros, obtenía ingentes beneficios).

Asimismo, la SAP Alicante núm. 162/2015, de 5 de mayo (JUR 2015, 167919), afirmó que “aunque no se pidiese por ninguna de las partes, podía perfectamente el tribunal fijar una pensión de alimentos al menor de edad en régimen de custodia compartida, al considerar la diferencia de ingresos entre ambos progenitores”.

Por su parte, la también citada SAP Asturias núm. 47/2015, de 23 de febrero (JUR 2015, 94222), entendió que, no obstante abonar cada uno de los progenitores los alimentos mientras tengan consigo a los hijos, “dado que en el momento actual la demandada trabaja de forma eventual, se acuerda que [el padre] le abone para alimentos de los menores la cantidad de 250 € 125 euros para cada niño”.

Igualmente, la SAP Tarragona núm. 177/2011, de 3 de mayo (JUR 2012, 59558), condenó al padre al pago de una pensión de alimentos de doscientos euros mensuales por cada uno de sus tres hijos (seiscientos en total), sin que quedaran acreditados en el caso los medios de vida de los que disponía la madre.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA

Desde el punto de vista de la relación personal entre ambos cónyuges, la medida también resulta conflictiva, pues, si existen graves desavenencias entre aquéllos, el hecho de compartir el mismo espacio, aunque sea en periodos de tiempo distintos, puede, sin duda, agravar tal situación⁶⁰⁷. Ello hace que sea más difícil de imaginar si cabe, desde este prisma, una situación que podría ser la ideal desde una perspectiva económica: compartir tanto la vivienda familiar como la vivienda en que viven los progenitores durante los periodos en que no tienen la guarda⁶⁰⁸. Desde luego, el coste económico del uso alterno de la vivienda familiar podría ser menor en los casos en que ambos progenitores arrendaran una vivienda, en la que se alternarían en el uso durante los periodos en que el otro tenga la guardia de los hijos (y, en consecuencia, viva en la vivienda familiar). Ahora bien, si ya resulta complicado de por sí gestionar la vida en un mismo espacio, aunque sea en periodos distintos, qué decir de extender dicha situación a dos espacios: probablemente, se duplicarían los problemas, sin perjuicio de que para muchas ex parejas sea una solución óptima si el clima que reina entre ellas es de cordialidad, y que para otras sea una solución forzosa, habida cuenta la situación actual de precariedad económica y laboral.

En cualquier caso, esta medida ha sido acogida en algunas resoluciones jurisprudenciales⁶⁰⁹ (especialmente proclive a la atribución de un uso alterno de la

A este mismo respecto, la citada SAP Valencia núm. 156/2011, de 21 de febrero (JUR 2011, 76122), señaló, respecto de los gastos de la hija común relativos a vestido y educación, que debían ser abonados en mayor proporción por el padre, habida cuenta la diferencia de ingresos entre él y la madre. Dice así que “el resto de los gastos de la hija, como colegio y ropa serán abonados por ambos cónyuges, a cuyo fin abrirán una cuenta en la que ingresarán mensualmente el esposo la suma de 350 euros y la esposa la suma de 225 euros, dada la diferencia de ingresos entre uno y otro, siendo los gastos extraordinarios abonados al 50%”.

⁶⁰⁷ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G.: “La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el derecho de cosas”, cit., p. 1144, señala que es habitual que se discuta “por la entrega de la posesión de la vivienda en cada uno de los periodos, por los gastos que genera la posesión de la misma: consumos de luz, agua, calefacción, por los daños o desperfectos ocasionados, reparaciones, etc.”.

En la jurisprudencia, v. en este sentido las SSAP Islas Baleares núm. 50/2015, de 16 de febrero (JUR 2015, 81005); Santa Cruz de Tenerife núm. 598/2015, de 3 de noviembre (JUR 2016, 25076); y Vizcaya núm. 18/2016, de 19 de enero (JUR 2016, 71393).

⁶⁰⁸ DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I.: “Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, 2012, pp. 2317-2318.

⁶⁰⁹ La SAP Valencia núm. 156/2011, de 21 de febrero (JUR 2011, 76122), resolvió el destino de la vivienda familiar acordando que las partes procedieran a la liquidación de la misma, bien mediante la adjudicación a uno de los esposos, bien vendiéndola en un plazo de 15 meses (durante los cuales

vivienda familiar ha sido la Audiencia Provincial de Tarragona⁶¹⁰), e, incluso, por el texto de la Ley vasca núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos

sería usada por la madre), transcurrido el cual, sin haberse procedido a la venta, sería usada alternativamente por ambos progenitores hasta que tuviera lugar la referida venta.

También resolvieron fijar un régimen de uso alternativo de la vivienda familiar, como enseguida veremos, las SSAP Tarragona núm. 422/2010, de 27 de octubre (JUR 2011, 82187); núm. 177/2011, de 3 de mayo (JUR 2012, 59558); y núm. 147/2012, de 28 de marzo (JUR 2012, 227434).

Por su parte, la SAP Asturias núm. 47/2015, de 23 de febrero (JUR 2015, 94222), también decidió conceder un uso alternativo, si bien, en puridad, lo que realiza es una (incorrecta) atribución del uso a los menores. Dice, así, que “En consecuencia, se acuerda que ambos progenitores ejercerán la guarda y custodia compartida sobre los dos menores, a quienes se les confiere el uso de la vivienda familiar, uso que tendrán ambos padres en el período quincenal que a cada uno corresponda, comenzando la primera quincena la madre”.

En aplicación del art. 12.4 de la Ley vasca núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, encontramos la SAP Vizcaya núm. 18/2016, de 19 de enero (JUR 2016, 71393), la cual, toda vez matizar que que la atribución de la vivienda familiar en forma de “nido compartido” puede dar lugar “a graves problemas de convivencia”, acaba por confirmar la sentencia de instancia, que había optado por atribuir el uso alternativo de la vivienda familiar a ambos progenitores, coincidiendo con el periodo de guarda de los hijos. En cualquier caso, la Audiencia precisa que la atribución del uso debe ser de carácter transitorio, siendo aconsejable poner fin lo antes posible a dicha posible fuente de conflictos.

⁶¹⁰ En efecto, esta Audiencia ha desarrollado una doctrina jurisprudencial tendente al mantenimiento de los hijos en la vivienda familiar cuando los progenitores tuvieran acceso a una vivienda en otras localidades, habida cuenta que el ejercicio de la guarda compartida en viviendas distintas a la familiar podría separar y desvincular al menor del núcleo vital en el que ha ido creciendo.

Así, por ejemplo, la SAP Tarragona núm. 422/2010, de 27 de octubre (JUR 2011, 82187), decidió atribuir el uso alternativo de la vivienda familiar a los progenitores durante el periodo de guarda, teniendo en cuenta que las hijas habían desarrollado su corta vida en torno a aquella, mientras que, al momento de dictarse la sentencia, cada uno de los padres residía en localidades distintas de aquella en la que había tenido lugar la convivencia familiar. Dice, así, que “En el caso aquí enjuiciado, sin embargo, nos encontramos ante dos niñas de cuatro y ocho años, que han venido desarrollando sus actividades cotidianas (colegio, juegos en el parque, actividades sociales, etc.) en el ámbito cercano al domicilio familiar sito en Tarragona, encontrándose fuera de Tarragona tanto el domicilio que ahora usa el padre (La Mora), como el piso que posee la madre (Salou), lo que motivaría, en caso de no decidirse la alternancia en el uso de la vivienda familiar por parte de ambos progenitores, una distorsión sustancial en la rutina cotidiana de las menores, circunstancia ésta nada aconsejable dado que la temprana edad de las mismas aconseja el mantenimiento de rutinas estables”.

Esta misma doctrina fue reiterada en la posterior SAP Tarragona núm. 177/2011, de 3 de mayo (JUR 2012, 59558), según la cual “En el caso aquí enjuiciado, sin embargo, nos encontramos ante un niño de 14 años y un niño y una niña de 8 años, que han venido desarrollando sus actividades cotidianas (colegio, juegos en el parque, actividades sociales, etc.) en el ámbito cercano al domicilio familiar sito en Castellvell del Camp, Tarragona, encontrándose la madre actualmente residiendo en Cambrils, y considerando este Tribunal que resulta excesivamente oneroso desde el punto de vista personal el cambio (de Cambrils a Castellvell y viceversa) de los menores, de forma tan periódica y reiterada, con una distorsión sustancial en la rutina cotidiana de los menores, circunstancia ésta nada aconsejable dado que la temprana edad aconseja el mantenimiento de rutinas estables”.

Igualmente, la SAP Tarragona núm. 147/2012, de 28 de marzo (JUR 2012, 227434), aseveró que “En este caso nos encontramos ante un hijo que ha venido desarrollando sus actividades cotidianas en el ámbito cercano al domicilio familiar, los progenitores presentan ingresos similares y ambos poseen acceso a otra vivienda en otras localidades, lo que facilita el desarrollo de este uso alternativo de la vivienda familiar y determina que no exista un especial interés necesitado de protección en ninguno de los dos, lo que permite atribuir un uso compartido de un inmueble que pertenece a ambos y los dos asumen sus gastos y cargas”.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA

de separación o ruptura de los progenitores, cuyo art. 12.4, interpretado *a sensu contrario*⁶¹¹, permite tal posibilidad, aunque, como ha puesto de manifiesto algún autor⁶¹², no se ofrecen criterios para determinar cuándo se va a atribuir el uso de la vivienda por periodos alternos a ambos progenitores. Con todo, y a pesar de que haya que recurrir a la interpretación a contrario para advertir la posibilidad de la medida, de la dicción literal del precepto hay que entender que ésta es la regla general, ya que la atribución del uso a uno de los progenitores en función del criterio de necesidad jugará en defecto de la atribución del uso alterno, o, como dice el precepto, procederá “si el uso de la vivienda no fuera atribuido por periodos alternos a ambos [progenitores]”⁶¹³.

Las mismas consideraciones deben realizarse respecto a la redacción del nuevo art. 96.2.III CC dada por el Anteproyecto, según el cual “En todo caso, si la guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores y no fuera atribuido el uso de la vivienda familiar por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda”.

Por lo demás, el art. 12.7 de la Ley vasca establece que “En el caso de atribuirse la vivienda a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario, teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquiler de viviendas similares y la capacidad económica de los miembros de la pareja”. En relación con esto, se ha planteado si debe proceder la misma compensación para el caso de que se establezca un uso alterno de la vivienda familiar y ésta sea privativa de uno de los cónyuges⁶¹⁴. En nuestra opinión, como ya dijimos en su momento, no acertamos a ver qué diferencia puede haber entre una pérdida permanente (como sería el caso de que se

⁶¹¹ Dice el precepto que “Si la guarda y custodia fuera compartida entre los progenitores y el uso de la vivienda no fuera atribuido por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fuera compatible con el interés superior de los hijos e hijas”.

⁶¹² SEISDEDOS MUIÑO, A.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 7/2015, del Parlamento Vasco”, cit., p. 151.

⁶¹³ En contra, SEISDEDOS MUIÑO, A.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 7/2015, del Parlamento Vasco”, cit., p. 151, quien considera que el art. 12.4 no prioriza ninguna solución.

⁶¹⁴ SEISDEDOS MUIÑO, A.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 7/2015, del Parlamento Vasco”, cit., p. 159.

atribuyera el uso de la vivienda familiar al progenitor no titular) o periódica (como ocurriría en el caso de uso alterno): en ambos casos, quedaría limitada, de forma más o menos grave, la facultad de poseer la vivienda familiar que corresponde al titular de la misma, y éste se vería compelido a procurarse otra vivienda, por lo que entendemos que también debería aplicarse en el supuesto aquí analizado la compensación prevista en el art. 12.7.

En otro orden de ideas, y en relación con la Ley valenciana núm. 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, la doctrina entiende que la posibilidad de atribuir el uso alterno de la vivienda a ambos progenitores puede deducirse del art. 6.1, según el cual “A falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda”.

A la vista del precepto, la expresión “preferencia en el uso de la vivienda familiar” sería habilitación suficiente para que el juez pudiera atribuir el uso alterno, habida cuenta que en dicha fórmula tendría cabida no sólo el uso exclusivo de la misma, sino también otras formas de aprovechamiento⁶¹⁵, muy especialmente, el uso compartido o alterno de la vivienda familiar, o, incluso, que la misma sea atribuida al progenitor no custodio.

En fin, hay que tener en cuenta que esta solución, lógicamente, puede ser adoptada también por los cónyuges de común acuerdo, en ejercicio de su autonomía de la voluntad en este ámbito. Esta posibilidad, además, está prevista expresamente en el art. 233-20.1 CCCat., precepto en cuyo último inciso se dice que los cónyuges

⁶¹⁵ ALGARRA PRATS, E. y BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “Atribución del uso de la vivienda en los casos de crisis familiares: anotaciones al artículo 6 de la Ley Valenciana de Relaciones Familiares”, cit., p. 104.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA

“También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados”⁶¹⁶.

2. La atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor que tenga más necesidad de ella.

Otra de las fórmulas empleadas para ordenar el destino de la vivienda familiar en los casos en que se concede una guarda y custodia compartida es la de atribuir el uso de la misma al progenitor que tenga mayor necesidad de ella. Es decir, a diferencia del supuesto anterior, en el que se alternaban ambos progenitores en el uso de la vivienda (permaneciendo siempre en ella los hijos), aquí el uso de ésta se concede al progenitor que tenga más necesidad, siendo, por tanto, un uso exclusivo de la misma. Ello implica que serán los hijos, y no los progenitores, quienes deban cambiar de domicilio, permaneciendo en la vivienda familiar únicamente durante el periodo de guarda del progenitor usuario.

Esta fórmula evita los posibles conflictos que puedan producirse entre los progenitores por continuar compartiendo una vivienda y sus vicisitudes, que, de ello no cabe duda, sigue suponiendo un nexo de unión cuando seguramente ellos no quieran tener ya nada en común⁶¹⁷. En cambio, y a diferencia de la anterior, a esta solución podría criticársele el hecho de desvincular a los hijos de su entorno vital durante el

⁶¹⁶ Tal posibilidad cede, sin embargo, si no existe acuerdo sobre este extremo, o no es aprobado por el juez, ya que éste, en los casos de custodia compartida, y por imperativo del art. 233-20.3.a) CCCat., debe atribuir el uso de la vivienda familiar “al cónyuge más necesitado de protección”, sin que pueda realizar una atribución del uso alterno de la misma a los progenitores, tal y como ha entendido la jurisprudencia catalana, según la cual esta medida únicamente puede ser acordada por los cónyuges, de forma que no puede el juez imponerla contra la voluntad de éstos.

En este sentido, la SAP Barcelona núm. 651/2014, de 6 de octubre (JUR 2014, 295509), afirma que “únicamente los cónyuges o los miembros de la pareja estable pueden acordar el uso alternativo del domicilio familiar, sin que pueda adoptar tal medida la autoridad judicial en un proceso en el que no haya acuerdo de las partes sobre esta forma de organización familiar”.

⁶¹⁷ Así lo pone de manifiesto la SAP Islas Baleares núm. 50/2015, de 16 de febrero (JUR 2015, 81005), al aseverar que “el uso alternativo entre los progenitores de la citada vivienda, se nos antoja en el caso como una mayor fuente de conflictos entre ambos, en temas económicos, de relación y uso de la vivienda que dificultarían el desarrollo de una vida individual de cada progenitor, con control recíproco de la vida del otro, nada recomendable para dos personas que se acaban de divorciar, conflictos que necesariamente han de repercutir en el bienestar de los dos hijos comunes”. Por todo ello, la Audiencia acaba concediendo el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado de protección, la mujer.

periodo de guarda del progenitor no usuario, algo que, a nuestro juicio, no puede sostenerse a la luz de los tiempos actuales.

En este sentido, hemos tenido ocasión ya de “desmitificar” la noción o el concepto de entorno como algo básico para los hijos menores. Desde luego, y habida cuenta la sociedad actual, de la globalización y de la importancia de las relaciones, parece más adecuado considerar (tanto desde un punto de vista personal, como profesional, con miras a un futuro) que un cambio de entorno puede ser beneficioso para los hijos (sean o no menores), pues contribuye a enriquecer las relaciones de los mismos. De lo contrario, se estaría tratando de proteger un entorno “cerrado”, que aislara al menor de toda conexión con la vida real. Lógicamente, los hijos deben tener un núcleo duro de desarrollo de su personalidad constituido por sus familiares más influyentes (padres, hermanos, abuelos, etc.) y sus amistades más cercanas, pero ello no debe ser obstáculo para permitir aumentar dicho círculo de amistades o conocidos, máxime cuando hoy en día muchas de las relaciones y/o amistades se pueden seguir manteniendo desde un plano virtual (por ejemplo, mediante Internet o los distintos servicios de mensajería móvil instantánea, como “WhatsApp”, “Line”, “Telegram”, etc.).

En cuanto a la aplicación práctica de esta solución, en el Derecho común la medida ha sido utilizada en los supuestos de custodia compartida sobre la base de una aplicación analógica del art. 96.II CC, según el cual “Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente”⁶¹⁸. Así, en el supuesto de custodia compartida los hijos quedan en la

⁶¹⁸ En este sentido, la emblemática STS núm. 593/2014, de 24 de octubre (RJ 2014, 5180), afirmó que “Lo cierto es que el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver «lo procedente». 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, similar a la que se establece

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA

compañía de uno y otro progenitor (de ahí la analogía), lo que obliga al juez a realizar una ponderación de las circunstancias concurrentes para poder resolver “lo procedente”: en particular, deberá determinar cuál es el interés más necesitado de protección⁶¹⁹, y atender, también, a si la vivienda familiar es privativa de uno de los cónyuges o de ambos⁶²⁰.

No obstante lo anterior, esta solución ha tenido cierto desarrollo legal, al ser contemplada por las legislaciones autonómicas que tratan la cuestión de las relaciones familiares:

a) Así, el art. 233-20.3.a) CCCat. establece que “la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado” cuando la guarda de

en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC”.

De la misma forma, las posteriores SSTS núm. 658/2015, de 17 de noviembre (RJ 2015, 5392); y núm. 51/2016, de 11 de febrero (RJ 2016, 248), resolvieron que “Esta Sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con ella conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 C. Civil, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, computable desde la fecha de la presente sentencia con el fin de facilitar a ella y a los menores (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia (STS 9 de septiembre de 2015, rec. 545 de 2014), transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales”.

⁶¹⁹ Así, concede el uso de la vivienda familiar al progenitor cuyo interés es el más necesitado de protección la SAP A Coruña núm. 11/2016, de 15 de enero (JUR 2016, 116241). Dice la Audiencia que “Es evidente que, en estos momentos, el interés más necesitado de protección es el representado por [la mujer], por cuanto su situación económica no es estable, realizando trabajos temporales de forma más o menos esporádica, en un momento de crisis económica con unos graves problemas para el acceso al empleo notoriamente conocidos. Frente a ello, [el hombre] es funcionario, con unos ingresos muy superiores a los que percibe su exesposa cuando ésta trabaja”.

Del mismo día, la SAP A Coruña núm. 12/2016, de 15 de enero (JUR 2016, 116980), atribuye el uso de la vivienda familiar a la ex mujer, aunque en el caso se constata que ninguno de los cónyuges precisa una especial protección en cuanto a la atribución del uso de la vivienda.

⁶²⁰ La SAP Ourense núm. 35/2016, de 29 de enero (JUR 2016, 76244), concedió el uso de la vivienda familiar a su titular, habida cuenta la paridad entre los ingresos de ambos cónyuges. Dice, así, que “En el caso, siendo los ingresos de ambos padres similares y más bien escasos, procede atribuir al padre el uso de su propio domicilio, si bien habrá de compensar a la madre por este concepto la cantidad de 90 euros mensuales, toda vez el importe de la carga hipotecaria que grava su vivienda (117 euros mensuales) es inferior a la renta de alquiler (320 euros/mes) que debe abonar a la madre para atender las necesidades de habitación propias y del hijo común en los periodos de convivencia”.

los hijos quede “compartida o distribuida entre los progenitores”⁶²¹. En este supuesto, la atribución del uso de la vivienda “debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas” (art. 233-20.5).

b) Por su parte, señala el art. 81.1 CDFa que “En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares”. Y, como añade el art. 81.3, “La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia”.

Por tanto, el CDFa, cuando se concede una custodia compartida, sigue, preferentemente, el criterio de necesidad (materializado en la práctica en la atribución del uso al progenitor con menores ingresos o recursos económicos⁶²², o que no disponga de vivienda alternativa⁶²³).

⁶²¹ La SAP Barcelona núm. 63/2016, de 1 de febrero (JUR 2016, 70866), sobre la base del art. 233-20.3 CCCat., que permite “realizar la atribución del uso de la vivienda familiar a cualquiera de los progenitores en los casos de custodia compartida siempre que se aprecie un interés más necesitado de protección en alguno de ellos y siempre de forma temporal”, lleva a cabo un cambio en la atribución del uso de la vivienda familiar, que había sido asignada a la madre, siendo posteriormente abandonada por ésta al trasladarse a otra localidad. Considera la Audiencia que dicha modificación en la atribución del uso de la vivienda familiar “es mucho más comfortable para los menores”.

⁶²² Así, y respecto de un matrimonio, la STSJ Aragón núm. 32/2013, de 11 de julio (RJ 2013, 5404), concedió el uso de la vivienda familiar a la ex mujer, pues, aunque tanto ella como su ex marido estaban desempleados, aquél había sido despedido improcedentemente y había cobrado una indemnización de 132.846’78 euros, que, sin duda, le colocaban en una mejor posición a la hora de procurarse una vivienda para residir.

V. igualmente, sobre el criterio de necesidad por menores ingresos económicos, la SAP Huesca núm. 16/2014, de 11 de febrero (JUR 2014, 71037), también sobre un caso de divorcio; y la SAP Zaragoza núm. 131/2015, de 24 de marzo (JUR 2015, 105905).

⁶²³ Como ya vimos, la SAP Huesca núm. 159/2012, de 27 de julio (JUR 2012, 289330), relativa a un supuesto de divorcio, tiene en cuenta, a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar a la madre, no sólo sus menores ingresos económicos, sino también el hecho de tener mayor dificultad para acceder a una vivienda facilitada por familiares (como podrían ser los padres), habida cuenta que nació en Rusia y “no consta que [...] tenga un arraigo derivado de familiares por consanguinidad en nuestro país”.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA

c) La Ley valenciana núm. 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, afirma a este respecto que, en los casos de custodia compartida, “la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda” (art. 6.1, primer inciso). En cuanto a la duración del uso, “la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurran circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario” (art. 6.3).

Obsérvese que la regla es distinta a las contenidas en el CDFA y en el CCCat., donde primaba el criterio de necesidad. Aquí, por el contrario, prima el interés superior del menor, por lo que la atribución en función de las mayores dificultades objetivas de acceso a otra vivienda únicamente se producirá si es compatible con lo que dicte el interés superior del menor.

d) Por otro lado, el art. 12.4 de la Ley vasca núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, dispone que “Si la guarda y custodia fuera compartida entre los progenitores y el uso de la vivienda no fuera atribuido por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fuera compatible con el interés superior de los hijos e hijas”⁶²⁴. En este caso, la atribución del uso de la vivienda “deberá hacerse con carácter temporal por un máximo de dos años, y será susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga deberá solicitarse, como máximo, seis meses antes del

⁶²⁴ La expresión “interés superior de los hijos e hijas” es claramente ilustrativa de la filosofía de la ley vasca de relaciones familiares, para la cual el interés que debe protegerse es, ampliamente, el de los “hijos e hijas” y no, exclusivamente, el de los hijos menores, algo que tiene su reflejo, por ejemplo, en que la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por otorgársele la guarda y custodia de los hijos se extiende hasta que alcancen la independencia económica, o, como dice el art. 12.5.II, “mientras dure la obligación [de los progenitores] de prestarles alimentos”.

vencimiento del plazo fijado, y tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas” (art. 12.5.I).

Como hemos puesto de manifiesto en el epígrafe anterior, la atribución del uso a uno de los progenitores en función del criterio de necesidad jugará en defecto de la atribución del uso alternativo a ambos progenitores. Y, en cualquier caso, y de forma similar a lo dispuesto en la ley valenciana, la atribución en función del criterio de necesidad debe ser compatible con el interés superior de los hijos.

e) En fin, en virtud del nuevo art. 96.2.III CC redactado por el Anteproyecto, “En todo caso, si la guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores y no fuera atribuido el uso de la vivienda familiar por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda”. Ello será así “por un tiempo máximo de dos años”, pudiendo, el cónyuge adjudicatario del uso, “instar tres meses antes del vencimiento del plazo, con carácter excepcional y si continuara teniendo dificultades para el acceso a otra vivienda, la modificación de la medida y una prórroga del uso por otro año” (según la redacción del art. 96.3.II CC dada por el Anteproyecto).

Al igual que sucede en el caso de la norma vasca de relaciones familiares, la atribución del uso a uno de los progenitores en función del criterio de necesidad jugará en defecto de la atribución del uso alternativo a ambos progenitores; sin exigirse, en cambio, que tal atribución en base a criterios de necesidad sea compatible con el interés superior de los hijos.

Realizado este breve recorrido por las distintas normas de las legislaciones autonómicas que realizan la atribución del uso de la vivienda familiar en función del criterio de necesidad en los casos de custodia compartida, resulta importante efectuar una consideración común a todas ellas. Y es que, como se observa, el criterio de necesidad en muchas de las ocasiones se concreta en la expresión “tener objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda”, algo que requiere, sin duda, cuanto menos, de una matización.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA

En efecto, desde un punto de vista económico, y como hemos tenido ocasión de manifestar en su momento, las “mayores dificultades de acceso a otra vivienda” no deben equipararse a una compraventa, pues, de ser así, carecería de sentido dicha regla en una época como la actual, en la que prácticamente la totalidad de la población tiene dificultades para llevar a cabo una compraventa de vivienda, debiendo suscribir un contrato de préstamo hipotecario que se amortizará durante un periodo más o menos prolongado de tiempo⁶²⁵.

2.1. La compensación económica por la pérdida del uso de la vivienda familiar que sufre el progenitor propietario o copropietario de la misma.

En otro orden de cosas, hay que llamar la atención sobre una cuestión que ha sido prevista ya en algunas legislaciones autonómicas: el valor patrimonial que debe asignarse a la pérdida de uso de la vivienda familiar. En este supuesto, a diferencia del anterior (en el que ambos progenitores rotaban en el uso de la vivienda familiar), ésta es usada de modo exclusivo por uno de ellos, que, en la mayoría de los casos, será el progenitor no titular o, como mucho, copropietario de la vivienda. Si se tiene en cuenta que el uso de la vivienda ya no se puede considerar aquí (con carácter general) como una contribución *in natura* a tener en cuenta en la cuantía de la pensión de alimentos, en la medida en que, en principio, el hecho de estar ante una custodia compartida excluye que deban prestarse alimentos (salvo el caso de desproporción entre los ingresos de ambos progenitores⁶²⁶), procede plantearse qué tipo de compensación debe recibir el

⁶²⁵ Recordemos lo apuntado en este sentido por LANGA MUELA, A.: *Custodia compartida en Aragón: análisis de los artículos 75 a 84 del Código de Derecho Foral de Aragón, de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia de los progenitores con hijos comunes a cargo*, cit., pp. 76-77, para quien considera la expresión “acceso a una vivienda” “comprende cualquier contrato legal que permita al progenitor residir en un inmueble”.

⁶²⁶ En cualquier caso, aun siendo esto así, el hecho de que se atribuya el uso de la vivienda familiar por razones de necesidad a uno de los progenitores ya advierte, de entrada, que existe una dificultad económica en uno de ellos (y, en consecuencia, una desproporción entre los ingresos y/o patrimonio de ambos); por lo que no suele ser infrecuente que, junto a la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor más necesitado de protección, le sea impuesto al otro, además, el pago de una pensión de alimentos.

V. a este respecto las ya citadas SSAP Castellón núm. 86/2014, de 23 de junio (AC 2014, 1718); y Valencia núm. 555/2014, de 16 de julio (JUR 2014, 252470) (si bien ambas relativas a una uniones extramatrimoniales).

progenitor propietario de la vivienda por el sacrificio consistente en verse privado de su uso o del beneficio económico que podría obtener en caso de explotación económica de la misma⁶²⁷ (mediante un arrendamiento, por ejemplo).

El art. 6.1 de la Ley valenciana núm. 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, resuelve la cuestión fijando una compensación a cargo del progenitor usuario (y a favor del titular), que tendrá en cuenta para su cálculo “las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso” (por ejemplo, el importe de la eventual pensión de alimentos⁶²⁸, los ingresos del progenitor custodio⁶²⁹, o varios de estos factores al mismo tiempo⁶³⁰). Tal compensación, prosigue

⁶²⁷ La SAP Alicante núm. 233/2014, de 10 de julio (JUR 2015, 52617), afirmó que “El hecho de que el apelante [no atributivo del uso] tenga solucionadas de otra forma sus necesidades de vivienda no es un obstáculo de fondo [para que proceda la compensación], ya que lo que el art. 6 de la Ley 5/2011 persigue es compensar «la pérdida de uso y disposición privativa ... o común», lo que vale tanto como decir la pérdida de determinadas facultades inherentes a la propiedad y entre ellas no sólo figura el uso directo y personal sino también la posibilidad de obtener un beneficio económico mediante el arrendamiento o la venta inmediata”. La Audiencia fijó finalmente la compensación por la privación del uso en 125 euros.

⁶²⁸ Por ejemplo, la SAP Castellón núm. 86/2014, de 23 de junio (AC 2014, 1718), relativa a una unión extramatrimonial, tuvo en cuenta la compensación prevista en el art. 6.1 no como una cuantía autónoma que debía satisfacer el progenitor usuario, sino como una cuantía que actuaba aminorando el importe de la pensión de alimentos que debía abonar el progenitor titular y, en consecuencia, acreedor de dicha compensación. En concreto, el impacto de la compensación por pérdida de uso de la vivienda familiar se traduce, en el caso, en una reducción de 100 euros de la pensión de alimentos, fijada inicialmente en 300 euros. De este modo, dice la Audiencia que “nosotros entendemos que partiendo de la correcta pensión por alimentos de 300 euros establecida y razonada por el Juzgado, pero dada la atribución del domicilio [...] a la hija y a la madre, y la compensación necesaria que establece la ley valenciana, estimamos más correcta la cantidad de 200 euros, como cantidad más ajustada, dada la pérdida que tiene [el padre] como consecuencia de la entrega del uso de la vivienda de su propiedad, y la cuota hipotecaria que debe abonar por la misma y sus posibles ingresos”.

⁶²⁹ Así, la SAP Alicante núm. 318/2013, de 19 de julio (JUR 2013, 350222), fijó una compensación económica por la pérdida del uso de la vivienda por importe de 150 euros a cargo del progenitor usuario, la madre, pues, toda vez ser la cuantía de un alquiler en la misma zona más elevado, la situación económica de aquélla es también más desfavorable.

Por su parte, la SAP Valencia núm. 132/2015, de 3 de marzo (JUR 2015, 128834), redujo la cuantía de la compensación económica de 190 a 100 euros, “teniendo en consideración no sólo el precio del alquiler de la vivienda, que es el de 382 euros al mes (folio 212), sino también los escasos ingresos de la demandada, que apenas superan los 1.000 euros al mes, según sus propias manifestaciones no contradichas eficazmente”.

⁶³⁰ De esta forma, la SAP Castellón núm. 85/2014, de 9 de junio (AC 2014, 1622), estableció una compensación económica de 70 euros, valorando diferentes conceptos, entre ellos: el importe del alquiler que venía abonando el progenitor no usuario para habitar en otra vivienda, el hecho de que éste conviviera con su nueva pareja, y los presumibles menores ingresos de la ex mujer. Afirma a este respecto la Audiencia que “El [ex marido] abona 350 euros de renta, y pretende la mitad, sin embargo ello es desmesurado dado que por mucho que pueda presumirse sobre ingresos que pueda

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA

el art. 6.1, “podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios⁶³¹ con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial”⁶³².

En similar sentido se pronuncia el recientemente analizado art. 12.7 de la Ley vasca núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, que establece, igualmente, una compensación a cargo del progenitor usuario (y a favor del titular), que se determinará “teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquiler de viviendas similares y la capacidad económica de los miembros de la pareja”⁶³³.

tener la [ex mujer], no parece que pueda asumirlo, más por otra parte, el [ex marido] tiene nueva pareja con quien cabe presumir que habita la vivienda que tiene alquilada (o sea, ésta se beneficia), de modo que de manera prudencial se fija una compensación de 70 euros al inicio de cada mes que deberá abonar la [ex mujer] a su ex esposo en tanto ocupe la vivienda”.

Asimismo, la SAP Valencia núm. 872/2014, de 13 de noviembre (JUR 2015, 74423), valoró, a efectos de fijar la compensación, “el carácter ganancial de la vivienda, la ocupación de la misma por el hijo común de los progenitores, la capacidad económica de los mismos, el importe de la pensión alimenticia establecida a cargo del progenitor no custodio y el precio medio del alquiler de viviendas semejantes, resultando de ello la suma de 180 euros”.

⁶³¹ Al encontrarse los alimentos dentro de los gastos ordinarios [por mor del art. 3.e) de la ley], VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La «necesidad de vivienda»”, cit., pp. 27-28, afirma que este precepto posibilita una doble opción para que el cónyuge no favorecido por el uso: recibir una determinada cantidad de dinero por la exclusión del uso, o abonar una menor cantidad en concepto de pensión de alimentos.

⁶³² En este sentido, la SAP Valencia núm. 606/2014, de 25 de julio (JUR 2014, 271179), confirma la resolución recurrida, que había considerado, implícitamente, la compensación económica como una contribución a los gastos ordinarios. Dice la Audiencia a este respecto que “mediante la atribución del uso de la vivienda en los términos efectuados por el juzgador *a quo*, se garantiza la cobertura de las necesidades de los menores cuando residan en compañía de su progenitora, lo que, aun cuando no se explicita literalmente sí se extrae de la sentencia recurrida, debe llevar a considerar la compensación económica por el uso de la vivienda como contribución del progenitor a los gastos generales conforme al art. 6.1 Ley 5/2011, con constatados medios económicos (28.842’56 € por rendimientos del trabajo en la anualidad 2012 y cambio de trabajo en septiembre 2013 donde es lógica una mejora de las condiciones laborales)”.

De la misma forma, la SAP Castellón núm. 92/2014, de 20 de junio (AC 2014, 1632), afirma que “Y no habiéndose especificado petición alguna por ninguna de las partes con respecto a la compensación a que tendría derecho el actor apelante con arreglo al art. 6.1 de la Ley Valenciana 5/2011, y previéndose en dicho precepto que tal compensación pueda ser computada «como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial», ya se tiene en cuenta tal derecho de compensación económica a la hora de cuantificar y hacer efectivo, en la forma indicada, el deber del padre de contribución en mayor proporción a los gastos ordinarios de los hijos”.

⁶³³ Los criterios, toda vez ser *prima facie* similares a los utilizados en el art. 6.1 de la ley valenciana, no son exactamente idénticos. Así, el criterio de las rentas pagadas por el alquiler de viviendas similares es más completo en el texto valenciano, pues tiene en cuenta no sólo la similitud de las viviendas, sino también la zona en la que se encuentran las viviendas utilizadas para la comparación, que ha de ser la misma en la que se encuentra la vivienda familiar. Desde luego, la matización es

Asimismo, hay que tener en cuenta que esta solución ha sido utilizada también, si bien de forma esporádica, por los tribunales que aplican el Derecho común, habida cuenta que el cónyuge usuario de la vivienda familiar se beneficia en la medida en que no tiene que procurarse otra vivienda; ello, a costa del cónyuge no usuario que, en caso de ser propietario o copropietario de la misma, experimenta una importante limitación de su derecho de propiedad, no sólo no pudiendo usar de la vivienda, sino tampoco pudiendo obtener rendimientos por un eventual arrendamiento de la misma⁶³⁴. En cualquier caso, la aplicación analógica de la solución a personas que tengan vecindad civil común no es pacífica⁶³⁵.

importante, pues, habida cuenta la dimensión social de la vivienda, dos viviendas similares (en cuanto a años de antigüedad, dimensión, distribución, etc.) pueden tener precios (tanto de compraventa como de arrendamiento) muy distintos, si una está ubicada en un emplazamiento céntrico y la otra en un barrio marginal.

Por su parte, para complementar tal criterio, la ley valenciana utiliza un *numerus apertus* como es la expresión “demás circunstancias concurrentes en el caso”, mientras que la ley vasca habla de “capacidad económica de los miembros de la pareja”. No cabe duda de que en la práctica ambos criterios jugarán de manera similar, contemplando principalmente, a la hora de fijar la cuantía de la compensación, cuestiones tales como el importe de la pensión de alimentos o los ingresos económicos de ambas partes; ahora bien, el hecho de que la ley vasca ciña la cuantificación de la compensación a cuestiones de “capacidad económica” parece excluir que se puedan tener en cuenta cuestiones de índole más personal (que sí podrían tener cabida en la expresión “demás circunstancias concurrentes en el caso”) como, por ejemplo, la posibilidad, por parte del progenitor custodio, de ocupar una vivienda alternativa a la vivienda familiar (por ejemplo, vivir en una vivienda titularidad de sus padres).

⁶³⁴ A este respecto, afirma la SAP Sevilla núm. 485/2015, de 20 de noviembre (JUR 2016, 60731), que “la decisión de la sentencia de atribuir el uso y disfrute al [ex marido], parece adecuada, teniendo presente la guarda y custodia compartida, y en beneficio de los menores, pero no porque exista un interés más necesitado de protección, que no sería la causa de la atribución, pues aunque no son los mismos los ingresos [los de su ex mujer eran superiores pero ambos tenían ingresos medios-altos] no puede considerarse que la situación de [l ex marido] exige atribuirle el uso del domicilio, pues tiene también ingresos que le permiten atender de forma adecuada a sus necesidades, la única cuestión es determinar si esa atribución podría suponer un cierto enriquecimiento al tener ingresos por utilizar en su beneficio el domicilio familiar que es propiedad de ambos; es por tanto razonable la obligación que ya recoge la sentencia de que sea el que la use quien deba costear gastos, pero ello no es suficiente y por ese uso se debe fijar una cantidad en concepto de la renta que debería en su caso compartir con quienes son propietarios del inmueble, y en atención a ello se debe fijar como contraprestación al uso y en tanto se mantega, la obligación de abono por parte de [l ex marido] de 250 euros mensuales en favor de [la ex mujer]; procede estimar en este particular el recurso y revocar esa sentencia”.

⁶³⁵ La SAP Alicante núm. 331/2015, de 22 de septiembre (JUR 2016, 127431), aseveró en este sentido que “No procede la atribución de una compensación por el uso de la vivienda durante estos tres años a favor de la [ex mujer], como solicita en su recurso, pues como se ha señalado ello sólo está previsto en la Ley 5/2011 de la Comunidad Valenciana y no es posible la aplicación analógica de esta ley cuando las partes del proceso tengan vecindad civil común. El Código Civil nada prevé al respecto y la extensión analógica a la que se refiere la STS de 24 de octubre de 2014 sólo se da en

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA

Recordemos, en fin, que esta medida de la compensación económica por pérdida de uso de la vivienda, para cuyo cálculo se tiene en cuenta, principalmente, las rentas pagadas en concepto de alquiler de viviendas similares, evoca necesariamente a la solución prevista en el Derecho portugués (también el francés⁶³⁶). En efecto, el art. 1793.1 CCP dispone que “El tribunal puede dar en arrendamiento a cualquiera de los cónyuges, a instancia suya, la vivienda familiar, sea ésta común o del otro cónyuge, considerando, particularmente, las necesidades de cada uno de los cónyuges y el interés de los hijos de la pareja”.

2.2. La limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor cuyo interés sea el más necesitado de protección.

Otra cuestión de importancia básica en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge cuyo interés sea el más necesitado de protección es la relativa a la limitación temporal de la atribución. La cuestión, como se observa, no es baladí, porque, de una parte, el cónyuge no usuario que sea propietario o copropietario de la vivienda familiar tendrá interés en que la atribución del uso al otro cónyuge sea por un periodo de tiempo lo más reducido posible; pero, al mismo tiempo, dicho interés puede chocar frontalmente con otro interés que debe recibir una mayor protección, cual es el interés superior del hijo consistente, no ya en continuar en la vivienda familiar, sino en tener una vivienda, un techo, durante el periodo de tiempo que pase en compañía del progenitor usuario⁶³⁷.

relación a la limitación temporal y no a la fijación de una posible compensación económica que carece de apoyo legal o jurisprudencial por aplicación de la normativa común estatal”.

⁶³⁶ Así, el primer párrafo del art. 285-1 del Code Civil francés establece que “Si el local que sirve de vivienda familiar pertenece en propiedad o personalmente a uno de los cónyuges, el juez podrá atribuirlo en alquiler al cónyuge que ejerza sólo o de forma conjunta la patria potestad de uno o de varios de los hijos cuando éstos tuvieran su residencia habitual en dicha vivienda y su interés así lo exigiese”.

⁶³⁷ A este respecto, la STS núm. 465/2015, de 9 de septiembre (RJ 2015, 4179), consideró que la atribución del uso de la vivienda familiar efectuada por el Juzgado al padre no tenía una base muy sólida, habida cuenta que “ambos [progenitores] perciben salarios que les permiten arrendar viviendas separadas, y una digna autonomía económica”, por lo que no aprecia el supuesto interés más necesitado de protección del padre, criterio en base al cual había realizado el Juzgado la atribución del uso. Así las cosas, dice el Supremo que “no consta la necesidad de que al padre se le atribuya la vivienda familiar *sine die*, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 del C. Civil, aplicado analógicamente, se fija un plazo de tres años durante el que el padre podrá hacer uso de la vivienda

Las legislaciones autonómicas que regulan la cuestión han introducido limitaciones temporales a la atribución del uso de la vivienda familiar, en sintonía con la necesidad de ofrecer nuevas alternativas al art. 96.I CC, que implicaba una inmovilización importante de la vivienda familiar⁶³⁸.

a) Así, el art. 233.20-5 CCCat. indica que “La atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges, en los casos de los apartados 3⁶³⁹ y 4, debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas”⁶⁴⁰.

familiar y garaje, tras el que deberá abandonarla, salvo pacto entre las partes, quedando integrada la vivienda y el garaje en el proceso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales”.

Por su parte, las posteriores SSTS núm. 658/2015, de 17 de noviembre (RJ 2015, 5392); y núm. 51/2016, de 11 de febrero (RJ 2016, 248), acordaron mantener a la madre en el uso de la vivienda familiar durante un año, “con el fin de facilitar a ella y a la menor (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia [...], transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales”.

En la jurisprudencia menor, la SAP Asturias núm. 155/2016, de 27 de abril (JUR 2016, 120235), atribuyó el uso de la vivienda familiar a la ex mujer en atención a la peor situación económica respecto de su ex marido, en tanto en cuanto no se liquide la sociedad de gananciales, y, en todo caso, durante un plazo mínimo de cuatro años a contar desde la fecha de la sentencia.

⁶³⁸ V. *supra* el apartado II.5.1.2.

⁶³⁹ Este apartado menciona, en el caso a), el supuesto de atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado de protección cuando “la guarda de los hijos queda compartida o distribuida entre los progenitores”.

⁶⁴⁰ Por ejemplo, la SAP Barcelona núm. 920/2015, de 10 de diciembre (JUR 2016, 21147), estableció una limitación temporal del uso de la vivienda familiar (concedido a la madre) de tres años, habida cuenta la peor situación económica de ésta, pues el padre tenía un trabajo estable con unos ingresos mensuales superiores a los 2.000 euros netos, mientras que la madre se encontraba en situación de desempleo.

En un sentido similar, la SAP Tarragona núm. 314/2014, de 6 de octubre (JUR 2014, 298792), fijó una limitación temporal de dos años a favor de la madre, plazo que se estimó oportuno para que ésta pudiera “solventar la necesidad que en la actualidad presenta de usar vivienda”. En el caso, la Audiencia consideró que la madre tenía la necesidad de vivienda más urgente, pues el padre, tras la ruptura matrimonial, se fue a vivir a casa de sus progenitores; opción que, sin embargo, no tenía aquella, habida cuenta las malas relaciones con sus padres, y que tenía una vivienda en propiedad gravada con un derecho de usufructo.

También aplica este precepto la SAP Barcelona núm. 302/2015, de 7 de mayo (JUR 2015, 186500).

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA

b) Por su parte, el art. 81.3 CDFA⁶⁴¹ establece que “La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores [con independencia del régimen de custodia] debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia”⁶⁴².

c) Igualmente, el art. 6.3 de la Ley Valenciana núm. 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven⁶⁴³, dispone que “En los supuestos de los dos apartados anteriores [el art. 6.1 se refiere a la custodia compartida], la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario”⁶⁴⁴.

d) El art. 12.5.II de la Ley del País Vasco núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, afirma a este respecto que “La atribución del uso de la vivienda a uno de los progenitores por razones de necesidad deberá hacerse con carácter temporal por un máximo de dos años, y será susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga deberá solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado, y tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas”. El precepto ha de interpretarse en el sentido de que la atribución del uso de la vivienda familiar se realiza al progenitor más necesitado de protección, habiéndose otorgado una custodia compartida (o teniendo la custodia exclusiva de los hijos el otro cónyuge -art. 12.3-), ya que, si se hubiese atribuido una custodia monoparental, la limitación temporal contemplada en el precepto podría perjudicar la necesidad habitacional de los hijos menores.

⁶⁴¹ V. *supra* el apartado II.5.1.2.A).

⁶⁴² V. en este sentido STSJ Aragón núm. 32/2013, de 11 de julio (RJ 2013, 5404); y SSAP Zaragoza núm. 375/2014, de 29 de julio (JUR 2014, 221689), y núm. 153/2012, de 20 de marzo (JUR 2012, 127201).

⁶⁴³ V. *supra* el apartado II.5.1.2.B).

⁶⁴⁴ V. en este sentido las SSAP Valencia núm. 10/2014, de 14 de enero de 2015 (JUR 2015, 95939); y núm. 312/2015, de 25 de mayo (JUR 2015, 206455).

e) Por lo demás, y continuando con la ley vasca de relaciones familiares, el art. 12.5.II, al igual que el resto del articulado de dicha ley, se inspira en las soluciones del “Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia”, que, en este punto, adopta una postura casi idéntica (como resulta lógico dada la enorme similitud entre ambos textos), al aseverar el nuevo art. 96.3.II CC que “Cuando el uso de la vivienda no se otorgase en consideración a la guarda y custodia de los hijos, lo será por un tiempo máximo de dos años. El cónyuge adjudicatario del uso podrá instar tres meses antes del vencimiento del plazo, con carácter excepcional y si continuara teniendo dificultades para el acceso a otra vivienda, la modificación de la medida y una prórroga del uso por otro año”.

Junto a las soluciones contempladas por las leyes autonómicas de relaciones familiares, hay que tener en cuenta que, en materia de custodia compartida, y tratándose de la atribución del uso de la vivienda al progenitor más necesitado de protección, el Tribunal Supremo ha excepcionado su consolidada doctrina relativa a la imposibilidad de establecer limitaciones temporales al derecho de uso en tanto en cuanto los hijos sean menores de edad, afirmando que, en dicho caso, al no estar basada la atribución en el interés del menor a continuar residiendo en la vivienda familiar (como ocurre en el caso del art. 96.I CC), sino en la necesidad de la vivienda por parte de uno de los progenitores, debe hacerse una aplicación analógica a este ámbito del art. 96.III CC, y, en consecuencia, limitar temporalmente la atribución⁶⁴⁵, sin perjuicio, naturalmente, de

⁶⁴⁵ La STS núm. 593/2014, de 24 de octubre (RJ 2014, 5180), afirmó a este respecto que “Lo cierto es que el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver ‘lo procedente’. 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, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC”. V. en el mismo sentido las posteriores SSTS núm. 434/2016, de 27 de junio (RJ 2016, 2876); y núm. 522/2016, de 21 de julio (RJ 2016, 3445); y, en la jurisprudencia menor, reproducen dicha doctrina

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA

la posibilidad de prorrogar el periodo de uso si, una vez expirado el plazo, la situación de necesidad persiste, pues, de otro modo, se correría el riesgo de dejar desamparado al menor durante los periodos de guarda del progenitor necesitado de protección⁶⁴⁶.

Desde luego, y como ya justificamos en su momento, la fijación de un límite temporal puede salvaguardar mejor todos los intereses en juego, siempre y cuando, cumplido el plazo de uso, las necesidades de vivienda de los hijos queden cubiertas por otras vías. Con todo, hay que precisar que estas otras vías no pasan necesariamente por el hecho de que el progenitor necesitado de protección adquiera una vivienda, lo cual, atendiendo a la situación económica actual, es realmente complicado, máxime, si tenemos en cuenta su propio estado de necesidad. De lo que se trata es de darle cobijo a los hijos sin perjudicar otras necesidades (alimentación, vestido, etc.), lo que implica, únicamente, que dicho progenitor debe tener una situación económica más o menos desahogada, para ser capaz de hacer frente a los gastos de manutención y alojamiento de los hijos a su cargo⁶⁴⁷.

las SSAP Vizcaya núm. 711/2014, de 15 de diciembre (JUR 2015, 65522); Córdoba núm. 566/2014, de 22 de diciembre (JUR 2015, 83252); Cáceres núm. 70/2015, de 12 de marzo (JUR 2015, 98701); Alicante núm. 331/2015, de 22 de septiembre (JUR 2016, 127431); Navarra núm. 389/2015, de 22 de octubre (JUR 2016, 147352); Asturias núm. 296/2015, de 26 de octubre (JUR 2015, 258956); A Coruña núm. 11/2016, de 15 de enero (JUR 2016, 116241); A Coruña núm. 12/2016, de 15 de enero (JUR 2016, 116980); Ourense núm. 35/2016, de 29 de enero (JUR 2016, 76244); A Coruña núm. 144/2016, de 15 de abril (JUR 2016, 116978); Valladolid núm. 108/2016, de 25 de abril (JUR 2016, 174192); y Vizcaya núm. 285/2016, de 4 de mayo (JUR 2016, 187870).

⁶⁴⁶ Posiblemente, una de las razones para admitir aquí las limitaciones temporales tiene que ver con el hecho de que los supuestos de custodia compartida implican que ambos progenitores deban rehacer, en mayor o menor medida, su situación económico-laboral, por lo que es probable que ambos presenten a medio plazo situaciones económicas relativamente cómodas, que permitan cubrir la necesidad de alojamiento de los hijos al margen de la vivienda familiar.

⁶⁴⁷ Como se puede deducir de la STS núm. 191/2011, de 29 de marzo (RJ 2011, 3021), el uso de la vivienda familiar es prescindible en aquellos casos en que el hijo tenga garantizada su necesidad de alojamiento por otros medios, como puede ser el hecho de tener a su disposición otra vivienda, o simplemente poseer recursos económicos suficientes, ya sean propios o proporcionados por el otro cónyuge en cumplimiento de una pensión de alimentos.

En concreto, y en interpretación de dicha sentencia, sostiene la SAP Valladolid núm. 242/2013, de 23 de septiembre (JUR 2013, 313710), que aquélla “mantiene el criterio de que el hijo no precise de la vivienda familiar si sus necesidades de habitación pueden ser satisfechas a través de otros medios. Esos medios pueden ser recursos económicos en efectivo que el padre proporcione para cubrir las necesidades de habitación del hijo”.

3. La no atribución del uso de la vivienda familiar.

Descendiendo un poco más en la línea de alejar a los hijos de la vivienda familiar, encontramos el supuesto más extremo: la no atribución del uso de la vivienda, que supone que aquéllos convivirán con sus progenitores en dos viviendas distintas a la que constituyó el domicilio familiar. En efecto, en el primero de los supuestos (uso alterno), los hijos permanecían habitando la vivienda familiar, siendo los padres los que se alternaban en su uso; en el segundo (atribución del uso al cónyuge más necesitado de protección) los hijos sólo habitaban la vivienda familiar durante el periodo en el que convivieran con el progenitor usuario; aquí, por último, se pierde totalmente la relación con la vivienda familiar, al vivir el menor en dos viviendas distintas a ésta durante los periodos de tiempo que pase con cada uno de sus progenitores.

La solución, como resulta lógico si se tiene en cuenta la tradicional importancia ofrecida a la permanencia de los hijos en la vivienda familiar, no ha tenido aún reflejo legal, pero ha sido admitida por la jurisprudencia en diversas ocasiones. Desde luego, esta medida puede resultar positiva atendiendo a varios criterios, especialmente en los casos en que la vivienda familiar sea de titularidad ganancial. Así, desde un punto de vista económico, el desuso de la vivienda familiar permite a los progenitores una mayor rapidez en la liquidación de la sociedad de gananciales. También, desde un punto de vista de la relación entre los ex cónyuges, el hecho de que la vivienda familiar sea prescindible, hace que aquéllos puedan tomar las decisiones que correspondan sobre ella en un primer momento, sin necesidad de seguir manteniendo un contacto que puede resultar incómodo y que, en las más de las ocasiones, difícilmente cristalizará en un acuerdo sobre las vicisitudes de la vivienda familiar⁶⁴⁸.

⁶⁴⁸ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G.: “La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el derecho de cosas”, cit., p. 1145, explica que con esta solución se evitan las situaciones conflictivas que puede generar la atribución del uso de la vivienda familiar a uno solo de los cónyuges o a los dos a la vez.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA

Sin embargo, lo cierto es que, a día de hoy, insistimos, tal solución no está contemplada legalmente, lo que plantea la duda de si puede adoptarse por los jueces contraviniendo los mandatos legales establecidos en tal sentido⁶⁴⁹.

Por nuestra parte, entendemos que ello debe permitirse siempre y cuando sea la solución más idónea para la resolución del conflicto, algo que ocurrirá en la generalidad de los casos en que los ex cónyuges no precisen la vivienda familiar, por los beneficios recién explicados, relativos a la rapidez en la liquidación de la sociedad de gananciales y a la rápida pérdida de contacto personal entre los ex cónyuges. Y es que, como venimos insistiendo, de lo que se trata es de desmontar el rigorismo en la aplicación del art. 96 CC, algo de lo que se han encargado ya las legislaciones autonómicas analizadas, apuntando también en esta misma dirección de flexibilizar las soluciones relativas a la atribución del uso de la vivienda familiar el “Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia”. En efecto, no hay dos familias iguales, como tampoco hay conflictos que se presenten de la misma forma ni con la misma intensidad.

Así las cosas, si se tiene en cuenta que el art. 96.I CC, interpretado de acuerdo al tiempo actual, más que tratar de garantizar la continuidad de los hijos en la vivienda familiar, trata de garantizarles una vivienda que satisfaga de forma adecuada su necesidad de alojamiento⁶⁵⁰, la medida aquí analizada no tiene por qué ser rechazada de

⁶⁴⁹ El art. 91 CC obliga al juez, en defecto de convenio regulador o en caso de no aprobarse el mismo, a adoptar las medidas relativas a diferentes cuestiones, entre ellas, el destino de la vivienda familiar, para lo cual remite al art. 96, que, en ningún caso, prevé la no atribución del uso de la vivienda familiar.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el precepto parte de la premisa de que, tras la crisis matrimonial, ambos cónyuges tienen interés en seguir ocupando la “vivienda familiar”, lo que explica la necesidad de atribuir su uso a uno de ellos habida cuenta la imposibilidad de continuar conviviendo juntos. Pero, si tras la crisis matrimonial, ambos cónyuges pasan a ocupar viviendas distintas a aquella, habría que plantearse en tal caso si la vivienda en la que se ha desarrollado la convivencia familiar constante el matrimonio puede haber sido, o no, despojada de ese carácter de “familiar”. De entenderse que sí ha perdido tal condición, no sería necesario, entonces, realizar un pronunciamiento de atribución del uso *ex arts.* 91 y 96 CC, por lo que debería considerarse válida la medida aquí analizada.

⁶⁵⁰ SANTOS MORÓN, M^a. J.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de reforma”, cit., p. 23, considera en este sentido que “lo que ha de garantizar la regulación del destino de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial es que los hijos menores cuenten con un adecuado

plano, máxime cuando las viviendas en las que vivan los hijos (distintas a la familiar) pueden colmar o garantizar de mejor forma dicha necesidad.

Por lo demás, la medida, como es lógico, parte de la existencia de, al menos, una vivienda a disposición de cada uno de los progenitores (sin tener en cuenta la vivienda familiar), viviendas que pueden tener diversos orígenes: privativas, adjudicadas en la liquidación de la sociedad de gananciales⁶⁵¹, arrendadas⁶⁵², viviendas de las nuevas parejas de los cónyuges, viviendas de familiares⁶⁵³, etc.

En cualquier caso, se trata de una medida que no suele tomarse *ab initio*, es decir, en la sentencia de nulidad, separación o divorcio, sino que suele adoptarse posteriormente, en un juicio de modificación de medidas, en el que el cónyuge no atributivo del uso pretende, bien el uso para sí de la vivienda familiar vacía (no usada por el cónyuge adjudicatario por cambio de domicilio⁶⁵⁴), bien que se revoque el uso

alojamiento, pero no necesariamente que continúen residiendo en la vivienda que hasta ese momento constituía el hogar de la familia”.

⁶⁵¹ Pueden ser, por ejemplo, viviendas que los cónyuges utilizaran como segunda residencia o como viviendas de temporada.

⁶⁵² La SAP León núm. 3/2016, de 11 de enero (JUR 2016, 31829), dejó sin adscripción expresa la vivienda familiar (que había sido atribuida en la sentencia de instancia a la madre), concediéndole, para el desalojo de la referida vivienda, un plazo prudencial de seis meses a partir de la fecha de dicha resolución. Considera la Audiencia para tomar tal decisión que “no consta que la madre necesite una especial protección al contar con ingresos propios con los que puede acceder al alquiler de una vivienda adecuada a las necesidades propias y de la hija”, a lo que hay que añadir el hecho de que la ex mujer, “como ella misma reconoció en el acto del juicio, carece de recursos económicos para el mantenimiento de la misma [de la vivienda familiar]”, habida cuenta el carácter suntuario que poseía (cinco dormitorios, dos baños, dos aseos, piscina, parcela ajardinada de unos dos mil metros cuadrados, calefacción individual de gas-oil, etc.).

⁶⁵³ La STS núm. 215/2016, de 6 de abril (RJ 2016, 1321), resolvió un supuesto en el que el progenitor sostenía que venía viviendo tanto en la vivienda de un hermano como en la vivienda de su madre, sin tener un domicilio fijo, por lo que interesó en el juicio de modificación de medidas que le fuera atribuido el uso de la vivienda familiar, atribuida a la madre de la menor en la sentencia de divorcio y que se encontraba deshabitada por vivir aquélla en el chalet de su nueva pareja.

⁶⁵⁴ En este sentido, la recién citada STS núm. 215/2016, de 6 de abril (RJ 2016, 1321), no accedió a la pretensión del recurrente, por entender que éste tenía cubierta la necesidad de vivienda de forma suficiente, tanto para sí mismo como para su hija, durante el periodo en que ésta conviviera con él. En el caso, la vivienda familiar había sido atribuida en la sentencia de divorcio a la madre, pero permaneció desocupada al vivir ésta con su nueva pareja en un chalet unifamiliar; el padre, por su parte, decía vivir, mientras tanto, “a caballo” entre una vivienda de su hermano y otra de su madre. Posteriormente, en apelación, consiguió la custodia compartida de la hija, pero no así el uso de la vivienda familiar (sobre cuyo uso no se efectuó especial atribución), sentencia que fue ratificada por el Tribunal Supremo, al entender que aquél disponía de una vivienda para atender sus necesidades de alojamiento propias y las de su hija.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA

concedido, a efectos de la realización del inmueble (ya sea vendiéndose a un tercero, o adjudicándose a uno de los ex cónyuges⁶⁵⁵).

4. La enajenación de la vivienda familiar propiedad de ambos cónyuges.

Aunque en puridad no se trate de un supuesto de atribución del uso, hay que hacer referencia, sin duda, a otra solución que en estos supuestos resulta, a nuestro juicio, especialmente idónea: la venta de la vivienda familiar que es de propiedad común. A este respecto, el art. 81.4 CDFA establece que “Cuando el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el Juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares”.

En efecto, la venta de la vivienda familiar generaría unos ingresos que pueden contribuir a que los cónyuges, en caso de no disponer de vivienda alternativa, adquieran

Distinto es el caso resuelto por la SAP A Coruña núm. 126/2016, de 12 de abril (JUR 2016, 119441). La sentencia de instancia había atribuido el uso de la vivienda familiar a los hijos *sine die*, estableciendo que la guarda y custodia de los menores se llevara a cabo necesariamente en dicha vivienda. Sin embargo, la Audiencia atendió a los argumentos de la ex mujer, que sostenía que mantener tres domicilios resultaba “antieconómico”, pudiendo resultar una mejor opción la venta de la vivienda familiar común para obtener unos ingresos que contribuyeran a satisfacer las necesidades de los hijos. Así las cosas, la Audiencia estima el recurso de apelación y deja sin efecto la atribución del uso de la vivienda conyugal *sine die* a favor de los hijos, así como el hecho de que la guarda y custodia de los menores deba llevarse a efecto necesariamente en dicha vivienda. Sin embargo, y como ninguno de los progenitores había solicitado para sí el uso de la vivienda familiar, no realiza una especial atribución de la misma, si bien precisa que “comoquiera que la madre se considera el interés más necesitado de protección, dada su precaria situación económica, en defecto de acuerdo entre los litigantes, podrá, en ejecución de sentencia, solicitar su adjudicación mientras no se disuelva dicho condominio, y si así no lo hace, tal petición podrá ser efectuada por el padre, dictando el juez en tal caso un auto de adjudicación, hasta que no se disuelva a el condominio indicado”.

⁶⁵⁵ Para DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I.: “Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial”, cit., p. 2320, esta solución es especialmente ventajosa en los casos en que la vivienda familiar se encuentre gravada con una hipoteca.

En la jurisprudencia, la reciente STS núm. 434/2016, de 27 de junio (RJ 2016, 2876), conoció de un supuesto en el que el ex marido solicitó, en juicio de modificación de medidas definitivas de divorcio, el uso alterno, por semanas, de la vivienda familiar, cuyo uso había sido atribuido a su ex mujer. El Tribunal Supremo, tras constatar que ambos progenitores tenían medios económicos suficientes para garantizar la necesidad de vivienda de la hija común, acabó por desafectar la vivienda familiar al uso al que se le había destinado; seguramente, porque de esa manera se facilitaba la rápida disposición de la misma por parte de los progenitores, que eran cotitulares de la misma.

una en la que vivir junto a los hijos durante los periodos de guarda⁶⁵⁶. Las soluciones que pueden articularse son diversas: desde la venta de la vivienda a uno de los cónyuges, que devendrá propietario único, a la venta a un tercero. En cualquier caso, tanto si se adquiere una, como dos viviendas nuevas, el escenario ideal sería que ambas no distasen mucho entre sí, al objeto de no obstaculizar o dificultar la dinámica de la custodia compartida⁶⁵⁷. Por lo demás, esta solución reúne también las ventajas derivadas del hecho de no seguir compartiendo, toda vez que en espacios diferentes de tiempo, un mismo techo⁶⁵⁸.

⁶⁵⁶ DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I.: “Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial”, cit., p. 2312.

⁶⁵⁷ PINTO ANDRADE, C.: “La atribución judicial de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad”, cit., p. 18.

⁶⁵⁸ A este respecto, la SAP Islas Baleares núm. 291/2005, de 29 de junio (JUR 2005, 190190), aconseja que se lleve a efecto el pacto de los cónyuges consistente en la venta de la casa, pues “se considera que no es conveniente la atribución alternada a ninguno de los dos progenitores custodios porque ello constituiría una fuente continuada de problemas entre los progenitores y lo que se pretende por la Sala es precisamente evitar las ocasiones en que los mismos pudieran producirse”.

CAPÍTULO VI: LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA MONOPARENTAL

En el capítulo anterior analizamos las distintas soluciones articuladas por la legislación autonómica y la jurisprudencia en los supuestos en los que se concedía una custodia compartida. Toca ahora examinar qué sucede en los casos en que, en vez de concederse una custodia compartida, los jueces determinan que procede una custodia monoparental, cuyas consecuencias en materia de atribución del uso de la vivienda familiar deberían ser, al menos desde un plano teórico, distintas⁶⁵⁹ (si bien, como veremos a continuación, existen ciertas similitudes entre ambos supuestos).

A pesar del incremento de la concesión de custodias compartidas (como consecuencia, tanto de la reforma del art. 92 CC en el año 2005, como, muy especialmente, de la promulgación de legislaciones autonómicas que optan decididamente por la misma como sistema primordial en cuanto a la ordenación de las relaciones familiares entre padres-hijos después de la crisis matrimonial), hay que tener en cuenta que, desde un plano cuantitativo, la custodia monoparental sigue siendo aún, a día de hoy, el sistema más utilizado por los jueces⁶⁶⁰.

Sin embargo, como decimos, toda vez ser la custodia monoparental el sistema más utilizado por los jueces, los datos ponen de manifiesto un incremento progresivo de supuestos en los que se concede una custodia compartida, algo que podría hacerse aún

⁶⁵⁹ DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., p. 3393.

⁶⁶⁰ Según la estadística de nulidades, separaciones y divorcios del I.N.E. más reciente, la del año 2014, la custodia de los hijos menores fue otorgada a la madre en el 73'1% de las rupturas matrimoniales (frente al 76'2% del año anterior), al padre en el 5'3% (frente al 5'5% del año anterior), fue compartida por ambos progenitores en el 21'2% (frente al 17'9% del año anterior) y en el 0'4% restante de las rupturas, fue atribuida a otras instituciones o familiares. Datos disponibles para su consulta en <http://www.ine.es/prensa/np927.pdf>; fecha de la consulta: 4 de noviembre de 2015.

Como se observa, si se suman el número de custodias monoparentales concedidas a la madre y al padre da un total del 78'4% de las rupturas matrimoniales, con lo que, en términos estadísticos, casi en 4 de cada 5 supuestos de crisis matrimonial con hijos menores de edad, se acaba concediendo una custodia monoparental, con abrumador dominio de las concedidas a la madre.

más patente en el caso de continuar promulgándose legislaciones autonómicas en materia de relaciones familiares que opten por la custodia compartida y, en último término, en caso de aprobarse el Anteproyecto, que introduce un nuevo precepto, el art. 92 *bis* CC, cuyo objetivo no es tanto establecer el régimen de custodia compartida como el régimen preferente, como abandonar su carácter excepcional, para pasar a valorarse en el caso concreto qué régimen, si la custodia compartida o la custodia monoparental, salvaguarda mejor el interés superior de los menores.

En cualquier caso, hay que poner de relieve que la jurisprudencia y las legislaciones autonómicas en sede de relaciones familiares han realizado una labor de interpretación o de “corrección” del art. 96.I CC, para ajustarlo a la realidad social actual. Así, se sigue partiendo de la solución allí contenida, esto es, atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio, para, según el caso concreto, introducir algún tipo de matiz, referido, por ejemplo, a la duración temporal de la atribución; a la posibilidad de atribuir una vivienda que sea distinta de la que ha constituido el domicilio familiar cuando ello beneficie a todas las partes⁶⁶¹, etc.

⁶⁶¹ Esto podría ocurrir en diversos casos. Así, siguiendo a BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar”, cit., p. 1355, podría suceder cuando: a) el cónyuge custodio y los hijos tuvieran ya organizada su vida en otra vivienda distinta al domicilio familiar; b) cuando el cónyuge custodio tuviera medios de vida suficientes para garantizar la necesidad habitativa de los hijos, evitando de esta forma que el cónyuge propietario de la vivienda familiar quedase despojado de la misma; c) o cuando el cónyuge custodio pueda residir o resida en otra vivienda que satisfaga en mayor medida que la vivienda familiar la necesidad habitativa de los hijos. También se pronuncia en este mismo sentido LEGERÉN MOLINA, A.: “Atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio y titular exclusivo de la misma cuando el menor y el cónyuge custodio tengan satisfechas de manera adecuada sus necesidades de alojamiento en otra vivienda. Sentencia de 5 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10135)”, cit., pp. 538-541, quien, a pesar de partir de una interpretación literal del art. 96.I CC (que excluiría la atribución del uso de viviendas distintas a la familiar), concluye la necesidad de suavizar o matizar la literalidad del precepto y sus consecuencias en aquellos casos en que la necesidad de alojamiento de los hijos menores pudiera estar cubierta por otras vías. Incide el autor en que el precepto, más que establecer una atribución automática del uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio, parte del hecho de que los hijos constituyen el interés más necesitado de protección y por eso deben permanecer en la vivienda junto a aquél, lo cual, sin embargo, no excluye la posibilidad de que, en un supuesto concreto, se revele otro interés como más necesitado de protección y deba, en consecuencia, atribuírsele el uso de la vivienda a la persona que ostente o represente tal interés. Ciertamente, la interpretación literal del precepto no permitiría atribuir el uso de una vivienda distinta de la familiar; ahora bien, como hemos insistido, en esta sede, la interpretación literal del precepto está dejando paso a una interpretación sociológica, que resulta más justa a la luz de la sociedad actual y de los elementos que la definen, en particular, una mayor paridad de oportunidades laborales entre ambos cónyuges.

1. La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio.

Es ésta la solución prevista en el art. 96.I CC, en base a la cual se han resuelto la mayoría de supuestos judiciales en materia de atribución del uso de la vivienda familiar. Aquí, la decisión de atribuir el uso de la vivienda familiar se vincula a una decisión anterior, cual es la de determinar qué progenitor va a quedar en compañía de los hijos. Así, y dado que lo que el precepto pretende es principalmente salvaguardar el interés superior de los hijos a permanecer en la vivienda familiar, la atribución de ésta se hará al progenitor custodio.

Tradicionalmente, como hemos tenido ocasión de poner de manifiesto, la aplicación del precepto ha sido literal, sin tener en cuenta las posibles injusticias a que, desde un punto de vista material, podía dar lugar⁶⁶². Sin embargo, y como ahora veremos, en los tiempos actuales, como venía reclamando la doctrina con insistencia⁶⁶³,

⁶⁶² Uno de los primeros autores en tratar de relativizar el alcance del art. 96.I CC fue GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 96 CC”, cit., p. 410, quien apostó desde un primer momento por atender a las circunstancias del caso concreto para limitar las radicales consecuencias del precepto para el cónyuge propietario o copropietario que se pudiera ver privado del uso de la vivienda familiar, algo que, a juicio del autor, resultaba desproporcionado en los supuestos en que, por ejemplo, el cónyuge custodio dispusiera de una vivienda propia o en arrendamiento.

⁶⁶³ Son diversos los autores que han venido exigiendo esta relectura o reinterpretación del art. 96.I CC, que diera lugar a soluciones más justas para ambos cónyuges, como remedio transitorio a la espera de una reforma definitiva del precepto.

Así, pueden verse, entre los autores que abogan por una reinterpretación, o, directamente, reforma del art. 96.I CC, ANGUIA RÍOS, R. M.: “El acceso a la vivienda: algunas situaciones problemáticas en torno a la pareja”, cit., pp. 116-117; BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar”, cit., pp. 1354-1355; CABEZUELO ARENAS, A. L.: “Extinción de la atribución de uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con tercero. Comentario a la SAP de Almería de 19 de marzo de 2007 (AC 2007, 505)”, cit., p. 311; CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, cit., p. 16; DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., p. 3393-3394; GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: “A vueltas con la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos comunes”, cit.; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: “Crisis matrimonial y cambios en la atribución de la vivienda familiar”, cit., p. 2249; MORENO NAVARRETE, M. Á.: “Comentario a la STS de 10 de octubre de 2011. Atribución del uso de la vivienda familiar en residencia distinta a la de la convivencia familiar durante el matrimonio”, cit., p. 476; MORO BONILLO, E.: “La convivencia con terceros en la vivienda familiar”, *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 63, 2014, p. 43; PANIZA FULLANA, A.: “Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014)”, cit., pp. 89-90; PINTO ANDRADE, C.: “La atribución judicial de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad”, cit., pp. 15-20; SANTOS MORÓN, M^a. J.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de reforma”, cit., pp.

se está llevando a cabo una corrección de la solución prevista en el precepto⁶⁶⁴, mediante alguno de los mecanismos que se enumeran a continuación⁶⁶⁵. Y es que, si tenemos en cuenta que la progresiva implantación del sistema de custodia compartida está relativizando mucho la importancia de la vivienda familiar (salvo en el caso de que se acuerde el uso alternativo de la misma), parece razonable limitar, igualmente, dicha importancia en los supuestos de custodia monoparental⁶⁶⁶.

1.1. La limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar.

Una de las principales medidas correctoras que se ha intentado introducir para paliar los efectos del art. 96.I CC ha sido la de la limitación temporal del uso de la vivienda familiar⁶⁶⁷, ya que, tradicionalmente y debido a la dependencia económica de la mujer respecto del hombre, el uso de dicho inmueble por parte de aquélla se perpetuaba en el tiempo, para paliar, en la medida de lo posible, sus menores posibilidades económico-laborales. La cuestión ha sido ya tratada en sede de custodia

1-12; UREÑA MARTÍNEZ, M.: “Comentario a la STS de 14 de abril de 2011 (RJ 2011, 3590). Atribución del uso y disfrute de la vivienda habitual al menor y al progenitor titular de la guarda única en defecto de acuerdo de los cónyuges”, *CCJC*, núm. 87, 2011, p. 1827; UTRERA GUTIÉRREZ, J. L.: “1981-2011: treinta años divorciándonos”, cit., p. 4; y VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La «necesidad de vivienda»”, cit., p. 12.

⁶⁶⁴ VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La «necesidad de vivienda»”, cit., p. 4, explica acertadamente que el art. 96 CC ha experimentado una considerable evolución interpretativa, siendo de los preceptos del Código Civil que “mayormente se ha acomodado a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado, habiendo sido objeto de una interpretación extensiva o abierta que, en determinados casos, supone una interpretación contra el propio tenor de la norma o *contra legem*”. Añade la autora en esta línea que “Así, a partir de diversas interpretaciones jurisprudenciales se ha aminorado, atemperando o atenuando su rigorismo de acuerdo con los distintos factores concurrentes. Y todo ello ha contribuido a una mayor apertura en su aplicación”.

⁶⁶⁵ Todos estos mecanismos tienen un objetivo común: tratar de buscar una solución que compatibilice de la mejor manera posible todos los intereses en juego, tanto patrimoniales como personales, de los sujetos afectados.

⁶⁶⁶ Para VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La «necesidad de vivienda»”, cit., p. 46, el ordenamiento quiere salvaguardar la relación familiar, “la cual se puede desarrollar en cualquier vivienda, en tanto se tengan cubiertas las necesidades habitacionales o también denominadas «necesidades de vivienda»”.

⁶⁶⁷ La limitación temporal del uso de la vivienda familiar evita, como bien señala VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La «necesidad de vivienda»”, cit., p. 37, “situaciones indefinidas de dependencia derivadas de sociedades patriarcales que no casan con los tiempos y la realidad social actual”.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA MONOPARENTAL

compartida, por lo que trataremos de explicar únicamente las especificidades que presenta en sede de custodia monoparental.

Desde luego, hay que partir aquí de una premisa clara: la limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar no puede perjudicar la necesidad de vivienda de los hijos menores⁶⁶⁸, o mayores de edad pero económicamente dependientes por causa no imputable a ellos mismos⁶⁶⁹. No obstante, y como hemos insistido, la fijación de un límite temporal puede salvaguardar mejor todos los intereses en juego, siempre y cuando, cumplido el plazo de uso, las necesidades de vivienda de los hijos queden cubiertas por otras vías⁶⁷⁰. Estas otras vías, también hemos abundado ya en ello, no pasan necesariamente por la adquisición de una vivienda nueva: de lo que se trata, simplemente, es de dar cobijo a los hijos en otras viviendas alternativas a la vivienda familiar, que pueden ser arrendadas, cedidas por familiares, etc.

⁶⁶⁸ Ésta es la doctrina que, si bien limitada únicamente a los hijos menores de edad, viene manteniendo el Tribunal Supremo en relación con las limitaciones temporales del uso de la vivienda familiar. Clásica es ya en la materia la STS núm. 221/2011, de 1 de abril (RJ 2011, 3139), que, no obstante referirse a un supuesto de uniones extramatrimoniales, declaró que el art. 96.I CC “no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de Protección del Menor”.

V. en este mismo sentido, las posteriores SSTS núm. 236/2011, de 14 de abril (RJ 2011, 3590); núm. 451/2011, de 21 de junio (RJ 2011, 7325); núm. 642/2011, de 30 de septiembre (RJ 2011, 7387); núm. 257/2012, de 26 de abril (RJ 2012, 6102); núm. 304/2012, de 21 de mayo (RJ 2012, 6532); núm. 499/2012, de 13 de julio (RJ 2012, 8358); núm. 622/2013, de 17 de octubre (RJ 2013, 7255); núm. 181/2014, de 3 de abril (RJ 2014, 1950); núm. 301/2014, de 29 de mayo (RJ 2014, 3889); núm. 297/2014, de 2 de junio (RJ 2014, 2842); núm. 320/2014, de 16 de junio (RJ 2014, 3073); núm. 660/2014, de 28 de noviembre (RJ 2014, 6048); y núm. 282/2015, de 18 de mayo (RJ 2015, 1919). También puede verse sobre la cuestión, DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I.: “Atribución temporal del uso de la vivienda familiar”, cit., pp. 3451-3461.

Recordemos, no obstante, que la jurisprudencia del Supremo considera que, únicamente, no es posible imponer limitaciones temporales a la atribución del uso de la vivienda familiar mientras los hijos sean menores de edad, pero sí cuando sean mayores, con independencia de que tengan, o no, medios económicos propios.

⁶⁶⁹ VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La «necesidad de vivienda»”, cit., p. 38.

⁶⁷⁰ Por ejemplo, la STS núm. 426/2013, de 17 de junio (RJ 2013, 4375), explica que la jurisprudencia del Supremo relativa al rechazo de las limitaciones temporales en el supuesto de hijos menores de edad “está amparada en una situación [...] en la que la limitación del uso puede dejar al hijo menor en un escenario de absoluta incertidumbre sobre su alojamiento”, pero, en los supuestos en que exista la posibilidad de ocupar un inmueble alternativo una vez transcurrido el plazo, no deberían existir problemas para fijar periodos determinados de uso.

En cualquier caso, y aunque no son abundantes en la *praxis* forense del Tribunal Supremo (tampoco en las resoluciones de la jurisprudencia menor⁶⁷¹), existen supuestos de custodia monoparental en los que se concede la limitación temporal solicitada, siempre y cuando, desde luego, no exista ninguna duda de que la necesidad de vivienda de los hijos va a quedar cubierta una vez expire el plazo fijado⁶⁷². Así, la STS núm. 426/2013, de 17 de junio (RJ 2013, 4375), limitó temporalmente el uso de la vivienda familiar a tres años a favor de la madre. En el caso, la vivienda familiar se encontraba dentro de una finca de explotación, en la que vivía el padre en otro inmueble y, al mismo tiempo, existían instalaciones arrendadas a terceros. El Supremo accedió a las pretensiones del padre, quien entendía que resultaba antieconómica la atribución del uso de la vivienda familiar, resultando más provechosa su venta, máxime cuando existían viviendas alternativas en la propia finca que podían ser usadas sin merma de la necesidad de alojamiento del hijo⁶⁷³.

⁶⁷¹ Un estudio superficial de la misma puede consultarse en MURILLAS ESCUDERO, J. M.: “Crisis conyugales: limitaciones de uso de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 705, 2008, pp. 379-387.

⁶⁷² A nuestro juicio, algunas de las sentencias del Tribunal Supremo que han desechado la posibilidad de imponer limitaciones temporales siendo el hijo menor de edad en supuestos de custodia monoparental han sido excesivamente proteccionistas. Y es que una cosa es que se acredite una situación económica precaria del cónyuge custodio (por lo general, la madre) que previsiblemente se perpetuará en el tiempo y que, en consecuencia, exija el mantenimiento del hijo en la vivienda hasta que alcance su independencia económica (y no la mayoría de edad), y otra bien distinta es que, en la práctica totalidad de las situaciones de custodia monoparental de los hijos a cargo de la madre, deba presumirse una incapacidad de ésta para lograr un desarrollo económico suficiente que permita la vida en una vivienda distinta a la vivienda familiar.

En efecto, en muchas ocasiones el Supremo rechaza de plano limitaciones temporales que pueden parecer, *prima facie*, razonables, habida cuenta la esperable recuperación económica, a medio plazo, del cónyuge custodio. Y, al mismo tiempo, su doctrina, relativa únicamente al estado de la menor edad, puede resultar insuficiente en aquellos casos en que se acrediten verdaderas dificultades del cónyuge custodio para acceder, a medio o a largo plazo, al mercado laboral (por ejemplo, por una elevada edad, o por falta de formación), a lo que hay que añadir la situación macroeconómica actual en que la oferta de empleos no destaca, precisamente, por su abundancia ni por su buena remuneración. Ello, como se puede intuir, podría originar una situación de desprotección del hijo mayor de edad, pero económicamente dependiente, lo que resulta igualmente rechazable (no acertamos a ver qué diferencia puede haber, a nivel de requerimiento asistencial, entre un joven de diecisiete años, once meses y treinta días, y otro que tenga dieciocho años y un día, por ejemplo).

En conclusión, a nuestro modo de ver el Supremo debería enfocar mejor las situaciones, analizando el caso concreto, tanto para ampliar el ámbito de los sujetos protegidos (no sólo hijos menores de edad, sino también mayores pero económicamente dependientes), como para, al mismo tiempo, reducir la carga que debe soportar el cónyuge propietario o copropietario en aquellos casos en que no sea totalmente necesario que la soporte.

⁶⁷³ Sostiene el alto tribunal que “Mantener durante tres años al hijo y a su madre en esta vivienda para pasar luego a la otra [ofrecida por el esposo dentro de la misma finca] en modo alguno vulnera ni el interés del menor (próximo a cumplir la mayoría de edad cuando concluya el periodo), ni mucho menos la jurisprudencia que se dice infringida y que está amparada en una situación

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA MONOPARENTAL

Por lo demás, y como ya explicamos al abordar este punto en el supuesto de custodia compartida, algunas de las legislaciones autonómicas que regulan la cuestión han introducido limitaciones temporales a la atribución del uso de la vivienda familiar⁶⁷⁴; limitaciones que, al menos en teoría, podrían perjudicar la necesidad de alojamiento de los hijos. Sin embargo, la mayoría de sentencias que han aplicado los preceptos que se van a señalar han tenido en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la invalidez de las limitaciones temporales que puedan perjudicar el derecho a una vivienda de los hijos menores.

a) Así, el art. 81.3 CDFA⁶⁷⁵ establece que “La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores [con independencia del régimen de custodia] debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia”⁶⁷⁶.

distinta en la que la limitación del uso puede dejar al hijo menor en un escenario de absoluta incertidumbre sobre su alojamiento, lo que no ocurre en este caso en que esta limitación temporal se complementa con la atribución de otro domicilio a partir del tercer año en que se dicta la sentencia. No puede soslayarse que el domicilio familiar conlleva el uso de una finca de siete hectáreas e impide la disposición de un patrimonio común importante que afectará necesariamente a la liquidación del haber conyugal y a su reparto entre ambos cónyuges, sin merma del interés legítimo de un hijo que conoce la nueva casa, por ser la de su padre, cuya habitabilidad no se ha cuestionado, y que transcurridos los tres años de uso se enfrentará a una situación escolar y de relaciones distinta de la que ahora disfruta”.

⁶⁷⁴ V. *supra* el apartado II.5.1.2.

⁶⁷⁵ V. *supra* el apartado II.5.1.2.A).

⁶⁷⁶ En la jurisprudencia aragonesa, un grupo de sentencias ha optado por extender el plazo de uso hasta que el menor de los hijos alcance la mayoría de edad. Así, pueden verse la STSJ Aragón núm. 23/2015, de 2 de octubre (RJ 2015, 4641), y las SSAP Zaragoza núm. 285/2012, de 22 de mayo (JUR 2012, 191189); y núm. 330/2015, de 30 de junio (JUR 2015, 182566).

Otras sentencias, en cambio, alargan el periodo de uso hasta el momento en que el hijo tenga independencia económica. Por ejemplo, las SSTSJ Aragón núm. 22/2014, de 11 de junio (RJ 2014, 3572); y núm. 6/2015, de 4 de febrero (RJ 2015, 427).

Al hilo de esto, hay que recordar que el art. 69.2 CDFA dispone que la obligación de alimentos de los padres respecto de los hijos mayores de edad en formación y económicamente dependientes de ellos se extingue a los veintiséis años, por lo que existen sentencias que toman como referencia este precepto para fijar el plazo de uso de la vivienda familiar. V. a este respecto la ya citada STSJ Aragón núm. 6/2015, de 4 de febrero (RJ 2015, 427) (que atribuye el derecho de uso hasta que la hija “tenga independencia económica o alcance los 26 años de edad”); y la SAP Huesca núm. 147/2014, de 10 de julio (JUR 2014, 294955).

Por otro lado, no faltan, tampoco, sentencias que señalan plazos de uso más breves, destinados a que el cónyuge usuario afiance su situación económica y se prepare durante ese tiempo para el abandono de la vivienda familiar. En estos casos, en general, los hijos ya son mayores de edad o están a punto de alcanzar la mayoría de edad, aunque siguen siendo económicamente dependientes. En este sentido, v. SSTSJ Aragón núm. 1/2013, de 4 de enero (RJ 2013, 2884); núm. 27/2014, de 18 de julio

b) Igualmente, el art. 6.3 de la Ley Valenciana núm. 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven⁶⁷⁷, dispone que “En los supuestos de los dos apartados anteriores [el último inciso del art. 6.1 se refiere a la custodia monoparental], la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario”⁶⁷⁸.

(RJ 2014, 4293); núm. 33/2014, de 21 de octubre (RJ 2014, 6673); y núm. 6/2015, de 4 de febrero (RJ 2015, 427); o SSAP Zaragoza núm. 212/2012, de 20 de abril (JUR 2012, 158628); núm. 70/2013, de 12 de febrero (JUR 2013, 111299); núm. 386/2014, de 16 de septiembre (JUR 2014, 260176); y núm. 425/2014, de 7 de octubre (JUR 2015, 7324).

Precisamente, es el establecimiento de plazos breves de uso de la vivienda familiar el supuesto que puede colisionar *a priori* con la doctrina del Tribunal Supremo, si cuando expiran los plazos de uso fijados alguno de los hijos es aún menor de edad.

Y es que hay que tener en cuenta que la limitación temporal contenida en el art. 81.3 CDFA es una limitación incondicionada, por lo que alguna sentencia, como por ejemplo la STSJ Aragón núm. 1/2013, de 4 de enero (RJ 2013, 2884), considera que no se encuentra subordinada a que las partes insten demanda de modificación de medidas definitivas para evaluar, teniendo en cuenta las circunstancias familiares concurrentes, la posibilidad de su prórroga, cambio o destino a dar a la vivienda. A este respecto, afirma dicha sentencia que “Lo que la ley ordena en este particular es que el Juez ha de fijar un límite para la atribución del uso, o lo que es lo mismo, señalará un plazo. De ese modo se atiende la necesidad de certeza al respecto, que conviene a ambas partes: por un lado al favorecido con la atribución del uso, quien de este modo podrá hacer con tiempo sus previsiones para cuando llegue ese momento, tales como búsqueda de otro alojamiento, o evaluación de sus posibilidades de adjudicárselo si, como en el caso que nos ocupa, ambos son cotitulares del inmueble, etc. Y, por otro lado, conviene también al que se ve privado del uso del bien, que no sólo podrá también ponderar esas posibilidades, sino que sabrá que podrá venderse libre de esa carga a partir de una determinada fecha”.

⁶⁷⁷ V. *supra* el apartado II.5.1.2.B).

⁶⁷⁸ Igualmente, en el caso valenciano existen distintas orientaciones jurisprudenciales, a veces sorprendentes si se tiene en cuenta que los supuestos resueltos son muy similares y que las resoluciones provienen, en muchos casos, de la misma Audiencia Provincial, habiendo sido dictadas en espacios de tiempo muy próximos.

Así, un primer grupo de sentencias, el más numeroso (lo que probablemente encuentre su explicación en la necesidad de acomodarse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre las limitaciones temporales), fija periodos de atribución del uso que expiran cuando el último de los hijos alcance la mayoría de edad. Se trata de sentencias que tratan de conciliar al máximo lo dispuesto en el art. 6.3 y la doctrina del Supremo sobre la materia, de lo que resulta que, si bien no puede perjudicarse la necesidad de alojamiento del menor mientras lo sea, en cuanto pierda tal condición deberá prevalecer el derecho de propiedad privada del cónyuge no atributario del uso. En este sentido, pueden verse las SSAP Alicante núm. 388/2013, de 7 de noviembre (JUR 2014, 182261); Valencia núm. 196/2014, de 26 de marzo (JUR 2014, 165386); Valencia núm. 229/2014, de 7 de abril (JUR 2014, 169136); Valencia núm. 431/2014, de 16 de junio (JUR 2014, 201093); Alicante núm. 355/2014, de 8 de julio (JUR 2014, 254468); Castellón núm. 117/2014, de 23 de septiembre (JUR 2015, 53939); Valencia núm. 738/2014, de 13 de octubre (JUR 2015, 51182); Valencia núm. 872/2014, de 13 de noviembre (JUR 2015, 74423); Valencia núm. 908/2014, de 25 de

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA MONOPARENTAL

c) De entre las legislaciones autonómicas, seguramente la norma más compatible con la postura del Tribunal Supremo sea el art. 233-20.2 CCCat., el cual establece que “Si no existe acuerdo o si este no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure ésta”⁶⁷⁹.

noviembre (JUR 2015, 96723); Castellón núm. 38/2015, de 16 de abril (JUR 2015, 144745); Valencia núm. 286/2015, de 18 de mayo (JUR 2015, 169046); y Valencia núm. 333/2015, de 3 de junio (JUR 2015, 206403).

Otras sentencias, por su parte, optan por atribuir el uso de la vivienda familiar en tanto en cuanto el último de los hijos no alcance la independencia económica. De esta forma, pueden verse las SSAP Valencia núm. 271/2012, de 18 de abril (JUR 2012, 215570); núm. 398/2012, de 5 de junio (JUR 2012, 294179); núm. 563/2012, de 25 de julio (JUR 2012, 357810); y núm. 119/2013, de 21 de febrero (JUR 2013, 156744).

De otro lado, algunas sentencias decretan limitaciones temporales moderadas. Por ejemplo, las SSAP Alicante núm. 67/2013, de 7 de febrero (JUR 2013, 185622); núm. 318/2013, de 19 de julio (JUR 2013, 350222); y núm. 547/2014, de 26 de noviembre (JUR 2015, 75793), establecieron una limitación temporal de cuatro años, periodo de tiempo que consideran suficiente a efectos de que la madre pueda realizar una transición que no resulte traumática hacia la nueva situación familiar. V. en el mismo sentido la SAP Castellón núm. 103/2014, de 18 de julio (JUR 2014, 272454).

Este grupo de sentencias es el que puede chocar en mayor medida con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la imposibilidad de fijar una limitación temporal al uso de la vivienda familiar en tanto en cuanto los hijos menores sigan siéndolo, ya que entienden que el mandato del art. 6.3 es imperativo. Y es que, para la SAP Alicante núm. 67/2013, de 7 de febrero (JUR 2013, 185622), el art. 6.3 es “taxativo al afirmar que la atribución de la vivienda «tendrá» carácter temporal y la autoridad judicial «fijará» el período máximo de dicho uso; en consecuencia la limitación temporal con la entrada en vigor de la citada Ley, resulta impuesta por disposición legal; por lo que debe ser el Tribunal el que debe fijar el período máximo de atribución de la vivienda”.

En fin, también existe un considerable grupo de sentencias en las que no se aborda la cuestión de la limitación temporal del uso. A este respecto, v. las SSAP Valencia núm. 180/2014, de 18 de marzo (JUR 2014, 123119); Valencia núm. 181/2014, de 18 de marzo (JUR 2014, 122633); Valencia núm. 189/2014, de 24 de marzo (JUR 2014, 165086); Valencia núm. 206/2014, de 31 de marzo (JUR 2014, 168545); Valencia núm. 224/2014, de 31 de marzo (JUR 2014, 168318); Valencia núm. 245/2014, de 11 de abril (JUR 2014, 168754); Valencia núm. 296/2014, de 7 de mayo (JUR 2014, 173476); Valencia núm. 368/2014, de 28 de mayo (JUR 2014, 200520); Valencia núm. 397/2014, de 4 de junio (JUR 2014, 200756); Valencia núm. 455/2014, de 19 de junio (JUR 2014, 200762); Valencia núm. 510/2014, de 3 de julio (JUR 2014, 252297); Valencia núm. 529/2014, de 8 de julio (JUR 2014, 252225); Valencia núm. 544/2014, de 14 de julio (JUR 2014, 252661); Valencia núm. 547/2014, de 14 de julio (JUR 2014, 252215); Valencia núm. 555/2014, de 16 de julio (JUR 2014, 252470); Valencia núm. 558/2014, de 16 de julio (JUR 2014, 252577); Castellón núm. 118/2014, de 30 de septiembre (JUR 2015, 53197); Castellón núm. 130/2014, de 10 de octubre (JUR 2015, 56000); Alicante núm. 162/2015, de 5 de mayo (JUR 2015, 167919); Valencia núm. 278/2015, de 13 de mayo (JUR 2015, 168551); Valencia núm. 284/2015, de 13 de mayo (JUR 2015, 168930); y Valencia núm. 305/2015, de 22 de mayo (JUR 2015, 168554).

⁶⁷⁹ En este sentido puede verse la SAP Barcelona núm. 823/2014, de 10 de diciembre (JUR 2015, 65353), la cual entendió que “la mayoría de edad de la hija no supondrá su independencia pues se encuentra en periodo de formación académica, circunstancia que concurre en la mayoría de los casos, pero ello no autoriza sin más a ampliar el plazo legalmente establecido. El legislador, de forma clara, ha impuesto como límite temporal del derecho de uso la mayoría de edad de los hijos,

d) Resta, por último, reiterar lo dicho respecto a la cuestión de la limitación temporal del uso en la legislación autonómica más reciente. Como ya hemos visto, el art. 12.5.II de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, supedita la vigencia del derecho de uso al momento de obtención de la independencia económica de los hijos (hasta que se deba a éstos alimentos).

e) Igualmente, el Anteproyecto, del que beben muchas de las soluciones presentes en la norma vasca, mantiene la vigencia del derecho de uso en tanto en cuanto el último de los hijos no haya alcanzado la independencia económica, de acuerdo con el

no el momento en que estos tengan medios propios o estén en disposición de tenerlos, como sí en cambio ha contemplado para mantener la pensión de alimentos”.

De igual manera, la SAP Barcelona núm. 261/2014, de 14 de abril (JUR 2014, 227428), consideró que el art. 233-20.2 CCCat. atribuye el uso de la vivienda familiar con carácter temporal, “hasta su mayoría de edad [de los hijos] o un cambio de guarda si se produce antes”.

Con todo, el precepto, como ya anticipamos en su momento, ha sido interpretado en un sentido amplio por la Audiencia Provincial de Barcelona, equiparando el concepto de “guarda” que allí se contiene, no al significado jurídico de “guarda y custodia”, sino a un significado más general, entendiendo por “guarda” la convivencia de los hijos menores con el cónyuge custodio. De esta forma, se han establecido limitaciones temporales del uso de la vivienda familiar no sólo hasta el momento en que se alcance la mayoría de edad, sino también hasta el momento en que los hijos obtengan la independencia económica respecto de los progenitores.

Éste podría ser el caso resuelto por la SAP Barcelona núm. 212/2014, de 26 de marzo (JUR 2014, 135522). En ella, la Audiencia confirma la sentencia de instancia (la cual había atribuido el uso de la vivienda familiar a la ex esposa mientras tuviera la guarda de los hijos mellizos), rechazando la pretensión del ex esposo apelante de que se fijara un límite temporal de uso de cinco años o, subsidiariamente, la mayoría de edad de los hijos. De esta forma, implícitamente la Audiencia está diciendo que la guarda de los hijos puede prolongarse más allá de la mayoría de edad; lo que tendrá lugar, especialmente, cuando el hijo mayor de edad no haya alcanzado aún la independencia económica respecto de sus progenitores.

En este mismo sentido, aunque con matices, v. la SAP Barcelona núm. 328/2015, de 7 de mayo (JUR 2015, 164638).

Por su parte, la SAP Lleida núm. 470/2015, de 17 de noviembre (JUR 2016, 8245), concedió el uso de la vivienda familiar a la madre hasta el momento en que la hija común, de corta edad (6 ó 7 años, no se precisa), alcanzara la mayoría de edad, “momento en que si aún no tiene independencia económica se podrá solicitar una prórroga conforme al art. 233.20-5 CCCat.”. En este caso, si bien la Audiencia Provincial de Lleida no realiza una interpretación amplia del concepto de “guarda”, pues atribuye el uso hasta que la hija alcance la mayoría de edad, sí parece realizar una cuestionable ampliación del ámbito de aplicación del art. 233-20.5 CCCat. (que no se refiere al supuesto contemplado en el art. 233-20.2), admitiendo la posibilidad, por esta vía, de prorrogar el plazo de uso de la vivienda familiar hasta el momento en que aquélla obtenga la independencia económica respecto de sus padres.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA MONOPARENTAL

proyectado art. 96.3.I CC (“hasta que cese la obligación de prestarles alimentos”, reza el precepto).

1.2. El valor patrimonial del derecho de uso de la vivienda familiar: la compensación.

Tradicionalmente, el derecho de uso de la vivienda familiar consagrado en el art. 96 CC carecía de valor patrimonial: con la aplicación de dicho precepto se pretendía dar solución a la situación de desamparo en que quedaba el cónyuge más débil desde el punto de vista económico, que solía ser la mujer. Además, el hecho de no haber tenido una trayectoria laboral, o haber sido ésta limitada debido al cuidado y educación de la prole, y a la realización de tareas domésticas (o laborales, sin ser retribuidas, en el negocio de su marido), implicaba que las posibilidades económicas de aquélla eran más bien nulas, algo que se trataba de solucionar mediante el establecimiento de una pensión compensatoria a su favor.

Con el paso de los años, y, especialmente, debido a la progresiva incorporación de la mujer al mercado laboral y a una redistribución de roles más equitativa en el ámbito doméstico, se fue advirtiendo que la desigualdad en que quedan ambos cónyuges tras la ruptura matrimonial era menos acusada que antes. En estos casos, desde un sector de la doctrina se empezó a demandar la necesidad de ofrecer una solución a la aplicación literal del art. 96 CC, so pena de convertir al cónyuge que quedaba en mejor posición tras la disolución del vínculo matrimonial, *de facto*, en el cónyuge más desfavorecido, como consecuencia de los distintos gastos a los que debía hacer frente (hipoteca de la vivienda familiar⁶⁸⁰, arrendamiento de vivienda, pago de pensión de alimentos, pago de pensión compensatoria, etc.).

De esta forma, se ha considerado que la atribución del uso de la vivienda familiar constituye una prestación *in natura* de carácter alimenticio a cargo del cónyuge

⁶⁸⁰ Este gasto no constituye una carga del matrimonio, sino de la propiedad, como han constatado, entre otras, las SSTS núm. 991/2008, de 5 de noviembre (RJ 2009, 3); núm. 188/2011, de 28 de marzo (RJ 2011, 939); núm. 713/2012, de 26 de noviembre (RJ 2013, 186); núm. 206/2013, de 20 de marzo (RJ 2013, 4936); y núm. 72/2014, de 17 de febrero (RJ 2014, 918).

titular y a favor del hijo mayor de edad⁶⁸¹. Desde este prisma, la pérdida del uso de la vivienda familiar por parte de su propietario (o copropietario) debe ser tenida en cuenta en la eventual pensión de alimentos que se fije a cargo de éste, reduciendo, así, su *quantum*⁶⁸².

Esta consideración del uso de la vivienda familiar como contribución *in natura* al pago de la pensión de alimentos (también de la pensión compensatoria) ha sido consagrada legalmente por el art. 233-20.1 CCCat., a tenor del cual “Los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de éste. También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados”.

⁶⁸¹ ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.: “Asignación del uso de la vivienda familiar una vez que el hijo ha alcanzado la mayoría de edad”, cit., p. 212; BENAVENTE MOREDA, P.: “Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar por sentencia de separación, nulidad o divorcio al cónyuge no titular del derecho arrendaticio sobre la misma”, cit., p. 891; CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, cit., p. 18; DE COSSÍO MARTÍNEZ, M.: *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, cit., pp. 60-61; DE VERDA, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, cit., pp. 3398-3399; DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales”, cit., p. 388; FORCADA MIRANDA, F. J.: “La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial”, cit., p. 30; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: *La obligación legal de alimentos entre parientes*, La Ley, Madrid, 2002, pp. 436-437; MORALEJO IMBERNÓN, N.: “La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial”, cit., pp. 98-99; MURCIA QUINTANA, E.: *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (Artículo 1320 del C.c.)*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 378-382; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M^a. E.: *Obligaciones de los cónyuges tras el divorcio o la separación. Hipoteca sobre la vivienda familiar, pensión alimenticia y pensión compensatoria*, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 62-64; SALAZAR BORT, S.: “El uso de la vivienda familiar”, en LLOPIS GINER, J. M. (coord.): *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pp. 175-176; o SANTOS MORÓN, M^a. J.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de reforma”, cit., p. 21.

⁶⁸² En la jurisprudencia, multitud de resoluciones han tenido en cuenta la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular de la misma o, a lo sumo, copropietario, a la hora de establecer o modificar la cuantía de la prestación de alimentos.

V. en este sentido, entre muchas otras, las SSAP Córdoba 8 de julio de 1999 (AC 1999, 1782); Córdoba núm. 254/2001, de 25 de octubre (JUR 2001, 332453); Islas Baleares núm. 507/2003, de 20 de noviembre (JUR 2004, 89178); Granada núm. 649/2003, de 9 de diciembre (JUR 2004, 20134); Islas Baleares núm. 382/2004, de 29 de septiembre (JUR 2004, 292295); Barcelona núm. 826/2004, de 9 de diciembre (JUR 2005, 34808); Islas Baleares núm. 9/2009, de 21 de enero (JUR 2009, 193182); Islas Baleares núm. 277/2009, de 22 de julio (JUR 2009, 472092); A Coruña núm. 12/2010, de 21 de enero (JUR 2010, 114070); Islas Baleares núm. 80/2010, de 9 de marzo (JUR 2010, 154356); Islas Baleares núm. 44/2011, de 17 de febrero (AC 2011, 1755); o Barcelona núm. 336/2011, de 24 de mayo (JUR 2011, 293241).

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA MONOPARENTAL

En el mismo sentido, el texto del proyectado art. 96.4 CC indica que “La atribución del uso de la vivienda a uno solo de los cónyuges se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge. En todo caso, deberá preverse la adecuación de las prestaciones alimenticias o de la pensión compensatoria para cuando cese la atribución de aquélla”.

A la vista de lo anterior, la cuestión de la posible consideración del uso de la vivienda familiar como contribución al pago de la pensión de alimentos se encuentra ya admitida sin reparos en nuestros días, siendo la línea en la que parece que va a pronunciarse el futuro art. 96 CC.

Ahora bien, y sin perjuicio de lo dicho, se observa cierta tendencia, en la actualidad, a que los jueces tengan en cuenta el uso de la vivienda familiar también desde una perspectiva positiva, estableciendo compensaciones económicas a cargo del cónyuge propietario o copropietario que se vea privado de su uso⁶⁸³. Esta medida se ha implantado ya, como hemos explicado en su momento, en alguna ley autonómica de relaciones familiares⁶⁸⁴; sin embargo, no se encuentra prevista en el texto del “Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia”.

En cualquier caso, obsérvese que se trata de una medida que adquiere mayor sentido en el caso de una custodia compartida, en la que, en principio (y salvo desproporción de los ingresos y/o patrimonios de los progenitores), no se establece

⁶⁸³ Ambas posibilidades son alternativas, pero no necesariamente excluyentes. Así, el uso de la vivienda familiar: a) puede computarse exclusivamente como parte del pago de los alimentos; y b) puede computarse también como una cuantía independiente que recibe el cónyuge no favorecido por el uso, al margen de sus obligaciones alimenticias.

En este sentido, hay que recordar lo que establece el art. 6.1 de la Ley valenciana núm. 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, según el cual “Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial”.

⁶⁸⁴ Arts. 6.1 de la Ley valenciana núm. 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, y 12.7 de la Ley vasca núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

pensión de alimentos a cargo de ningún cónyuge, abonando los propios durante el periodo de guarda. Así las cosas, parece lógico que entre en juego la compensación económica por el uso de la vivienda familiar, pues, si no hay alimentos, el uso de la vivienda familiar no se podría compensar por esta vía. Sin embargo, en los supuestos de custodia monoparental, en los que sí hay alimentos a cargo del progenitor no custodio, parece más razonable compensar el eventual uso de la vivienda familiar de la que aquél sea propietario (o copropietario), mediante la correspondiente reducción del importe de la pensión de alimentos, al objeto de evitar los dobles pagos.

1.3. La posibilidad de dividir materialmente la vivienda familiar.

Existen supuestos en los que la propia idiosincrasia de la vivienda familiar podría, mediante las reformas oportunas, permitir la vida independiente de los ex cónyuges en los distintos espacios resultantes. Así, imaginemos una vivienda de varios pisos, o una vivienda de grandes dimensiones, cuya división material⁶⁸⁵ pudiera dar lugar a dos (o más) viviendas independientes que reunieran las condiciones mínimas de habitabilidad⁶⁸⁶.

Se trata de una solución que puede resultar muy interesante en determinados casos, como cuando uno de los cónyuges tiene un local (despacho, taller, etc.) habilitado en la vivienda para el ejercicio de su actividad profesional o laboral. Además, la medida presenta otras ventajas para la relación progenitores-hijos: a) en primer lugar, el mantenimiento del menor en su entorno habitual propicia que no tenga que realizar traslados o incómodos cambios de vivienda, pues, tanto en los periodos en que está con el cónyuge custodio, como en los periodos en que se encuentra bajo el régimen de visitas establecido a favor del cónyuge no custodio, el desplazamiento que realice será mínimo; y b) junto a ello, la cercanía del menor con el progenitor no custodio favorece

⁶⁸⁵ LEGERÉN MOLINA, A.: “Comentario a la STS de 30 de abril de 2012. Posibilidad de dividir materialmente la vivienda familiar en supuestos de crisis matrimonial en base a lo establecido por el artículo 96 Cc”, *CCJC*, núm. 90, 2012, pp. 392-393, afirma que la división material de la vivienda familiar constituye “una operación que no produce una mutación jurídico-real del bien a que afecta. Únicamente comporta su alteración física que conlleva una redistribución de los espacios existentes en la vivienda original”.

⁶⁸⁶ PINTO ANDRADE, C.: “La atribución judicial de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad”, cit., p. 10.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA MONOPARENTAL

que el contacto entre ambos sea permanente y habitual, y, por tanto, no quede exclusivamente limitado a los periodos de visitas⁶⁸⁷.

En otro orden de cosas, desde la perspectiva de la atribución del uso de la vivienda familiar, la división material de la vivienda, en los supuestos en que los cónyuges no hayan tenido hijos, o sean éstos económicamente independientes, resulta óptima cuando no se aprecie un interés que sea más digno de protección que el otro, es decir, cuando el grado de necesidad de la vivienda de ambos cónyuges sea similar. Lo mismo vale decir respecto de las familias con una economía modesta, para las cuales la adquisición o el mantenimiento de una segunda vivienda resulte poco más que una quimera⁶⁸⁸.

En cualquier caso, el Supremo viene exigiendo, para acceder a una petición de este tipo, el cumplimiento de una serie de requisitos⁶⁸⁹:

⁶⁸⁷ En relación con esta cuestión, la SAP Madrid núm. 549/2010, de 26 de julio (JUR 2010, 308951), conoció de un supuesto en el que la guarda y custodia de los tres hijos menores había sido repartida entre los progenitores (dos quedaron a cargo de la madre y uno al padre) por la sentencia de instancia, la cual, además, había ordenado la división material de la vivienda familiar, constituida por dos fincas registrales independientes, pero unidas físicamente por los cónyuges mediante el derribo de la tabiquería interior. La Audiencia confirmó la resolución de instancia, estimando que la realización de las obras para dividir la vivienda conviene “al interés prioritario de los hijos comunes, cuyo beneficio ha de verse protegido por tal disposición habida cuenta la cercanía de las viviendas colindantes que permitirán afianzar la relación fraternal y paternofilial”.

⁶⁸⁸ LEGERÉN MOLINA, A.: “Comentario a la STS de 30 de abril de 2012. Posibilidad de dividir materialmente la vivienda familiar en supuestos de crisis matrimonial en base a lo establecido por el artículo 96 Cc”, cit., p. 393; y VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La «necesidad de vivienda»”, cit., p. 35.

En cualquier caso, hemos de advertir que, en principio, se trata de una situación poco realista, pues es de suponer que quienes son propietarios de una vivienda de grandes dimensiones, o de varias plantas (es decir, de viviendas que por sus características físicas permitan una división material que no perjudique la necesidad habitacional de los menores), no tienen problemas económicos.

⁶⁸⁹ En este sentido, la STS núm. 262/2012, de 30 de abril (RJ 2012, 5235), fijó la doctrina jurisprudencial siguiente: “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”.

La sentencia, por su importancia, ha recibido diversos comentarios, entre los que se pueden consultar los siguientes: FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M.: “El uso de la vivienda familiar, su división material”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2012, julio 2012, pp. 67-73; LEGERÉN MOLINA, A.: “Comentario a la STS de 30 de abril de 2012. Posibilidad de dividir materialmente la vivienda familiar en supuestos de crisis matrimonial en base a lo establecido por el artículo 96 Cc”, cit., pp. 377-398; y SANZ ACOSTA, L.: “División material y adjudicación de la vivienda familiar en proceso matrimonial, al amparo del art. 96 del Código Civil. Análisis de la STS de 30 de abril de 2012”,

1º) La posibilidad física del inmueble para su división material⁶⁹⁰;

2º) la habitabilidad y el carácter autónomo e independiente de las dos viviendas resultantes de la división⁶⁹¹;

3º) la inexistencia de relaciones conflictivas e irreparables entre los cónyuges⁶⁹²;

y

Actualidad Civil, núm. 15-16, tomo 2, Sección “Fundamentos de Casación”, septiembre 2012, pp. 1714-1717.

⁶⁹⁰ Se trata del elemento primero y fundamental: si no se cumple, carece de sentido examinar el resto de requisitos. Para FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M.: “El uso de la vivienda familiar, su división material”, cit., pp. 70-71, constituye el “punto de arranque” del análisis, “ya que la inmensa mayoría de los inmuebles litigiosos en procedimientos de esta naturaleza no cuentan con la superficie o configuración que la haga factible”.

En la jurisprudencia, la SAP Las Palmas núm. 366/2008, de 29 de mayo (JUR 2008, 250459), apreció, como uno de los motivos para denegar la división material de la vivienda (junto a las malas relaciones personales entre los cónyuges), la existencia de “dificultades para la división [de la vivienda], ya que implica implementación de muros divisorios, construcción de cocinas, etc.”.

⁶⁹¹ LEGERÉN MOLINA, A.: “Comentario a la STS de 30 de abril de 2012. Posibilidad de dividir materialmente la vivienda familiar en supuestos de crisis matrimonial en base a lo establecido por el artículo 96 Cc”, cit., pp. 393-394, precisa a este respecto que, “Junto con la necesaria dimensión del inmueble a dividir, las piezas resultantes habrán de estar aisladas o separadas físicamente una de otra, y, lo que es más importante, habrán de gozar de los servicios y dependencias necesarias para cumplir la finalidad que se pretende pues, junto con la principal de alojamiento de todos los miembros de la familia, también puede concurrir [...] la necesidad de contar con un local para seguir desarrollando una tarea profesional”. Así, el autor considera, a la luz de un examen de la jurisprudencia existente sobre la materia, que no cabría la división cuando las viviendas resultantes tuvieran que compartir ciertos servicios (cocina o baños), ni tampoco, cuando “se separase artificialmente una vivienda concebida estructuralmente como una unidad –por ejemplo, un chalet-”. En la jurisprudencia, la SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 501/2002, de 19 de julio (JUR 2002, 279129), no accedió a la división material solicitada, entre otros motivos, porque “la configuración de la vivienda resulta inhábil para el desarrollo de vidas independientes, pues hace posible la fiscalización por uno de los cónyuges de la vida del otro”.

Por su parte, la SAP Málaga núm. 305/2014, de 30 de abril (JUR 2014, 281933), resolvió un supuesto similar al contemplado en la citada STS núm. 262/2012, de 30 de abril (RJ 2012, 5235). La semejanza radica en que en ambos casos es el propietario del inmueble (cónyuge no usuario) quien solicita la división material (o redistribución de espacios), resultando ello posible y útil por reunir las viviendas resultantes condiciones de habitabilidad suficientes.

⁶⁹² Este requisito es de los más difíciles de observar. Y es que, muchas sentencias parten, para negar la división material de la vivienda familiar, del hecho de que, quien ha decidido poner fin a su vida en común con otra persona, es porque no desea seguir en contacto con ésta, algo realmente difícil de conciliar si se admite la división material de la vivienda familiar, que daría lugar a una situación de vecindad entre los ex cónyuges.

En la jurisprudencia, ya anticipó el problema la SAP Las Palmas de 27 de julio de 1998 (AC 1998, 6876), al advertir que “la división de la vivienda para que la habiten uno y otro cónyuge, no parece la solución adecuada, fundamentalmente porque teniendo en cuenta las causas que han determinado el deterioro de las relaciones entre los esposos que ha conducido a la quiebra irreversible del

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA MONOPARENTAL

matrimonio, así como el enfrentamiento existente en el matrimonio, el adjudicar al esposo una parte del inmueble supone una fuente potencial y no deseable de conflictos entre ellos”.

Posteriormente, la SAP Las Palmas núm. 366/2008, de 29 de mayo (JUR 2008, 250459), se volvió a hacer eco de la cuestión, al afirmar que “es en principio inconveniente que quienes han planteado la separación conyugal y por tanto desean la ruptura de la convivencia como pareja accedan a una relación de estrecha vecindad puerta con puerta, repartiéndose el mismo domicilio en que antes convivían. Es por ello que sólo en los supuestos de gran facilidad material y jurídica para la división y de buenas relaciones entre los litigantes pueda accederse a una medida de este tipo, aplicándose en otro caso las normas ordinarias del art. 96 del CC sobre un posible uso exclusivo más o menos duradero de uno de los cónyuges -y en su caso los hijos- y de la administración de los bienes gananciales en lo restante”. En el caso, junto a dificultades físicas para la división, existía rechazo de la ex esposa motivado por las malas relaciones entre cónyuges.

Por su parte, la SAP Murcia núm. 226/2002, de 4 de junio (JUR 2002, 209866), estimó el recurso de apelación de la ex mujer, que pretendía dejar sin efecto la división material de la vivienda familiar efectuada por la sentencia de instancia, que había atribuido a su ex cónyuge la mitad del patio del domicilio familiar y del trastero para que sobre ambos constituyera éste su morada. La Audiencia, en cambio, entendió que “cuando cualquiera de los esposos inicia un proceso judicial de ruptura matrimonial es cabal que no sólo pretenda el fin de la convivencia y de la comunidad que la institución conlleva, sino también que desee deshacer cualquier vínculo de conexión con el otro que no sea estrictamente necesario, recuperando la plena disponibilidad de su persona en los ámbitos personal y familiar, debiendo garantizar el ordenamiento jurídico estos derechos, protegiéndolos de cualquier tentativa de intromisión procedente del otro cónyuge, consecuencias todas ellas comprendidas dentro del art. 102.1º citado y, con mayor razón, de la declaración judicial constitutiva de nulidad, separación o divorcio que contiene el fallo de la sentencia y, por ende, a cargo del Juez civil”. Añade la Audiencia en este mismo sentido que “no cabe duda que la decisión judicial que consiente mantener físicamente próximos a los excónyuges, contra la voluntad de uno de ellos, aunque sus respectivas moradas sean independientes, convierte en «papel mojado» la decisión contenida en la resolución judicial decretando la separación de los esposos, tanto más en el presente caso en el que ya existen denuncias por parte de la esposa de presuntos malos tratos causados por el marido, en que ésta le tiene miedo (así lo expresó clara y francamente en el juicio) y en que se mantienen una serie de servicios comunes a las dos casas (luz y agua), situación esta última que, unida a la proximidad geográfica (los separa un simple tabique), constituye un campo abonado para sembrar el conflicto y facilitar las agresiones, contraviniendo la finalidad propia de la resolución judicial que decreta la separación, que es evitarlos u obstaculizarlos”.

De la misma forma, la SAP Alicante núm. 648/2003, de 20 de noviembre (JUR 2004, 50617), señaló, en términos genéricos, que “la convivencia próxima del matrimonio separado que dicha división comporta resulta por norma general desaconsejable, por evidentemente contraria a la naturaleza misma de la nueva situación familiar; y sólo ha de propiciarse en casos verdaderamente excepcionales”, para precisar a continuación que no procedía en el caso analizado [“sin que haya mérito para entender que éste sea uno de ellos” (de los supuestos excepcionales que justificarían la división)].

Más escuetamente, la SAP Albacete núm. 166/2008, de 20 de octubre (JUR 2009, 122350), indicó, en la línea de lo que comentamos, que “Ha de rechazarse igualmente la fórmula propuesta de división material de la vivienda ya que no se ha acreditado pericialmente que pueda ser fácil su adaptación para que ambos esposos pudieran habitar una parte de ella sin riesgo de una convivencia que evidentemente no desean y por tal razón se ha producido su separación”.

En la doctrina, se muestra contrario a esta línea jurisprudencial de presumir la aparición de problemas de convivencia entre los ex cónyuges por el mero hecho de vivir en viviendas contiguas, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M.: “El uso de la vivienda familiar, su división material”, cit., pp. 72-73, quien considera que “no es posible afirmar que la mera relación de vecindad constituya un elemento de injerencia en la intimidad personal y familiar de la persona. La ruptura de la convivencia y la adopción de las medidas necesarias para la regulación de sus efectos, no puede constituir un motivo de apartamiento absoluto del progenitor no custodio”.

4º) junto a los anteriores, el Supremo exige un requisito adicional: que sea una medida necesaria para salvaguardar de mejor manera todos los intereses en juego, atendiendo a las circunstancias del caso concreto⁶⁹³. Se trata de un requisito establecido con el objetivo de impedir una indiscriminada cascada de solicitudes de división material de la vivienda familiar.

2. La posibilidad de atribuir otras viviendas distintas a la vivienda familiar.

Como es sabido, el tenor literal del art. 96.I CC sólo contempla la atribución del uso de la vivienda familiar⁶⁹⁴. Ahora bien, la atribución del uso de la vivienda familiar

⁶⁹³ Así, la STS núm. 262/2012, de 30 de abril (RJ 2012, 5235), accedió a la pretensión de división de la vivienda familiar, ponderando para ello que ésta “es propiedad exclusiva del marido y que la propuesta división no es tal, sino una redistribución de espacios en el inmueble que no altera su régimen, pero permite obtener una funcionalidad adecuada para satisfacer los intereses presentes en este caso, ya que al ser posible esta nueva distribución, se protege el interés de los hijos menores y el del propio marido, ya que no puede privarse del uso y disfrute de la propiedad a quien es su titular, sin vulnerar sus derechos reconocidos tanto en el art. 33 CE, que reconoce el derecho de propiedad privada a nivel constitucional, como en el art. 47 CE, que consagra el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”.

Sin embargo, la SAP Murcia núm. 342/2003, de 20 de noviembre (JUR 2004, 36566), no estimó la división solicitada del chalet que constituía la vivienda familiar, porque con ella no se pretendía dar cobertura a ningún interés necesitado de especial protección. Antes al contrario, el recurrente pretendía conseguir una autorización para vender la planta inferior de la vivienda, si bien da la impresión que lo único que pretende es obtener provecho de la situación, una vez descartada ya por la sentencia de instancia la posibilidad de dividir la vivienda para transformarla en dos independientes. Así las cosas, la Audiencia no accede a tal pretensión, arguyendo que “privar a los hijos de una vivienda de las comodidades y amplitud que sus progenitores quisieron proporcionarles, además con la posible introducción de personas extrañas en lo que hasta ahora es parte del «chalet» en el que viven y con acceso desde el jardín también hasta ahora privado, supondría empeorar necesariamente su bienestar, cuando las circunstancias económicas de los cónyuges permiten mantenerlo y cuando el hecho de que el padre tenga que procurarse otra vivienda ya es ponderado en orden a la adopción de otras medidas”.

⁶⁹⁴ En la jurisprudencia, existe una reiterada doctrina del Tribunal Supremo a este respecto según la cual “en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar”. V. en este sentido las SSTS núm. 284/2012, de 9 de mayo (RJ 2012, 5137); núm. 340/2012, de 31 de mayo (RJ 2012, 6550); núm. 726/2013, de 19 de noviembre (RJ 2013, 7447); núm. 5/2015, de 16 de enero (RJ 2015, 355); núm. 596/2015, de 30 de octubre (RJ 2015, 5044); y núm. 129/2016, de 3 de marzo (RJ 2016, 758).

En la jurisprudencia menor, v. igualmente en este sentido las SSAP Asturias núm. 281/2012, de 2 de julio (JUR 2012, 275563); Girona núm. 309/2012, de 12 de julio (JUR 2012, 291420); Burgos núm. 311/2012, de 19 de julio (JUR 2012, 316365); Cádiz núm. 364/2012, de 20 de julio (JUR 2012, 354905); A Coruña núm. 218/2012, de 24 de septiembre (JUR 2013, 33744); Burgos núm. 396/2012, de 30 de octubre (JUR 2013, 5542); Asturias núm. 446/2012, de 3 de diciembre (AC 2012, 2277); Guipúzcoa núm. 359/2012, de 5 de diciembre (JUR 2014, 154779); Islas Baleares núm. 548/2012, de 5 de diciembre (JUR 2013, 35822); Barcelona núm. 766/2012, de 18 de diciembre

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA MONOPARENTAL

al cónyuge custodio no tiene por qué ser siempre, necesariamente, la solución que mejor concilie todos los intereses en juego, máxime, cuando existen dos o más viviendas a disposición de los cónyuges.

Al hilo de esto, otra de las correcciones que se ha realizado al art. 96.I CC, desde la jurisprudencia, e incluso alguna norma autonómica, es la posibilidad de atribuir al cónyuge custodio y a los hijos una vivienda distinta de la que hubiere constituido la morada familiar. Se trata de una solución que, toda vez ser infrecuente, puede constituir una solución óptima en los casos en que la atribución del uso de la vivienda familiar pueda implicar un eventual riesgo de desahucio, si el cónyuge custodio queda en la posición de precarista; no obstante, un sector de su doctrina ha mostrado sus reservas,

(JUR 2013, 111271); Cádiz núm. 34/2013, de 25 de enero (JUR 2013, 175726); Ourense núm. 13/2013, de 25 de enero (JUR 2013, 61686); Guipúzcoa núm. 31/2013, de 4 de febrero (JUR 2014, 157994); Soria núm. 8/2013, de 13 de febrero (JUR 2013, 164912); Murcia núm. 66/2013, de 19 de febrero (JUR 2013, 127538); A Coruña núm. 56/2013, de 6 de marzo (JUR 2013, 141251); Asturias núm. 114/2013, de 25 de marzo (JUR 2013, 161363); Alicante núm. 302/2013, de 3 de junio (JUR 2013, 267023); Málaga núm. 594/2013, de 22 de octubre (JUR 2014, 18508); Pontevedra núm. 811/2013, de 16 de diciembre (JUR 2014, 17145); Toledo núm. 4/2014, de 28 de enero (JUR 2014, 67253); Ourense núm. 40/2014, de 17 de febrero (JUR 2014, 64666); Santa Cruz de Tenerife núm. 79/2014, de 12 de marzo (JUR 2014, 274934); Pontevedra núm. 87/2014, de 14 de marzo (JUR 2014, 219373); Cádiz núm. 213/2014, de 14 de abril (JUR 2014, 153853); Burgos núm. 105/2014, de 30 de abril (JUR 2014, 180370); Sevilla núm. 244/2014, de 6 de mayo (JUR 2014, 265383); Pontevedra núm. 219/2014, de 12 de junio (JUR 2014, 219642); Sevilla núm. 316/2014, de 26 de junio (JUR 2014, 265242); A Coruña núm. 251/2014, de 10 de julio (JUR 2014, 218532); Las Palmas núm. 589/2014, de 29 de septiembre (JUR 2015, 56050); Cantabria núm. 469/2014, de 7 de octubre (JUR 2015, 275842); La Rioja núm. 285/2014, de 17 de noviembre (JUR 2015, 51474); Castellón núm. 143/2014, de 20 de noviembre (JUR 2015, 94023); Madrid núm. 1140/2014, de 18 de diciembre (JUR 2015, 62806); Valencia núm. 21/2015, de 19 de enero (JUR 2015, 95217); Cantabria núm. 124/2015, de 10 de marzo (JUR 2015, 275309); Málaga núm. 181/2015, de 27 de marzo (JUR 2015, 291536); Málaga núm. 187/2015, de 30 de marzo (JUR 2015, 292019); A Coruña núm. 111/2015, de 7 de abril (JUR 2015, 126065); Cádiz núm. 186/2015, de 4 de mayo (JUR 2015, 169450); León núm. 100/2015, de 8 de mayo (JUR 2015, 145528); Alicante núm. 177/2015, de 22 de mayo (JUR 2015, 271507); Asturias núm. 192/2015, de 26 de mayo (JUR 2015, 147613); Málaga núm. 324/2015, de 3 de junio (JUR 2015, 290907); Córdoba núm. 253/2015, de 10 de junio (JUR 2015, 193313); Madrid núm. 591/2014, de 24 de junio (JUR 2014, 245193); Vizcaya núm. 408/2015, de 30 de junio (JUR 2015, 209436); Alicante núm. 261/2015, de 16 de julio (JUR 2015, 270825); Santa Cruz de Tenerife núm. 421/2015, de 17 de septiembre (JUR 2016, 24269); Málaga núm. 621/2015, de 15 de octubre (JUR 2016, 108286); Cádiz núm. 461/2015, de 16 de octubre (JUR 2016, 11171); Islas Baleares núm. 317/2015, de 20 de octubre (JUR 2015, 258462); León núm. 265/2015, de 23 de octubre (JUR 2015, 290659); A Coruña núm. 336/2015, de 28 de octubre (JUR 2015, 273925); Madrid núm. 904/2015, de 2 de noviembre (AC 2015, 1829); Barcelona núm. 708/2015, de 3 de noviembre (JUR 2016, 10076); Alicante núm. 389/2015, de 10 de diciembre (JUR 2016, 131757); Ourense núm. 416/2015, de 18 de diciembre (JUR 2016, 34602); Alicante núm. 58/2016, de 10 de febrero (JUR 2016, 142339); Ourense núm. 99/2016, de 9 de marzo (JUR 2016, 76079); A Coruña núm. 92/2016, de 15 de marzo (JUR 2016, 88605); Ourense núm. 119/2016, de 18 de marzo (JUR 2016, 89308); Las Palmas núm. 181/2016, de 21 de marzo (JUR 2016, 135820); y Pontevedra núm. 225/2016, de 3 de mayo (JUR 2016, 105791).

por entender que se trata de una medida que va en contra del tenor literal del art. 96.I CC⁶⁹⁵.

Y es que, en la práctica, no resulta raro que los cónyuges ocupen una vivienda que haya sido cedida por los progenitores de uno de ellos por cuestiones de oportunidad (como puede ser aquella que se encuentra próxima al centro de trabajo de uno -o de ambos-, al colegio, al lugar en el que desarrollan sus relaciones afectivas con el resto de la familia, etc.) o de tamaño y posibilidades de la vivienda, aun teniendo, alguno de los cónyuges (o ambos), algún derecho que le permita ocupar otra vivienda en concepto de vivienda familiar.

En estos supuestos, la jurisprudencia, y también algunas normas autonómicas, permiten, al efecto de evitar la posibilidad de desahucio del cónyuge custodio por parte de sus suegros (propietarios de la vivienda familiar), la atribución del uso de una vivienda distinta a la que haya constituido el domicilio familiar⁶⁹⁶, siempre y cuando se trate de una vivienda que pueda garantizar de forma satisfactoria la necesidad habitacional del cónyuge y de los hijos a su cargo⁶⁹⁷.

⁶⁹⁵ LEGERÉN MOLINA, A.: “Atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio y titular exclusivo de la misma cuando el menor y el cónyuge custodio tengan satisfechas de manera adecuada sus necesidades de alojamiento en otra vivienda. Sentencia de 5 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10135)”; cit., pp. 538-539; MORENO NAVARRETE, M. Á.: “Comentario a la STS de 10 de octubre de 2011. Atribución del uso de la vivienda familiar en residencia distinta a la de la convivencia familiar durante el matrimonio”, cit., p. 463; y MORENO VELASCO, V.: “La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores”, cit., p. 12.

⁶⁹⁶ Para VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La «necesidad de vivienda»”, cit., p. 30, el mero riesgo de desahucio priva a la vivienda familiar de las notas de permanencia y estabilidad, caracteres que pasarían a ser una incógnita ante la incertidumbre que generaría la atribución del uso de una vivienda cedida por un familiar de los progenitores.

⁶⁹⁷ Como ya expusimos en su momento, este riesgo también existe cuando sólo se puede satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos atribuyendo al progenitor custodio la vivienda familiar cedida, pero en este caso no existirían más alternativas, como sí las hay cuando el matrimonio dispone de alguna vivienda adicional a la vivienda familiar cedida.

Precisamente, no había más alternativa que la atribución del uso de la vivienda familiar en la SAP Alicante núm. 268/2015, de 8 de julio (JUR 2015, 271005). En el caso, existían dudas en torno a la propiedad del terreno y de la finca que constituía la vivienda familiar, pudiendo tener el abuelo paterno título suficiente que le legitimara para ejercitar una acción de desahucio. Con todo, en la medida en que no había más viviendas, la Audiencia atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre, que había quedado al cargo de las hijas, advirtiendo de que en caso de producirse el desahucio, correlativamente tendrá lugar un incremento en la pensión de alimentos que permita

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA MONOPARENTAL

Así, la STS núm. 695/2011, de 10 de octubre (RJ 2011, 6839), resolvió un caso en el que la familia vivía en una vivienda propiedad de los abuelos y del padre del menor, disponiendo el matrimonio de otra vivienda propiedad de ambos cónyuges. El Supremo soluciona el litigio atribuyendo a la progenitora custodia la vivienda de la que era copropietaria, porque el interés de la hija menor de edad “es el que debe ser protegido, puesto que en el presente caso, la posibilidad de que los propietarios recuperen la vivienda ejerciendo el desahucio por precario, implica que deba entenderse perjudicial para el propio menor la atribución del uso de una vivienda de la que podría ser desalojado”. Concluye el Supremo fijando como doctrina jurisprudencial la siguiente: “El juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos”⁶⁹⁸.

Más recientemente, la STS núm. 448/2015, de 15 de julio (RJ 2015, 3597), reiteró la doctrina contenida en la STS núm. 695/2011, de 10 de octubre (RJ 2011, 6839). En el caso, la vivienda familiar pertenecía a la abuela paterna (que residía junto al matrimonio), pasando a residir la madre junto con sus hijas, tras la crisis matrimonial, en una vivienda de la que era propietaria la abuela materna. El Supremo resuelve el caso advirtiéndole que “lo determinante es que la vivienda que fue familiar es titularidad de la

alquilar una vivienda en la que satisfacer la necesidad habitacional de la hija. Así, dice la Audiencia que “A falta de vivienda familiar atribuible de forma segura a la menor, la solución ha de venir de la mano de encontrar una solución habitacional exenta de riesgos y ésta se encontrará, estableciendo una alternativa a la pérdida de la misma, supuesto en el que habrá de acudir al arrendamiento. En este sentido, vistos los ingresos de los progenitores, se acuerda confirmar lo resuelto en la sentencia de instancia, manteniendo en el domicilio familiar a la madre y al menor hasta que éste llegue a la mayoría de edad, y caso de que fueran desahuciados habría de incrementarse la pensión para gastos ordinarios hasta 300€ mensuales, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia”.

⁶⁹⁸ En la jurisprudencia menor, han tenido en cuenta la doctrina recién expuesta (aunque no la han aplicado en todos los casos), las SSAP Cantabria núm. 128/2012, de 24 de febrero (JUR 2013, 23079); Asturias núm. 277/2012, de 1 de junio (JUR 2013, 298443); Asturias núm. 398/2012, de 27 de julio (JUR 2012, 295935); Burgos núm. 390/2012, de 25 de octubre (JUR 2012, 402934); Burgos núm. 396/2012, de 30 de octubre (JUR 2013, 5542); Castellón núm. 156/2012, de 13 de noviembre (JUR 2013, 47001); Burgos núm. 453/2012, de 11 de diciembre (JUR 2013, 33574); Asturias núm. 308/2013, de 27 de noviembre (JUR 2014, 11126); Valencia núm. 219/2014, de 2 de abril (JUR 2014, 168139); Málaga núm. 483/2014, de 30 de junio (JUR 2014, 281745); Málaga núm. 37/2015, de 22 de enero (JUR 2015, 193967); y Cádiz núm. 80/2016, de 22 de febrero (JUR 2016, 110757).

abuela paterna con lo que la asignación de ésta a los menores junto con su madre está sujeta al riesgo cierto de desahucio por precario, máxime cuando tienen otros medios de afrontar la necesidad de vivienda. También es concluyente que la vivienda en cuestión ya no puede considerarse vivienda familiar”.

Ciertamente, este supuesto contiene un matiz respecto al anterior: realmente, los cónyuges no disponían de otra vivienda, sino que la madre se fue a vivir a casa de su progenitora (abuela materna de los niños). Por tanto, en puridad el Supremo no realiza una atribución del uso de una vivienda alternativa al cónyuge custodio: simplemente anticipa una situación evitando el juicio de desahucio por precario; es decir, habida cuenta que si la abuela paterna vivía con la familia es de presumir que no tenía más viviendas, y que hubiera reivindicado la posesión de la vivienda familiar, parece razonable no realizar la atribución del uso de ésta a la madre y a los hijos, máxime cuando éstos ya se habían adaptado al nuevo entorno en el que vivían.

Existen supuestos de precario, por otra parte, que se alejan del supuesto prototípico comentado (vivienda familiar cedida por los suegros del cónyuge custodio). Éste podría ser el caso resuelto por la STS núm. 193/2013, de 15 de marzo (RJ 2013, 2174), en el que la situación de precario deviene tras la crisis matrimonial, pasando a ocupar, la madre y los hijos, una vivienda de los abuelos maternos. El Tribunal Supremo, con buen criterio, confirma la sentencia recurrida, que había atribuido el uso de la vivienda (privativa del marido) que había constituido el domicilio conyugal hasta la crisis a la madre. Dice, a este respecto, que “Es cierto que durante el procedimiento los abuelos maternos les cedieron de forma totalmente gratuita y de favor el uso de una vivienda de su propiedad pero ello no indica sin más que pueda ponerse a su cargo una obligación continuada que corresponde a los progenitores y que éstos pueden, además, hacerla efectiva puesto que el matrimonio dispone de una vivienda, propiedad del esposo, que constituyó el domicilio conyugal y que no abandonaron de forma voluntaria, y menos aún con vocación de permanencia”⁶⁹⁹.

⁶⁹⁹ Añade el Supremo que “La asignación del uso responde a la necesidad de garantizar una vivienda segura a los menores y esto no se produce desde el momento en que podrían ser desalojados en cualquier momento por la exclusiva voluntad del tercero propietario mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que está legitimado por la inexistencia de contrato con la

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA MONOPARENTAL

En otro orden de cosas, hay que advertir que esta doctrina jurisprudencial, iniciada por la STS núm. 695/2011, de 10 de octubre (RJ 2011, 6839), tiene también presencia en la normativa autonómica. De este modo, el art. 233-20.6 CCCat. afirma que “La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos”. Por su parte, el art. 12.6 de la reciente Ley vasca núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, expone que “El juez podrá sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otra vivienda propiedad de uno o ambos miembros de la pareja si es idónea para satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos e hijas menores y, en su caso, del progenitor más necesitado”.

Como corolario de todo lo anterior, podemos afirmar que parece prudente garantizar la necesidad de habitación del cónyuge custodio y de los hijos atribuyendo a aquél una vivienda distinta de la familiar, en los casos en que exista riesgo de reivindicación de la vivienda familiar.

3. La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio cuando el cónyuge custodio disponga de medios suficientes para garantizar de forma satisfactoria la necesidad de vivienda propia y de sus hijos.

Otro de los supuestos en que se puede corregir el tenor literal del art. 96.I CC tiene que ver con la posibilidad de atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio, cuando el cónyuge al que le pertenecería, por haberle sido atribuida la guarda y custodia, disponga de medios suficientes que le permitan garantizar satisfactoriamente la necesidad de vivienda propia y de sus hijos⁷⁰⁰.

ocupante. Ello perjudicaría a los menores, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda”.

⁷⁰⁰ Para MORENO VELASCO, V.: “La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores”, cit., p. 11, “El interés del progenitor no custodio de disponer de su parte del bien normalmente más importante de la economía familiar, con objeto de rehacer su vida, es atendible por el ordenamiento jurídico y estando

Se trata de una solución que ha empleado el Tribunal Supremo en supuestos muy concretos con el objetivo de tratar de conciliar todos los intereses en juego, relativizando la importancia de la vivienda familiar en los supuestos en que la atribución del uso al cónyuge custodio pudiera suponer que el otro cónyuge quedara en una situación de desamparo⁷⁰¹. Desde luego, para poder aplicar esta solución, el Tribunal Supremo parte de un presupuesto ineludible: el cónyuge custodio debe tener medios suficientes para garantizar la necesidad de vivienda propia y de los hijos⁷⁰².

atendido el interés prioritario de su prole de disponer de una vivienda adecuada, el juzgador debe atender también su interés”.

Por su parte, SANTOS MORÓN, M^a. J.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de reforma”, cit., p. 23, en los casos en que se trata de una vivienda privativa, no alcanza a ver la razón de la regla de la atribución automática al progenitor custodio, “ya que, si la necesidad de alojamiento de éstos puede satisfacerse adecuadamente por otra vía –por ej., mediante el alquiler de otra vivienda de similares características que permita a los menores continuar escolarizados en el mismo centro- no hay por qué privar al propietario de su posesión, especialmente si ello puede provocarle graves inconvenientes (v. gr., vivienda adaptada a su discapacidad: próxima a su centro de trabajo...)”. Para la autora, pues, en este supuesto de vivienda privativa de uno de los cónyuges únicamente debería atribuirse el uso de la misma al cónyuge custodio no titular cuando no pudiera garantizarse de otro modo la necesidad de vivienda de los hijos.

V. también sobre esta cuestión PANIZA FULLANA, A.: “Atribución del uso de la vivienda familiar «versus» derecho de propiedad (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2013)”, cit., pp. 95-96.

⁷⁰¹ V. a este respecto las SSTS núm. 191/2011, de 29 de marzo (RJ 2011, 3021); núm. 671/2012, de 5 de noviembre (RJ 2012, 10135); y núm. 777/2013, de 3 de diciembre (RJ 2013, 7834), de las cuales se puede extraer la siguiente doctrina: “cuando el cónyuge custodio posea otra vivienda en propiedad en la que pueda dar alojamiento digno a los menores, la que fue vivienda familiar podrá ser adjudicada al cónyuge no custodio”.

El supuesto más emblemático, por ser el que mejor refleja la situación aquí analizada, es el resuelto por la STS núm. 671/2012, de 5 de noviembre (RJ 2012, 10135), la cual confirmó la resolución recurrida, que había atribuido al ex esposo el uso de la vivienda familiar (que era privativa suya), por haber adquirido la mujer una nueva vivienda con la que quedaba satisfecha su necesidad habitacional y la de la hija menor común, que había quedado a su cargo. Explica el Supremo que “en el caso presente [...] la madre ha adquirido una nueva vivienda en la que puede habitar la hija menor, sin que ésta quede desprotegida de sus derechos pues, de acuerdo con lo que resulta probado en el procedimiento, «cubre sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro en el inmueble de la madre», y no sólo cubre estas necesidades, sino que como consecuencia del cambio, además de que el padre recupera la vivienda y le permite disfrutar de un status similar al de su hija y su ex esposa, mejora con ello su situación económica permitiéndole hacer frente a una superior prestación alimenticia a favor de su hija al desaparecer la carga que representaba el pago de la renta de alquiler”.

⁷⁰² El hecho de que el cónyuge custodio y los hijos tengan cubierta la necesidad de alojamiento en forma suficiente al margen de la vivienda familiar nos remite de nuevo a las consideraciones de LEGERÉN MOLINA, A.: “Atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio y titular exclusivo de la misma cuando el menor y el cónyuge custodio tengan satisfechas de manera adecuada sus necesidades de alojamiento en otra vivienda. Sentencia de 5 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10135)”, cit., p. 540, quien distinguía entre los conceptos de “necesidad” y “conveniencia” del

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA MONOPARENTAL

En cualquier caso, las primeras resoluciones en este sentido pertenecen a la llamada jurisprudencia menor, que de una década a esta parte ha introducido esta corrección al art. 96.I CC para corregir el efecto perverso que se produciría en caso de atribuir el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio, toda vez no necesitarla éste y sí el no custodio para satisfacer su necesidad habitacional⁷⁰³.

En otro orden de cosas, algunas legislaciones autonómicas contemplan ya esta medida, redactada en diversos términos. Así, el art. 233-20.4 CCCat. dispone que “Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos”. A su vez, el art. 233-20.5 matiza que “La

uso de la vivienda familiar. Desde esta perspectiva, y como ya apuntamos, una cosa es que los hijos no tengan necesidad de usar la vivienda familiar por encontrarse su necesidad de alojamiento satisfecha por otras vías, pero sí podría ocurrir que fuera conveniente para un mejor desarrollo de su personalidad continuar habitando en dicha vivienda.

⁷⁰³ A este respecto puede verse la SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 300/2005, de 19 de septiembre (JUR 2005, 262909), que atribuyó el uso de la vivienda familiar a la madre (cónyuge no custodio), al pasar a residir el padre y las hijas comunes junto con el abuelo paterno. Este cambio de domicilio se produjo a raíz de un accidente laboral del progenitor, eligiendo, para llevar a cabo la rehabilitación del mismo, un centro próximo al domicilio del abuelo paterno, y matriculando, igualmente, a las hijas en un centro de estudios de dicha zona, lo que denotaba que la permanencia en ésta se iba a prolongar durante cierto lapso de tiempo. Por otro lado, en el caso, no había dudas sobre la necesidad de la vivienda familiar de la madre, que vivía en un “local o garaje que no reunía las condiciones precisas para servir como vivienda”. En esta tesitura, la Audiencia declara, en términos genéricos, que “esta norma [art. 96 CC], fundada en una regla de experiencia, no debe ser automática, en el sentido que deba de cumplirse en todo caso y aun cuando no sea la solución más favorable, como puede ocurrir en supuestos en que el mantenimiento de la citada residencia presente inconvenientes para el progenitor en cuya compañía estén los hijos, inconvenientes que afectarán también a éstos, por lo que el juez, de la misma manera que puede no aprobar lo acordado por los padres sobre el uso del domicilio familiar, podrá también, atendiendo al beneficio de los hijos, representado principalmente por la conveniencia de que sigan recibiendo el cuidado y la atención del padre al que han sido confiados, aceptar otras soluciones y resolver de modo distinto al previsto en el citado art. 96 C.C”.

Más próxima en el tiempo es la SAP Palencia núm. 172/2015, de 5 de noviembre (JUR 2016, 73641), la cual modificó la atribución del uso del domicilio familiar realizada por la sentencia de divorcio, al haber variado sustancialmente las circunstancias que se tuvieron en cuenta para atribuir el uso de aquél a la progenitora custodia y a sus hijos menores. En efecto, ésta había adquirido con su nueva pareja, en régimen de copropiedad, una vivienda en la que residía junto a su compañero y a sus hijos, mientras que el ex marido no disponía de otro inmueble alternativo en el que residir (vivía en un inmueble propiedad de una hermana), por lo que la Audiencia accedió a la modificación de la medida, al considerar que el ex marido era el cónyuge más necesitado de protección, en tanto que “los hijos menores de las partes tienen cubierta adecuadamente su necesidad de vivienda al residir en compañía de su progenitor custodio en un nuevo inmueble cuya copropiedad corresponde a éste”.

atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges, en los casos de los apartados 3 y 4, debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas”.

En muy similares términos se pronuncia el art. 12.3 de la Ley vasca núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, según el cual “El juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel miembro de la pareja que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos e hijas, objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro progenitor tuviera medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los y las menores y fuera compatible con el interés superior de éstos”. Al igual que sucede en Cataluña, este uso no es indefinido, sino temporal. Así lo establece el art. 12.5.I, al afirmar que “La atribución del uso de la vivienda a uno de los progenitores por razones de necesidad deberá hacerse con carácter temporal por un máximo de dos años, y será susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga deberá solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado, y tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas”.

E, igualmente, la nueva redacción del art. 96.2.II CC dada por el Anteproyecto se manifiesta en este mismo sentido, al disponer que “El Juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel progenitor que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos, objetivamente tuviere mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro progenitor a quien correspondiere la guarda y custodia tuviere medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los hijos y fuere compatible con el interés superior de éstos”, dando, con ello, respuesta a las demandas doctrinales que exigían una modificación del art. 96 CC para que tuvieran cabida en él supuestos como los analizados en este epígrafe y en el anterior⁷⁰⁴. En cuanto a la duración del uso, precisa el

⁷⁰⁴ Así, LEGERÉN MOLINA, A.: “Atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio y titular exclusivo de la misma cuando el menor y el cónyuge custodio tengan satisfechas de manera adecuada sus necesidades de alojamiento en otra vivienda. Sentencia de 5 de noviembre de 2012 (RJ

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA MONOPARENTAL

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

También en términos parecidos, aunque más concretos, se pronuncia el art. 6.2 de la Ley núm. 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Dice el citado precepto que “Salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculden para ocuparla como tal residencia familiar. Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos, éste cesará en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso”⁷⁰⁵.

Como se puede observar, el precepto no es tan genérico como el art. 233-20.4 CCCat. o el 12.3 de la Ley vasca núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, que hablan de “medios suficientes”, sino que se pronuncia en términos más específicos, prohibiendo la posibilidad (salvo acuerdo en contrario de los progenitores), de atribuir el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores, si aquélla fuera privativa del otro cónyuge o

2012, 10135)”, cit., p. 543, quien pide “el reconocimiento expreso de la viabilidad de atribuir la vivienda familiar al cónyuge no custodio si el menor y el cónyuge custodio tienen cubiertas sus necesidades de vivienda y la posibilidad del juez de asignar el uso de una vivienda distinta de la familiar si es idónea para satisfacer las necesidades de alojamiento”.

⁷⁰⁵ En la medida en que el precepto nada especifica, parece razonable pensar que se trata de una norma aplicable tanto a los supuestos de custodia compartida como de custodia monoparental. Sin embargo, resulta más lógico que entre en juego en los supuestos de custodia monoparental, ya que, si se parte de que en los casos de custodia compartida la adjudicación de la vivienda familiar a uno de los cónyuges suele producirse por motivos de necesidad, es difícil pensar que tiene más necesidad de la vivienda familiar quien dispone de derechos sobre otra vivienda que le permitan ocuparla como residencia familiar.

común a ambos, y el progenitor al que se le pretende adjudicar es titular de derechos sobre otra vivienda que le permitan ocuparla en concepto de vivienda familiar. En cualquier caso, consideramos que el precepto se debe interpretar en términos amplios, equiparando la posibilidad de ocupar otra vivienda a la disposición de medios económicos suficientes para garantizar la necesidad habitacional propia y de los hijos⁷⁰⁶.

En fin, también se puede deducir la posibilidad analizada en este epígrafe del art. 81.2 CDFFA, a tenor del cual “Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor”. Así, y a pesar de la indeterminación de la expresión “mejor interés para las relaciones familiares”⁷⁰⁷, podría entenderse que se da cumplimiento al mismo atribuyendo el uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio en los supuestos en que el cónyuge custodio disponga de medios suficientes para habitar en otra vivienda (sea en el concepto que sea: arrendamiento, compraventa, etc.), y no así aquél. Desde

⁷⁰⁶ Lo contrario podría dar lugar a situaciones de desamparo del cónyuge no custodio, que podría quedarse “sin techo” en los casos en que el cónyuge custodio, aun disponiendo de medios económicos suficientes como para arrendar o incluso comprar otra vivienda, no dispusiera de derechos sobre otra vivienda.

A este respecto, se puede traer a colación la STS núm. 777/2013, de 3 de diciembre (RJ 2013, 7834), la cual atribuyó el uso de la vivienda familiar (que pertenecía a ambos cónyuges) a la madre, ya que el padre vivía con las hijas menores en un piso de alquiler que se podría calificar de suntuario, habida cuenta la alta renta que pagaba: 1800 euros mensuales. El alto tribunal, tras hacer un repaso por anteriores resoluciones que abordaban la cuestión desde una perspectiva similar, afirma que “En el presente caso, el recurrente no tiene vivienda en propiedad, sino que tras el divorcio se ha visto compelido a arrendar una vivienda, que por su renta puede calificarse de «alto nivel», por lo que el interés de los menores queda plenamente amparado y no se produce violación del art. 96 del C. Civil, pues como declara la sentencia de esta Sala de 19-11-2013, RC. 357 de 2012, no es domicilio familiar el inmueble que no sirve a estos fines, habida cuenta, además, que la vivienda sólo la mantendrá hasta la extinción del régimen de condominio. El art. 96 del C. Civil establece una presunción de necesidad, que en este caso ha sido desvirtuada”.

⁷⁰⁷ BALDA MEDARDE, M^a. J.: “La vivienda familiar en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, en AA.VV.: *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2011, p. 225; LÓPEZ AZCONA, A.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de la convivencia en el Derecho aragonés: derecho positivo y práctica jurisprudencial”, cit., p. 70; ÍD.: “La atribución del uso de la vivienda familiar y el destino del ajuar familiar en las situaciones de crisis de convivencia: la solución del legislador aragonés”, cit., p. 79; VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La «necesidad de vivienda»”, cit., pp. 8-9; y VIÑAS MAESTRE, D.: “Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda”, cit., p. 45.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA MONOPARENTAL

esta perspectiva, atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio salvaguardaría la necesidad habitacional de éste, y de los hijos en los periodos en que estuviesen sometidos al régimen de visitas⁷⁰⁸.

Resta concluir este epígrafe refiriéndonos a un supuesto nada infrecuente en el que podría proceder la aplicación de esta solución: la convivencia del progenitor custodio con un tercero en una vivienda propiedad de éste⁷⁰⁹. En efecto, tras la ruptura de la relación matrimonial, los ex cónyuges pueden rehacer su vida sentimental, pasando a cohabitar junto a nuevas parejas. En muchos de estos casos, el progenitor custodio se desplaza a la vivienda de su nueva pareja junto con los hijos a su cargo, con lo que se correría el riesgo de dejar sin uso la vivienda familiar en caso de que ésta se adjudicara al progenitor custodio, al tiempo que el progenitor no custodio tendría que invertir dinero en el arrendamiento o, en el mejor de los casos, compraventa, de una nueva vivienda, con la posibilidad de que ello vaya en detrimento del pago de la correspondiente pensión de alimentos.

Para evitar dicha situación, parece prudente atribuir el uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio (habida cuenta que los hijos comunes y el progenitor custodio ya tienen cubierta la necesidad habitacional mediante la residencia en la vivienda del nuevo compañero de éste), tal y como hizo la STS núm. 191/2011, de 29 de marzo (RJ 2011, 3021)⁷¹⁰. La situación, *prima facie*, resulta justa, y, lógicamente,

⁷⁰⁸ A este respecto, es ilustrativo el caso resuelto en la ya citada SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 300/2005, de 19 de septiembre (JUR 2005, 262909), en la cual, recordemos, se atribuyó el uso de la vivienda familiar a la madre (cónyuge no custodio). En el caso, la vivienda no era usada por el progenitor custodio, que residía con su padre (abuelo paterno), mientras que la madre vivía, o mejor dicho, malvivía, en un “local o garaje que no reunía las condiciones precisas para servir como vivienda”.

Desde luego, en supuestos como éste, la atribución del uso de la vivienda familiar no sólo va en beneficio del progenitor no custodio, sino también de los hijos, que de otro modo podrían ver perjudicada su necesidad habitacional en los periodos en que se encontraran sometidos al régimen de visitas.

⁷⁰⁹ V. en la doctrina sobre esta cuestión las consideraciones de LÓPEZ AZCONA, A.: “La atribución del uso de la vivienda familiar y el destino del ajuar familiar en las situaciones de crisis de convivencia: la solución del legislador aragonés”, cit., p. 81; y VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La «necesidad de vivienda»”, cit., p. 31.

⁷¹⁰ El ejemplo clásico en la materia es el resuelto por la STS núm. 191/2011, de 29 de marzo (RJ 2011, 3021). En el caso, el padre reclamaba para sí, en la demanda de divorcio, el uso del domicilio familiar (adjudicado a la madre en la sentencia de separación), al encontrarse dicho domicilio

para el caso de ruptura de la convivencia del progenitor custodio con su nueva pareja, nada debiera obstar a la admisión de una modificación de medidas reclamando el uso de la vivienda familiar, en caso de no poder cubrirse, de otro modo, la necesidad habitacional propia y de los hijos a su cargo.

En cualquier caso, existe una sentencia posterior del propio Tribunal Supremo discrepante en relación a este punto. Así, la STS núm. 320/2014, de 16 de junio (RJ 2014, 3073), entiende que no se puede dejar la necesidad habitacional de los hijos menores al arbitrio de un tercero extraño a la relación matrimonial⁷¹¹. Esta doctrina, en la línea del presente estudio, no nos parece apropiada, pues mantiene la sobreprotección del interés superior de los hijos aun cuando pueda suponer el perjuicio de otros intereses igualmente dignos de protección (como el del progenitor no custodio), además de resultar ciertamente confusa a la luz de la anterior STS núm. 191/2011, de 29 de marzo (RJ 2011, 3021).

Sin embargo, esta última solución sí resultaría conforme a las conclusiones alcanzadas en las sentencias del Tribunal Supremo que prohíben el establecimiento de

desocupado por vivir la madre y el hijo común junto a la nueva pareja de ésta, en una casa adquirida por ambos convivientes. El Supremo, al igual que previamente habían hecho tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación, dio la razón al padre, al entender que “cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, como ocurre en el caso presente, en que la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con la que convive, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia”. Concluye el Supremo señalando que “La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC”.

⁷¹¹ La STS núm. 320/2014, de 16 de junio (RJ 2014, 3073), atribuyó el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio, el padre, toda vez residir éste junto a su hijo en la vivienda de su nueva pareja. En este sentido, el Tribunal Supremo afirmó que no puede “ponerse a cargo de un tercero una obligación continuada que corresponde a los progenitores y que éstos pueden hacerla efectiva puesto que el matrimonio dispone de una vivienda, que constituyó el domicilio conyugal que no fue abandonado de forma voluntaria, sino por imperativo del artículo 96 del CC, como consecuencia de la sentencia de separación dictada el 29 de noviembre de 2006. La asignación del uso responde a la necesidad de garantizar una vivienda segura al menor y esto no se produce en la situación actual que disfruta el padre. Ello perjudicaría al menor, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda [...]”.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA MONOPARENTAL

limitaciones temporales al uso de la vivienda familiar mientras los hijos sigan siendo menores de edad⁷¹².

⁷¹² V. también a este respecto las ya citadas SSTS núm. 236/2011, de 14 de abril (RJ 2011, 3590); núm. 451/2011, de 21 de junio (RJ 2011, 7325); núm. 642/2011, de 30 de septiembre (RJ 2011, 7387); núm. 257/2012, de 26 de abril (RJ 2012, 6102); núm. 304/2012, de 21 de mayo (RJ 2012, 6532); núm. 181/2014, de 3 de abril (RJ 2014, 1950); núm. 301/2014, de 29 de mayo (RJ 2014, 3889); núm. 297/2014, de 2 de junio (RJ 2014, 2842); núm. 320/2014, de 16 de junio (RJ 2014, 3073); núm. 660/2014, de 28 de noviembre (RJ 2014, 6048); y núm. 282/2015, de 18 de mayo (RJ 2015, 1919).

CAPÍTULO VII: LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN AUSENCIA DE HIJOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES

En los capítulos precedentes hemos analizado la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos en que existían hijos económicamente dependientes. Por el contrario, en el presente capítulo examinaremos el supuesto de que, al tiempo de la crisis matrimonial, no existan hijos económicamente dependientes, lo cual, como ya vimos, puede responder a dos situaciones: a) que el matrimonio no haya tenido hijos; o b) que los haya tenido, pero éstos sean ya económicamente independientes.

Así, dice el art. 96.III CC 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”⁷¹³.

⁷¹³ Como ya advertimos en su momento, la aplicación del precepto exige no sólo que el interés del cónyuge no titular sea el más necesitado de protección, sino que, además, las circunstancias concurrentes hagan aconsejable la atribución del uso de la vivienda a aquél. La necesidad de protección puede provenir no exclusivamente de causas económicas, sino también personales, como podría ser una escasa movilidad que hiciera que su interés sólo se viera protegido mediante la atribución del uso de la vivienda familiar.

En cualquier caso, obsérvese que existe una inequívoca vinculación entre ambas causas de necesidad. A nuestro juicio, la necesidad personal de la vivienda no puede entenderse en abstracto, sino como una derivación de la necesidad económica: así, el cónyuge no titular puede tener necesidad personal de la vivienda por adaptarse ésta a su estado físico y de salud (como podría ser una planta baja, apta para personas con movilidad reducida o que se desplacen en vehículos a motor adaptados); sin embargo, resulta claro que, de tener una situación económica desahogada, dicho cónyuge no titular podría satisfacer su necesidad especial de vivienda por sus propios medios. En consecuencia, deberá atenderse al especial valor de la vivienda para el cónyuge no titular cuando éste carezca de los recursos económicos suficientes para procurarse una vivienda adaptada a sus necesidades.

Por lo demás, hay que tener en cuenta también que el término “podrá” que utiliza el precepto confiere al juzgador una facultad potestativa para otorgar el uso de la vivienda al cónyuge no titular. A este respecto, señala la SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 547/2015, de 19 de octubre (JUR 2016, 25050), que “Ha de insistirse en que el precepto legal no impone al juzgador atribuir a uno u otro de los cónyuges el uso de la vivienda, sino que es una facultad sometida a la alegación y prueba por parte del accionante, quien deberá acreditar la concurrencia de circunstancias que evidencien un interés necesitado de mayor protección”.

En este supuesto, la atribución del uso de la vivienda familiar se realiza, no para satisfacer el interés superior de los hijos, sino por razones de solidaridad familiar, garantizando una vivienda al cónyuge que tuviera más necesidad de ocupar la vivienda familiar al poseer menos recursos o medios económicos para hacer frente a la necesidad habitacional. Tradicionalmente, dicho cónyuge ha sido la mujer: en efecto, al ocuparse de las tareas domésticas y de la educación y crianza de los hijos (en cumplimiento de los cánones sociales imperantes durante largo tiempo en la sociedad), descuidaba el desarrollo de su carrera profesional o laboral. Esta situación generaba una dependencia económica respecto de su marido que ponía a la mujer en una situación muy delicada tras la ruptura, lo que se trató de paliar con el establecimiento de ciertos remedios (entre ellos, la atribución del uso de la vivienda familiar⁷¹⁴).

Sin embargo, en la sociedad actual los roles de los miembros de un matrimonio han mutado, como consecuencia de la incorporación de la mujer al trabajo, de la carestía de la vivienda y de la precariedad económico-laboral de la mayoría de empleos. Los esposos colaboran en las tareas domésticas y, al mismo tiempo, las mujeres también aportan ingresos económicos a la familia (incluso, y por efecto de la crisis económica de 2008, en algún caso el sueldo de la mujer es el único *input* que entra en la casa).

Así las cosas, la vivienda familiar suele ser adquirida mediante la suscripción conjunta (por ambos cónyuges) de un préstamo hipotecario, correspondiendo aquella, por tanto, por mitad a cada uno de ellos. Y, al llegar la ruptura matrimonial, la brecha económica entre ambos cónyuges no suele ser tan abultada como en los matrimonios de

⁷¹⁴ El supuesto prototípico de aplicación del art. 96.III CC puede observarse en la STS núm. 624/2011, de 5 de septiembre (RJ 2011, 5677), que resolvió un litigio en el que la mujer solicitaba el uso de la vivienda familiar, tras un matrimonio de larga duración en el que los hijos, mayores de edad, pasaron a convivir con el ex marido. Para el Supremo, el hecho de que los hijos mayores de edad convivan con uno de los progenitores no es factor determinante para asignarle a éste el uso de la vivienda familiar, “puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes del CC, en el entendimiento de que la decisión del hijo mayor sobre con cual de los padres quiere convivir, no puede considerarse como si el hijo mayor de edad ostentase algún derecho de uso sobre la vivienda familiar, de manera que dicha elección conllevara la exclusión del otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que le pudiera corresponder”. En el caso, había quedado acreditado que la mujer, durante el prolongado periodo de convivencia, había estado apartada del mercado laboral y dependía económicamente del marido, por lo que el Supremo consideró (revocando la sentencia recurrida) que las circunstancias en ella concurrentes hacían aconsejable el uso del domicilio familiar “por ser su interés el más necesitado de protección”.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN AUSENCIA DE HIJOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES

hace varias décadas, pudiendo ocurrir que el cónyuge que quede en peor posición económica sea el marido, y no la mujer.

Lo anterior ha propiciado que existan pronunciamientos judiciales y normas en las legislaciones autonómicas que traten de realizar una redistribución más adecuada del uso de la vivienda familiar en este supuesto. Así, en la jurisprudencia se ha tratado de realizar una aplicación del art. 96.III CC que sea conciliable con su tenor literal, pues, a pesar de que el mismo habla de “tiempo prudencial”, había venido siendo aplicado *sine die* por algunas sentencias⁷¹⁵, expropiando *de facto* la vivienda familiar a su titular, que solía ser el marido⁷¹⁶. Por su parte, en las legislaciones autonómicas, se han tomado en consideración los nuevos roles del marido y la mujer en el matrimonio, así como su contribución a la economía familiar, para limitar temporalmente el uso de la vivienda familiar por parte del cónyuge más necesitado a un determinado periodo de años, prorrogable en algunos casos.

Igualmente, esta nueva situación económico-social ha tenido reflejo en la postura del legislador de Derecho común. A este respecto, el art. 96.3.II CC redactado por el Anteproyecto, prevé que “Cuando el uso de la vivienda no se otorgase en consideración a la guarda y custodia de los hijos, lo será por un tiempo máximo de dos años. El cónyuge adjudicatario del uso podrá instar tres meses antes del vencimiento del plazo, con carácter excepcional y si continuara teniendo dificultades para el acceso a otra vivienda, la modificación de la medida y una prórroga del uso por otro año”⁷¹⁷.

⁷¹⁵ Siendo ésta, en consecuencia, una suerte de solución *contra legem*.

⁷¹⁶ Lo que motivó que algún autor considerara excepcional y restrictiva la aplicación del precepto, so pena de sancionar en exceso al cónyuge propietario. V. a este respecto BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar”, cit., p. 1360; y MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC) (Teoría y práctica jurisprudencial)*, cit., p. 287.

⁷¹⁷ El precepto se debe poner en conexión con lo dispuesto en el proyectado art. 96.2.IV CC, en virtud del cual “Si los cónyuges no tuvieran hijos en guarda y custodia o cuando ésta no les fuera otorgada a alguno de ellos, el Juez, para atribuir el uso de la vivienda familiar, prestará especial atención a su titularidad y a criterios de necesidad”.

1. La atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos económicamente dependientes en las legislaciones autonómicas sobre relaciones familiares: la regulación catalana.

Como hemos tenido ocasión de reiterar, el CCCat. regula la cuestión de la atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos económicamente dependientes. Sin embargo, los arts. 81 CDFA, 6 de la Ley valenciana núm. 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, y 12 de la Ley del País Vasco núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, no contemplan este supuesto, regulando únicamente el caso de que los progenitores tengan hijos a su cargo.

Así, conforme a lo dicho, el art. 233-20.5 CCCat. dispone que “La atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges, en los casos de los apartados 3 y 4 [el apartado 3.b) contempla el supuesto de que los cónyuges no tengan hijos, o sean éstos mayores de edad⁷¹⁸], debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas”⁷¹⁹.

La medida nos parece plenamente acertada, pues trata de poner fin a una situación que podría calificarse de “parasitismo”, obligando así al cónyuge no titular a rehacer su vida económico-laboral⁷²⁰.

⁷¹⁸ V. sobre la cuestión DÍAZ FRAILE, J. M^a.: “El uso de la vivienda familiar en el Libro Segundo sobre la persona y la familia del Código Civil de Cataluña y su tratamiento jurisprudencial”, cit., pp. 432-433.

⁷¹⁹ A este respecto, hay que recordar que la SAP Barcelona núm. 621/2014, de 17 de septiembre (JUR 2014, 268654), entendió que el hecho de que la prórroga deba tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas impide que pueda acordarse “de forma automática y previa al vencimiento del plazo, caso de mantenerse las circunstancias de necesidad, siendo necesario plantear un nuevo procedimiento declarativo”.

⁷²⁰ En este sentido, es enormemente ilustrativo el Preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, al afirmar que “En todo caso, la atribución por razón de la necesidad es siempre temporal, sin perjuicio de que puedan instarse las prórrogas que procedan. Quiere ponerse freno a una jurisprudencia excesivamente inclinada a dotar de carácter indefinido la atribución, en detrimento de los intereses del cónyuge titular”.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN AUSENCIA DE HIJOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES

En otro orden de ideas, y a pesar de haber afirmado ya que la Ley del País Vasco núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, no contempla este supuesto, hay que poner de manifiesto una confusión advertida en los tribunales vascos, los cuales aplican el art. 12.5.I de la ley al caso de matrimonios sin hijos económicamente dependientes⁷²¹. El precepto, recordemos, afirma que “La atribución del uso de la vivienda a uno de los progenitores por razones de necesidad deberá hacerse con carácter temporal por un máximo de dos años, y será susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga deberá solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado, y tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas”.

De esta forma, aplican este precepto, entre otras, las recientes SSAP Vizcaya núm. 155/2016, de 7 de marzo (JUR 2016, 117484); y núm. 207/2016, de 29 de marzo (JUR 2016, 117610), las cuales, en dos casos de matrimonios con hijos económicamente independientes, atribuyeron el uso de la vivienda familiar a la ex mujer por un periodo de dos años, por considerar que su interés era el más necesitado de protección, atendiendo a las circunstancias personales y socioeconómicas de ambos cónyuges.

Ambas sentencias (aunque sólo la segunda lo dice expresamente), para llegar a aplicar el art. 12.5.I de la ley, parten del art. 12.3, según el cual “El juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel miembro de la pareja que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos e hijas, objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro progenitor tuviera medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los y las menores y fuera compatible con el interés superior de estos”. Es precisamente aquí donde está el error que quiebra todo el razonamiento

⁷²¹ Para SEISDEDOS MUIÑO, A.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 7/2015, del Parlamento Vasco”, cit., p. 155, la regulación vasca (el art. 12.5.I) “está pensada para aquellos casos, ya analizados, en los que, tras la ponderación de los intereses concurrentes (hijos, progenitores), se asigna la utilización de la vivienda familiar al progenitor que, o bien no siendo custodio o bien compartiendo la guarda con el otro, tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda (art. 12.3 y 4); y puede tratarse del titular exclusivo de aquella, puesto que en este apartado no se exige que la vivienda sea privativa del otro o común a ambos”.

posterior: cuando el art. 12.3 habla de no tener la guarda y custodia, se está refiriendo a los casos en que la guarda y custodia la tiene el otro cónyuge, sin incluir, por tanto, aquellos supuestos en que no exista guarda y custodia por ser los hijos económicamente independientes.

Desde luego, esta línea jurisprudencial es claramente desacertada y peligrosa, ya que la ley vasca únicamente contempla el caso de progenitores con hijos a su cargo. Así se deduce claramente, por una parte, art. 2.1 de la ley, según el cual ésta se aplicará “en todo el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Euskadi siempre que, conforme a lo previsto en la legislación civil que resulte de aplicación, el progenitor o progenitores que tengan la autoridad parental sobre sus hijos o hijas ostentan la vecindad civil vasca”. Por tanto, en la medida en que el precepto habla de progenitores, se está presuponiendo la existencia de hijos, con independencia de que sus padres hubiesen celebrado matrimonio entre ellos, o constituido una pareja de hecho (art. 2.2).

Pero hay más. Y es que, como ya dijimos al hablar de ello⁷²², no cabe la posibilidad, por norma imperativa, de imponer ciertas consecuencias a convivientes que, expresamente, no se adhieran a las mismas. En este sentido, en tanto en cuanto la ley se aplica por un elemento objetivo, ajeno a la voluntad de las partes, como es la vecindad civil vasca, no parece razonable hacer soportar, al conviviente propietario de la vivienda, el uso de la misma por parte del otro conviviente, conclusión que necesariamente se derivaría del hecho de admitir que la ley es aplicable también en los supuestos en que no existen hijos económicamente dependientes.

A modo de conclusión, baste decir que las citadas sentencias confunden la “necesidad” a la que se refiere el precepto, entendiéndola en los términos del art. 96.III CC.

⁷²² Ver *supra* en el apartado IV.3.

2. La atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos económicamente dependientes en la jurisprudencia.

En línea de principio, hay que distinguir básicamente entre dos situaciones: a) que la vivienda sea privativa de uno de los cónyuges (generalmente el marido); y b) que la vivienda sea común o de titularidad ganancial, supuesto habitual en los matrimonios del s. XXI. En efecto, tradicionalmente era el marido quien adquiría la vivienda, aportando trabajo a la familia; mientras que, por su parte, la mujer se dedicaba a las labores domésticas y al cuidado y educación de la prole. Sin embargo, de un tiempo a esta parte, y habida cuenta la mutación de los roles en el matrimonio (ahora ambos cónyuges, en mayor o menor grado, contribuyen a la economía familiar y colaboran en las tareas del hogar), la vivienda en muchos de los casos es de titularidad común o es adquirida con dinero ganancial.

Así las cosas, en las últimas resoluciones jurisprudenciales se observa una tendencia tuitiva del cónyuge propietario, al objeto de paliar los efectos de la aplicación del art. 96.III CC, que venía efectuándose, en excesivas ocasiones, no como reza el precepto, es decir, “por un tiempo prudencial”, sino sin limitación temporal (*sine die*), lo que colisionaba con el derecho de propiedad del cónyuge que se veía privado de su uso, constituyendo, como se ha señalado, una expropiación *de facto* de la vivienda a su propietario (o copropietario).

Desde luego, la aplicación del art. 96.III CC que se venía realizando resulta ciertamente obsoleta hoy en día en algunos casos, si se tiene en cuenta que en la sociedad actual existen muchos matrimonios de duración breve o brevísima (a lo que sin duda contribuyó la reforma del divorcio en el año 2005), en los cuales no han nacido hijos, bien por la misma duración del matrimonio, bien por las dificultades existentes para encontrar un empleo que garantice su mantenimiento.

2.1. La vivienda privativa del cónyuge no usuario.

Estaríamos aquí ante el supuesto previsto en el art. 96.III CC. La aplicación del precepto, como hemos puesto de manifiesto, venía realizándose mediante el

establecimiento de un plazo de uso extenso, o, incluso, *sine die*⁷²³. En efecto, el supuesto por excelencia de aplicación del precepto era el de un matrimonio con hijos mayores de edad y económicamente independientes, en el cual la madre se había dedicado a la realización de tareas domésticas y al cuidado de los hijos, mientras que el padre había sido el sostén económico de la familia. En esta tesitura, las expectativas de que la madre pudiera ser económicamente independiente eran nulas, si se tiene en cuenta que la edad le complicaba no sólo la búsqueda de trabajo, sino el desempeño del mismo, pues las habilidades y competencias requeridas para el mismo seguramente fueran distintas a las de tiempo atrás. Así las cosas, se optaba por mantener a la mujer en el uso de la vivienda familiar sin limitación temporal, estimándose que el marido podría arrendar una vivienda (o, en el mejor de los casos, comprar otra) con su salario.

⁷²³ En este sentido, es digna de elogio la STS núm. 315/2015, de 29 de mayo (RJ 2015, 2273), que revocó la sentencia de apelación, por atribuir ésta el uso de la vivienda familiar a la ex mujer al considerar su interés como el más necesitado de protección, “sin otra limitación temporal que la legal de todo derecho de uso o la que aconsejen las circunstancias si se considera que debe tener una limitación temporal más breve, lo que no excluye la modificación o extinción de tal atribución si se alterasen sustancialmente las circunstancias”. Para el Supremo, la amplitud de tal pronunciamiento deja prácticamente sin contenido el derecho de propiedad: “En el caso, la atribución del uso de la vivienda sin limitación temporal alguna, vulnera lo dispuesto en el art. 96.3 [...], puesto que existe una previsión legal del tiempo de uso para el supuesto de que se atribuya al cónyuge no titular, que ha sido ignorada en la sentencia desde el momento en que remite el tiempo de permanencia en la casa propiedad de quien fue su esposo a una posible alteración sustancial de las circunstancias, en lo que parece más una verdadera expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la Ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de «solidaridad conyugal» y consiguiente sacrificio del «puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro», puesto que no contempla más uso en favor del cónyuge más necesitado de protección que el tasado por criterio judicial ponderado en atención a las circunstancias concurrentes; uso que ya se ha cumplido desde el momento en que la esposa ha dispuesto en estas circunstancias de la vivienda desde hace varios años”. En consecuencia, el alto tribunal ordenó la extinción del uso de la vivienda familiar, poniéndola de nuevo a disposición de su propietario.

En la jurisprudencia menor, sorprende la expresión utilizada por la SAP Navarra de 3 de octubre de 1994 (AC 1994, 2433), en la que, en un caso en el que emergía con claridad la aplicación literal del art. 96.III CC, afirmó que “Ahora bien, las circunstancias concurrentes, en concreto esa naturaleza privativa, la existencia de otros pisos en el patrimonio conquistado, la edad de los hijos... hacen aconsejable echar mano de la temporalidad que codifica el art. 96.3 CC, atribuyendo pues este uso únicamente hasta el momento de la efectiva liquidación de la sociedad conyugal”. Es decir, utiliza la expresión “echar mano de la temporalidad”, dando a entender que ésta (la duración temporal del uso) es una de las opciones que consagra el art. 96.III CC, cuando precisamente es la única alternativa que existe en dicho precepto, lo que da idea de la tendencia a perpetuar en el uso de la vivienda familiar al cónyuge no propietario.

Desde luego, más acertada es la SAP Murcia núm. 579/2012, de 13 de septiembre (JUR 2012, 320850), la cual corrigió la decisión de la instancia, que había atribuido el uso de la vivienda familiar (de propiedad exclusiva del marido) a la ex mujer por un plazo indeterminado, como lo es el momento de la liquidación definitiva de la sociedad de gananciales. La Audiencia, en cambio, consideró, de conformidad con el art. 96.III CC, que la temporalidad de la atribución que consagra dicho precepto debía concretarse en un plazo de uso de dos años.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN AUSENCIA DE HIJOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES

Sin embargo, a nuestro juicio, la aplicación del art. 96.III CC sin limitación temporal no puede sostenerse hoy día (e, incluso, tampoco cabría fijar periodos de tiempo que no fueran razonables), pues muchos de los matrimonios actuales son de breve duración, por lo que no se puede decir, en puridad, que la ruptura haya ocasionado una situación de especial necesidad a uno de los cónyuges, ya que en el caso de que éste hubiera sacrificado el desarrollo de su carrera profesional, podría retomarla sin excesivas dificultades, más allá de las complicaciones existentes para la búsqueda de empleo⁷²⁴.

En este sentido, el matrimonio, como ya pusimos de manifiesto en su momento, ha perdido en los tiempos actuales el aura de estabilidad y de permanencia que le caracterizaba como institución, por lo que entendemos que no es posible seguir aplicando el art. 96.III CC sin una evaluación crítica del matrimonio en concreto, ya que dicho precepto trata de paliar la situación de necesidad en la que queda uno de los cónyuges presuponiendo una cierta duración del matrimonio, que es la que precisamente consolida el derecho a solicitar el uso de la vivienda familiar⁷²⁵.

En otro orden de ideas, se observa también un análisis más riguroso de la necesidad de protección que alega el cónyuge no propietario que solicita el uso⁷²⁶. Y es

⁷²⁴ En cualquier caso, raramente se discute en la jurisprudencia sobre este extremo, siendo más frecuente, como veremos en el epígrafe siguiente, el supuesto de que sean ambos cónyuges copropietarios de la vivienda familiar o de que ésta se haya adquirido con dinero ganancial.

⁷²⁵ Si ello no se interpretara de esta forma, podríamos llegar a injusticias que rozarían el absurdo, como conceder el uso de la vivienda familiar por un periodo de tiempo más o menos prolongado al cónyuge no propietario en un matrimonio de, por ejemplo, cinco meses de duración. De admitirse, ello llevaría en la práctica, sin duda, al estímulo de matrimonios con fines distintos de los que el ordenamiento jurídico asigna a la institución matrimonial.

⁷²⁶ La STS núm. 176/2016, de 17 de marzo (RJ 2016, 978), no atendió la petición de la ex mujer de continuar en el uso de la vivienda familiar, uso que había sido extinguido por la sentencia de primera instancia, confirmada, a su vez, por la de apelación. Incide el Supremo en la falta de justificación de que la situación de la recurrente fuera merecedora de una especial protección, “pues pese a que consta que no percibe pensión alguna, no se prueba que carezca de percepción de salario, pues sobre lo mismo no se intenta prueba alguna”. Además, añade el alto tribunal que “pese a que la recurrente alega que la que fue residencia familiar es su residencia habitual, sin embargo, no se le halla al intentar ser emplazada en este procedimiento ni tampoco en otro seguido entre las partes”, por lo que resulta discutible que aquélla estuviera realmente haciendo uso del que fue domicilio familiar.

Por su parte, la STS núm. 372/2015, de 17 de junio (RJ 2015, 2532), desestimó el recurso de casación interpuesto, mediante el cual la ex mujer, que convivía con una de sus hijas mayores de edad (y que se encontraba próxima a abandonar el domicilio por razón de contraer matrimonio),

que, en ciertas ocasiones, se apreciaba igualmente la necesidad del cónyuge perjudicado por la ruptura (generalmente, la mujer), en supuestos en que, aun siendo dicho cónyuge propietario de otras viviendas (por ejemplo, por vía de herencia), éstas fueran precarias o necesitaran grandes inversiones para entrar a vivir en ellas. Sin embargo, y en coherencia con una aplicación más estricta del precepto, en nuestros días el derecho de propiedad ha adquirido una nueva dimensión, siendo protegido de forma preferente, especialmente, si el cónyuge no propietario tiene, o puede tener, su necesidad habitacional cubierta por otra vía⁷²⁷, y ello aunque el propietario disponga de otras viviendas en las que poder habitar⁷²⁸. Además, la jurisprudencia, en alguna ocasión,

pretendía que se le mantuviera en el uso de la vivienda familiar (privativa del ex marido), tal y como había hecho la sentencia de primera instancia. El Supremo, sin embargo, entendió que la convivencia con la hija mayor de edad no era motivo suficiente que justificara una mayor necesidad de protección que su ex marido, máxime teniendo en cuenta que ella era funcionaria y él, pensionista (con minusvalía).

⁷²⁷ Por ejemplo, la STS núm. 183/2012, de 30 de marzo (RJ 2012, 4584), no accedió a estimar la pretensión de la ex mujer, quien interesaba que se le concediera el uso de la vivienda familiar (privativa del marido) por encontrarse las hijas mayores en su compañía. Entiende el Supremo que “No constituye un interés digno de protección de acuerdo con el art. 96.3 CC, la convivencia de la madre con sus hijas mayores, ya que [...] éstas no tienen derecho a ocupar la vivienda que fue domicilio habitual durante el matrimonio de sus padres”. Y, tras descartar que el hecho de vivir con las hijas mayores de edad constituyese un interés digno de protección, el Supremo considera que ningún otro interés merecedor de tutela ostenta la madre a efectos de continuar ocupando la vivienda familiar, al disponer de una vivienda privativa suya en Albalat dels Sorells (Valencia), en la que puede fijar su domicilio.

⁷²⁸ Así, la SAP Madrid núm. 335/2016, de 12 de abril (AC 2016, 818), no estimó la pretensión de la mujer, quien solicitaba el uso de la vivienda familiar (propiedad del marido), por entender que aquella no tenía un interés que fuera el más necesitado de protección, pues “tiene cubiertas sus necesidades de vivienda, como las ha tenido desde hace mucho tiempo, designando su domicilio a todos los efectos, y reconociendo que ha empezado a trabajar como terapeuta y prepara el MIR, lo que sin duda le proporciona una independencia personal. Y ello, independientemente de que el esposo tenga otras viviendas con la esposa anterior sin liquidar o con otros familiares por una herencia”.

De la misma manera, la SAP Huelva núm. 478/2015, de 23 de diciembre (JUR 2016, 53123), no atendió la pretensión de la mujer, quien quería continuar ocupando la vivienda familiar (propiedad del marido tras la disolución de la sociedad de gananciales), por tener ésta a su disposición una vivienda en Punta Umbría que le había sido asignada como consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales; ello, pese a que al marido le habían sido asignados, en dicha liquidación, diversos inmuebles, en los que podía fijar su domicilio. La Audiencia, en una aplicación estricta (pero impecable) del art. 96.III CC, aseveró que “La madre tiene a su disposición otra vivienda [...], que puede habitar y que tiene espacio para albergar a las hijas [que residían en otras ciudades, fuera de la provincia de Huelva, por encontrarse cursando estudios universitarios] cuando vengan a estar con su madre, por lo que entendemos que en este caso y a la vista de lo dispuesto en el art. 96.3 CC y la jurisprudencia citada [...] el interés más necesitado de protección [...] no es el de la madre, pues no puede considerarse superior al del progenitor dadas las circunstancias concurrentes, de tal manera que posibilite a la progenitora continuar usando la vivienda que fue familiar y privativa del progenitor, más allá del tiempo en que lo ha venido haciendo desde la separación de hecho y el que le concede la sentencia que se recurre”.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN AUSENCIA DE HIJOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES

también ha derribado su tradicional planteamiento de que una cierta edad puede ser impeditiva para acceder al mercado laboral, debilitando así el ámbito de la “necesidad” que podría tener de la vivienda el cónyuge no titular de la misma⁷²⁹.

Ciertamente, no debería sorprender la protección del derecho de propiedad sobre la vivienda familiar, puesto que tendría que haber sido la tónica habitual en ausencia de hijos económicamente dependientes, pudiendo ceder únicamente frente a situaciones de especial necesidad del cónyuge no propietario. No obstante, si uno atiende a las sentencias dictadas en esta materia, se observa cierta reticencia de los operadores judiciales a extinguir el uso de la vivienda familiar en los supuestos en que el cónyuge no propietario hubiese disfrutado durante un largo periodo de tiempo de la vivienda (por ejemplo, por haber quedado los hijos menores a su cargo); especialmente, si el otro cónyuge tiene la necesidad habitacional cubierta por otras vías. Y, cuando los jueces acceden a extinguir dicha medida, en ocasiones ofrecen justificaciones extensas y superfluas, aun resultando meridianamente clara la procedencia de la misma⁷³⁰.

⁷²⁹ A este respecto, y aunque en el supuesto se analizaba la atribución del uso de una vivienda común a ambos cónyuges, la SAP Málaga núm. 359/2012, de 28 de junio (JUR 2013, 181756), entendió, en relación con una mujer que carecía de cualificación y se había dedicado al trabajo de su casa y al cuidado de sus tres hijos, que ello “no obsta a que es una mujer joven, acaba de cumplir 55 años, y puede encontrar trabajo en el servicio doméstico, cuidado de personas mayores, u otras faenas similares para el que su perfil es adecuado”, si bien reconoce que necesitará de un periodo de adaptación y ayuda económica, a cuyo fin establece una pensión compensatoria a cargo del marido de doscientos euros mensuales.

⁷³⁰ En la jurisprudencia menor, encontramos un ejemplo muy claro de lo que intentamos transmitir en la SAP Jaén de 17 de noviembre de 1994 (AC 1994, 1963). En el caso, el padre permaneció habitando la vivienda familiar, mientras que la madre (propietaria de la misma) se fue a vivir con sus hijos tras la separación matrimonial. Sin embargo, ésta pretende la extinción de la medida decretada por la sentencia de primera instancia, que había concedido al marido el uso del domicilio familiar por un periodo de cinco años, para enajenar la vivienda y poder obtener cierta independencia económica respecto de sus hijos con el producto de la venta. Así las cosas, la Audiencia accede a dicha pretensión, pues “el esposo continúa habitando la vivienda familiar [...], pese a contar con varias fincas rústicas que según sus hijos le confieren una situación económica autosuficiente”, “de ahí que la necesidad de vender la vivienda por parte de su titular no sea de capricho sino una medida precisa, al menos, para conseguir una independencia personal y económica de la que actualmente carece, al convivir con sus hijos”. En cualquier caso, la Audiencia concede un plazo de uso al esposo de seis meses, “plazo que se considera razonable para que el actual ocupante pueda encontrar otra vivienda de similares características a la ocupada”, lo que en la práctica supone (aunque por un periodo muy breve) la aplicación del art. 96.III CC a una situación de necesidad inexistente, por tener el marido recursos suficientes para procurar su vida independiente en otra vivienda al margen de la que había constituido la vivienda familiar.

2.2. La vivienda común o ganancial de los cónyuges.

Aunque el art. 96.III CC hable de la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular, un sector de la doctrina entiende que debe aplicarse también para el supuesto de que ambos cónyuges sean copropietarios de la vivienda familiar, o de que ésta tenga naturaleza ganancial. Se dice, con acierto, que si el uso de la vivienda familiar se puede atribuir por razones de necesidad al cónyuge no propietario, con mayor razón puede atribuirse dicho uso en el caso de que uno de los cónyuges ostentase algún derecho dominical sobre la vivienda⁷³¹.

La misma conclusión ha alcanzado la jurisprudencia, que aplica sin fisuras el precepto a los supuestos, cada vez más frecuentes, de que la vivienda pertenezca a ambos cónyuges por igual, o de que sea ganancial⁷³². En este caso, obsérvese que el riesgo de alcanzar soluciones injustas es aún mayor, pues, de algún modo, ese derecho dominical sobre la vivienda ha permitido justificar las resoluciones que han establecido periodos de uso de la vivienda familiar indefinidos.

Como hemos señalado, este supuesto es el más habitual en la sociedad actual, pues, teniendo en cuenta la carestía de la vivienda, en familias de economía media se hace imprescindible el aporte de ambos cónyuges a la adquisición de la misma, o a la satisfacción del préstamo hipotecario concedido para su compra⁷³³. Así las cosas, a nuestro juicio, la solución, en este caso, pasa necesariamente por una rápida enajenación

⁷³¹ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 441-443.; BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar”, cit., p. 1361; DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: “Definición y atribución del domicilio familiar”, cit., p. 20 (documento disponible en https://www.uclm.es/cu/csociales/pdf/documentosTrabajo/05_2008.pdf); y FERNÁNDEZ RAMALLO, P.: “Las consecuencias jurídicas de la atribución judicial del domicilio en los procedimientos matrimoniales”, cit., p. 75.

⁷³² V. a este respecto, por ejemplo, la SAP A Coruña núm. 401/2014, de 15 de diciembre (JUR 2015, 46608), la cual considera aplicable la solución del art. 96.III CC no sólo a los supuestos de que la vivienda sea ganancial o pertenezca a ambos cónyuges en régimen de copropiedad, sino también al caso de que se haya constituido sobre ella un usufructo a favor de los cónyuges.

⁷³³ Se trata, por tanto, del supuesto prototípico en la actualidad, por contraposición al supuesto clásico, en el que la vivienda familiar pertenecía en exclusiva al marido, quien la había adquirido con el ahorro procedente de su trabajo.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN AUSENCIA DE HIJOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES

de la vivienda familiar⁷³⁴, limitando al máximo el periodo de uso de la misma por el cónyuge más necesitado.

En efecto, este supuesto difiere del caso en el que la vivienda familiar sea propiedad exclusiva de uno de los cónyuges, ya que aquí, bien en el supuesto de adjudicación a uno de ellos en la liquidación de la sociedad ganancial, bien en el caso de venta a tercero, el cónyuge más necesitado de protección obtendrá un importante ingreso económico, con el que podrá procurarse, bien en régimen de compraventa, bien (lo que será mucho más factible) en arrendamiento, un inmueble en el que habitar⁷³⁵. Por lo demás, la rápida enajenación de la vivienda familiar (sin perjuicio de que pueda ser más o menos complicada dado el actual escenario económico), facilitará la ruptura de cualquier nexo de unión entre los cónyuges, lo que favorecerá un mejor desarrollo de su personalidad⁷³⁶.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia mayoritaria, concediendo el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado de protección, pero únicamente por el plazo que se considere estrictamente necesario (y que varía mucho de una resolución a otra) para que, en general, pueda revertir su situación económica, y, en particular, pueda encontrar una nueva morada; y, en todo caso, hasta la liquidación de la sociedad de gananciales⁷³⁷, momento en el cual, aunque no haya encontrado un nuevo

⁷³⁴ V. a este respecto la SAP Córdoba núm. 329/2000, de 18 de diciembre (JUR 2001, 79933), que entiende que lo deseable sería la disolución de la sociedad de gananciales “lo más pronto posible”, con reparto del importe obtenido con la venta, lo que “solucionaría sus problemas”.

⁷³⁵ V. a este respecto las SSAP Cáceres núm. 64/2009, de 12 de febrero (JUR 2009, 190641); y Burgos núm. 190/2012, de 26 de abril (JUR 2012, 278537).

⁷³⁶ Si pensamos en un supuesto frecuente en la actualidad, esto es, matrimonios breves en los que no han llegado a nacer hijos, el tradicional plazo de depresión post-ruptura ha quedado reducido prácticamente a la nada, máxime tras la aprobación de la reciente Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, la cual, como ya dijimos en su momento, reformó los artículos relativos a la separación y al divorcio, autorizando la posibilidad de que los cónyuges pudieran instar la separación o el divorcio ante funcionarios distintos a los jueces (concretamente, se permite que ello se realice ante Secretario judicial o en escritura pública ante Notario), siempre y cuando no existan “hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores” (art. 81 CC, *a contrario*) y la separación o el divorcio lo sean “de mutuo acuerdo” (arts. 82.1 y 87 CC, respectivamente).

⁷³⁷ V. en este sentido la STS núm. 603/2015, de 28 de octubre (RJ 2015, 4785); y las SSAP Vizcaya núm. 477/2002, de 10 de julio (JUR 2003, 88877); Asturias núm. 222/2003, de 12 de mayo (JUR 2003, 232580); Guadalajara núm. 80/2006, de 10 de mayo (JUR 2006, 165987); Madrid núm. 134/2009, de 9 de febrero (JUR 2009, 238397); Cáceres núm. 64/2009, de 12 de febrero (JUR 2009, 190641); Cáceres núm. 119/2009, de 13 de marzo (JUR 2009, 141822); Alicante núm. 223/2009, de

lugar donde habitar, deberá desalojar la vivienda familiar para que se proceda a la adjudicación a uno de los cónyuges, o a la venta a un tercero⁷³⁸.

7 de abril (JUR 2009, 259030); Murcia núm. 470/2009, de 11 de septiembre (JUR 2009, 437410); Alicante núm. 16/2009, de 21 de enero (JUR 2010, 113936); A Coruña núm. 527/2010, de 28 de diciembre (AC 2011, 803); Burgos núm. 57/2011, de 7 de febrero (JUR 2011, 116206); Granada núm. 292/2011, de 1 de julio (JUR 2011, 354925); Asturias núm. 436/2011, de 16 de noviembre (JUR 2011, 417243); Barcelona núm. 271/2012, de 13 de abril (JUR 2012, 180381); Burgos núm. 190/2012, de 26 de abril (JUR 2012, 278537); Madrid núm. 527/2012, de 7 de mayo (JUR 2012, 212892); Madrid núm. 533/2012, de 9 de mayo (JUR 2012, 269938); Madrid núm. 687/2012, de 11 de junio (JUR 2012, 268375); Almería núm. 176/2012, de 19 de septiembre (JUR 2013, 133238); Pontevedra núm. 641/2012, de 14 de diciembre (JUR 2013, 37176); Valencia núm. 860/2012, de 18 de diciembre (JUR 2013, 61394); Córdoba núm. 332/2012, de 20 de diciembre (JUR 2013, 56635); Murcia núm. 31/2013, de 17 de enero (JUR 2013, 60212); Granada núm. 59/2013, de 8 de febrero (JUR 2014, 125488); Alicante núm. 116/2013, de 15 de marzo (JUR 2013, 201492); Valencia núm. 338/2013, de 20 de mayo (JUR 2013, 231883); Pontevedra núm. 208/2013, de 29 de mayo (JUR 2013, 211761); Santa Cruz de Tenerife núm. 249/2013, de 12 de junio (JUR 2013, 317806); Murcia núm. 409/2013, de 20 de junio (JUR 2013, 248546); Granada núm. 275/2013, de 5 de julio (JUR 2014, 126144); La Rioja núm. 238/2013, de 5 de julio (JUR 2014, 24700); Alicante núm. 308/2013, de 16 de julio (JUR 2013, 350220); Las Palmas núm. 520/2013, de 25 de octubre (JUR 2014, 70688); Ciudad Real núm. 39/2014, de 14 de febrero (JUR 2014, 70159); Alicante núm. 79/2014, de 7 de marzo (JUR 2014, 253939); Asturias núm. 98/2014, de 7 de abril (JUR 2014, 126802); Cádiz núm. 223/2014, de 11 de abril (JUR 2014, 154588); Madrid núm. 523/2014, de 27 de mayo (JUR 2014, 245186); Valencia núm. 358/2014, de 27 de mayo (JUR 2014, 200751); Almería núm. 144/2014, de 3 de junio (JUR 2014, 203938); Salamanca núm. 171/2014, de 24 de junio (JUR 2014, 195618); Alicante núm. 214/2014, de 3 de julio (JUR 2015, 53891); Las Palmas núm. 447/2014, de 11 de julio (JUR 2014, 230768); Madrid núm. 668/2014, de 11 de julio (JUR 2014, 245459); Madrid núm. 693/2014, de 15 de julio (JUR 2014, 245181); Valencia núm. 662/2014, de 19 de septiembre (JUR 2014, 271349); Pontevedra núm. 351/2014, de 23 de octubre (JUR 2015, 5260); Las Palmas núm. 709/2014, de 18 de noviembre (JUR 2015, 90211); Tarragona núm. 383/2014, de 19 de noviembre (JUR 2015, 58146); A Coruña núm. 401/2014, de 15 de diciembre (JUR 2015, 46608); Las Palmas núm. 10/2015, de 16 de enero (JUR 2015, 89751); A Coruña núm. 128/2015, de 22 de abril (JUR 2015, 129679); León núm. 85/2015, de 22 de abril (JUR 2015, 130464); Toledo núm. 150/2015, de 11 de junio (JUR 2015, 182210); Sevilla núm. 297/2015, de 30 de junio (JUR 2015, 255704); Pontevedra núm. 353/2015, de 13 de julio (JUR 2015, 192500); Murcia núm. 406/2015, de 16 de julio (JUR 2015, 210631); Asturias núm. 217/2015, de 23 de julio (JUR 2015, 246150); Málaga núm. 498/2015, de 9 de septiembre (JUR 2016, 107904); Burgos núm. 250/2015, de 7 de octubre (JUR 2015, 248124); Granada núm. 311/2015, de 9 de octubre (JUR 2016, 12816); Murcia núm. 573/2015, de 15 de octubre (JUR 2015, 258060); Sevilla núm. 450/2015, de 28 de octubre (JUR 2016, 60502); Salamanca núm. 379/2015, de 15 de diciembre (JUR 2016, 19617); Madrid núm. 107/2016, de 2 de febrero (JUR 2016, 54282); Granada núm. 48/2016, de 12 de febrero (JUR 2016, 113289); Valencia núm. 131/2016, de 17 de febrero (JUR 2016, 143943); Las Palmas núm. 128/2016, de 24 de febrero (JUR 2016, 134943); Castellón núm. 25/2016, de 2 de marzo (JUR 2016, 157720); Albacete núm. 142/2016, de 1 de abril (JUR 2016, 87656); Badajoz núm. 74/2016, de 5 de abril (JUR 2016, 151713); Madrid núm. 319/2016, de 8 de abril (JUR 2016, 115896); Cádiz núm. 164/2016, de 11 de abril (JUR 2016, 151609); Asturias núm. 132/2016, de 13 de abril (JUR 2016, 118180); Asturias núm. 116/2016, de 18 de abril (JUR 2016, 119322); y Pontevedra núm. 207/2016, de 21 de abril (JUR 2016, 120030).

⁷³⁸ V. sobre la cuestión las consideraciones de MONTERO AROCA, J.: *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del artículo 96 del Código Civil)*, cit., pp. 144-146.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN AUSENCIA DE HIJOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES

Sin embargo, existen algunas sentencias que, a pesar de lo anterior, conceden el uso de la vivienda familiar por periodos alternos (de tres meses⁷³⁹, de seis meses⁷⁴⁰, de un año⁷⁴¹, o de dos años⁷⁴², los más frecuentes) a los ex cónyuges, hasta el momento en que se produzca su venta o la liquidación de la sociedad de gananciales (incluso, en algún caso se ha tenido en cuenta el porcentaje de propiedad de la vivienda para determinar los periodos de uso que, dentro de un año, corresponderían a cada uno de los cónyuges⁷⁴³). El origen de esta medida se basa en la convicción del juez de que ambos cónyuges se encuentran en una situación similar, lo que no justificaría la atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges en detrimento del otro. A nuestro juicio, la medida no resulta acertada, pues puede ser, en la práctica, más onerosa para los cónyuges, ya que en este caso ambos deben procurarse una vivienda en la que vivir la parte del año o el año en que no habiten en la vivienda familiar⁷⁴⁴ (a salvo, claro está,

⁷³⁹ V. en este sentido la SAP Álava núm. 402/2015, de 30 de octubre (JUR 2015, 298534).

⁷⁴⁰ V. en este sentido las SSAP Madrid núm. 783/2011, de 23 de noviembre (JUR 2011, 438088); Sevilla núm. 156/2012, de 20 de abril (JUR 2012, 301126); Córdoba núm. 185/2012, de 6 de julio (JUR 2013, 56641); Sevilla núm. 369/2012, de 28 de septiembre (JUR 2013, 147205); Alicante núm. 428/2012, de 2 de noviembre (JUR 2013, 109570); Alicante núm. 345/2013, de 20 de septiembre (JUR 2013, 351168); Alicante núm. 31/2014, de 30 de enero (JUR 2014, 119198); Alicante núm. 130/2014, de 11 de abril (JUR 2014, 254024); Castellón núm. 129/2014, de 20 de octubre (JUR 2015, 55999); Madrid núm. 506/2015, de 19 de mayo (JUR 2015, 158855); Albacete núm. 251/2015, de 13 de octubre (JUR 2015, 248211); y Cádiz núm. 431/2015, de 15 de octubre (JUR 2016, 11038).

⁷⁴¹ V. a este respecto la STS núm. 700/2012, de 14 de noviembre (RJ 2012, 10432); y las SSAP Madrid núm. 291/2007, de 26 de febrero (JUR 2007, 151512); Sevilla núm. 183/2012, de 10 de mayo (JUR 2012, 301244); Sevilla núm. 250/2012, de 20 de junio (JUR 2013, 146850); Madrid núm. 1293/2012, de 22 de noviembre (JUR 2013, 19578); Madrid núm. 1322/2012, de 28 de noviembre (JUR 2013, 34927); Málaga núm. 638/2012, de 4 de diciembre (JUR 2013, 185202); Cádiz núm. 607/2012, de 14 de diciembre (JUR 2013, 55723); Cantabria núm. 51/2013, de 30 de enero (JUR 2013, 352204); Sevilla núm. 25/2013, de 31 de enero (JUR 2013, 205499); Madrid núm. 145/2013, de 1 de marzo (JUR 2013, 120471); Sevilla núm. 340/2013, de 10 de septiembre (JUR 2014, 46278); Madrid núm. 647/2013, de 13 de septiembre (JUR 2013, 312216); Madrid núm. 883/2013, de 10 de octubre (JUR 2014, 8024); Madrid núm. 981/2013, de 5 de noviembre (JUR 2014, 4724); Cádiz núm. 223/2014, de 11 de abril (JUR 2014, 154588); Alicante núm. 133/2014, de 15 de abril (JUR 2014, 254182); Sevilla núm. 329/2014, de 30 de junio (JUR 2014, 265026); Cantabria núm. 504/2014, de 21 de octubre (JUR 2015, 274613); Las Palmas núm. 59/2015, de 30 de enero (JUR 2016, 6187); Madrid núm. 441/2015, de 4 de mayo (JUR 2015, 149985); Cantabria núm. 256/2015, de 2 de junio (JUR 2015, 265594); Madrid núm. 933/2015, de 3 de noviembre (JUR 2015, 306912); y Madrid núm. 1111/2015, de 22 de diciembre (JUR 2016, 39358).

⁷⁴² V. en este sentido las SSAP Madrid núm. 633/2012, de 28 de septiembre (JUR 2012, 382507); y núm. 964/2014, de 12 de noviembre (JUR 2015, 39878).

⁷⁴³ V. en este sentido la SAP Vizcaya núm. 138/2014, de 28 de febrero (JUR 2014, 183204).

⁷⁴⁴ Así lo constata también la SAP Alicante núm. 16/2009, de 21 de enero (JUR 2010, 113936), la cual entiende que la referida medida “es a todas luces una medida antieconómica, y susceptible de ser un semillero de problemas”.

del supuesto de que la familia tenga otra vivienda, que pueda ser utilizada por los cónyuges en los periodos de desalojo de la vivienda familiar⁷⁴⁵).

Con todo, la jurisprudencia sólo autoriza dicha medida en los casos en que ha habido petición de parte, sin que el juez pueda adoptarla de oficio⁷⁴⁶. En cualquier caso, el uso alterno de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad de gananciales en ausencia de hijos económicamente dependientes no ha sido visto con buenos ojos por algunas resoluciones, las cuales entienden que dicha medida excede de lo permitido por el art. 96.III CC, y entra de lleno “en el derecho de uso y disfrute de la cosa, conforme a la cuota de participación de cada condueño, dentro del régimen de comunidad romana (art. 394 del CC)”⁷⁴⁷. Por ello, no faltan sentencias que, en caso de no apreciar un interés más necesitado de protección, optan por no atribuir el uso de la vivienda familiar a ninguno de los cónyuges⁷⁴⁸.

De la misma manera, la SAP Cáceres núm. 119/2009, de 13 de marzo (JUR 2009, 141822), expone los “múltiples inconvenientes” de la alternancia en el domicilio familiar, “como tener que efectuar dos mudanzas casa dos años, alquilar una vivienda cada periodo bianual, etc.”.

⁷⁴⁵ Esta posibilidad es apuntada por la SAP Madrid núm. 783/2011, de 23 de noviembre (JUR 2011, 438088), la cual aconseja a los cónyuges, durante los periodos de desalojo de la vivienda familiar, “utilizar el segundo inmueble de los interesados”.

⁷⁴⁶ Así lo establece la SAP Sevilla núm. 65/2015, de 18 de febrero (JUR 2015, 128929), según la cual “Lo que no resulta procesalmente pertinente, al no mediar petición de ninguna de las partes litigantes, es establecer de oficio una alternancia por períodos semestrales en la utilización de la vivienda familiar, por tratarse de materia sometida al principio de rogación ante la inexistencia de hijos menores”.

⁷⁴⁷ SAP Granada núm. 311/2015, de 9 de octubre (JUR 2016, 12816).

⁷⁴⁸ V. en este sentido las SSAP Málaga núm. 359/2012, de 28 de junio (JUR 2013, 181756); Granada núm. 210/2015, de 26 de junio (JUR 2015, 223471); y Santa Cruz de Tenerife núm. 547/2015, de 19 de octubre (JUR 2016, 25050).

CONCLUSIONI

A) Riguardo alla premessa dalla quale prende le mosse il presente studio

1^a) La necessità di superare il classico criterio di affidamento dei figli minori e di assegnazione della casa familiare

La norma fondamentale riguardante l'attribuzione del godimento della casa familiare nel diritto spagnolo (art. 96.I CC) si sta rivelando chiaramente inadeguata a regolare la totalità delle situazioni che si possono generare a seguito della crisi familiare. Da un lato, tale norma risulta insufficiente poichè è stata pensata in riferimento al caso di affidamento esclusivo dei figli minori, sicchè, in un contesto come quello attuale, nel quale si assiste ad un incremento degli affidamenti condivisi, il criterio racchiuso nella suddetta disposizione non risulta applicabile. Inoltre, nei casi di affidamento esclusivo, la norma risulta inadeguata, se si tiene conto dell'eccessivo costo economico che la sua applicazione comporta per il coniuge proprietario della casa, il quale, nell'attuale periodo storico che attraversa la Spagna, caratterizzato da incertezza economica e da scarse opportunità lavorative, deve far fronte a numerose spese (tra le quali, le eventuali obbligazioni alimentari e di mantenimento che deve soddisfare, il reperimento di una nuova casa, le rate del mutuo ipotecario concesso per l'acquisto della casa familiare ecc.).

2^a) Il concetto di casa familiare e la sua perdita di rilevanza ai nostri giorni

La casa familiare, in termini molto generici, si può definire come quella abitazione nella quale si svolge la convivenza familiare in forma abituale e continuata, prima che sopravvenga la crisi familiare. Tradizionalmente, è stato difficoltoso offrire una definizione di casa familiare che presentasse in modo inequivoco i caratteri dell'abitudine e continuità dello svolgimento della vita familiare, a causa di diverse situazioni concrete, come il fatto che ci potrebbe essere più di una abitazione in cui

abitano, durante parte dell'anno, uno o più membri della famiglia. In altre occasioni, al fine di offrire protezione ai figli minori, si è considerata quale casa familiare quella acquistata, pur se non abitata, dalla famiglia.

Nel ricercare un concetto oggettivo di casa familiare, la dottrina ha considerato, con orientamento abbastanza seguito, che dovesse considerarsi tale quella che fosse sede del domicilio dei coniugi. In tal modo, si risolveva il problema teorico-pratico di determinare quale tra i vari immobili che presentino i caratteri di abitualità, abitabilità e di svolgimento della convivenza familiare, meritassero l'appellativo di "casa familiare".

Tuttavia, la necessità di delimitare tale concetto, e allo stesso tempo il carattere "sacrale" della materia, sta perdendo relativamente rilevanza, quale conseguenza della necessità di rintracciare criteri alternativi per l'attribuzione del diritto di abitazione della casa familiare, che possano soddisfare meglio tutti gli interessi in gioco e che possano risultare maggiormente equi dal punto di vista della giustizia sostanziale.

Quanto chiarito si può ricavare dalle recenti leggi regionali, alcune delle quali prevedono la possibilità che il giudice possa assegnare abitazioni diverse rispetto a quella familiare, possibilità che è stata utilizzata dalla giurisprudenza per giustificare l'assegnazione del diritto di abitazione su case diverse da quella familiare, in quei casi nei quali l'assegnazione della casa familiare lasci presagire che il coniuge affidatario si veda sfrattato. D'altra parte, può verificarsi il caso, contemplato espressamente da alcune legislazioni regionali, nonché nel "Progetto preliminare di legge sull'esercizio della corresponsabilità genitoriale e su altri provvedimenti da adottare in caso di rottura della convivenza", di attribuzione del diritto di abitazione sulla casa familiare al coniuge non affidatario, quando il coniuge affidatario disponga di mezzi sufficienti a garantire in modo soddisfacente le esigenze abitative proprie e dei propri figli; una misura finalizzata a bilanciare tutti gli interessi in gioco, sacrificando in una certa misura gli interessi dei figli minori a continuare a vivere nella casa familiare, al fine di non addossare al coniuge non affidatario un eccessivo sacrificio economico.

CONCLUSIONI

3^a) La riformulazione del concetto di interesse superiore del minore (*favor filii*)

L'interesse superiore del minore è il concetto attorno al quale ruotano la maggior parte delle decisioni relative alla crisi familiare, tra le quali, come non può che essere, quella concernente la assegnazione della casa. Molto sinteticamente, tale concetto può definirsi come la preminenza degli interessi dei minori rispetto a qualunque altro interesse in gioco.

Tradizionalmente, nella materia che ci occupa, si afferma che all'interesse superiore del minore si offre maggior tutela se i figli, sopravvenuta la crisi familiare, continuano ad abitare la casa familiare, poichè in tal modo si evita un brusco cambiamento di abitudini di vita (scuola, amicizie, quartiere, ecc.), che potrebbe comportare un pregiudizio per lo sviluppo della loro personalità. Nonostante ciò, quanto appena affermato deve essere vagliato alla luce del bilanciamento di tutti gli interessi in gioco sui quali ora andremo concentrando la nostra attenzione.

In questo senso, il mantenere a tutti i costi il minore all'interno del suo ambiente naturale può provocare pregiudizi eccessivi al genitore titolare della casa familiare, il che può essere evitato tramite l'assegnazione di altra casa della quale disponga la famiglia, nonostante presumibilmente ciò provochi un cambiamento di ambiente per il minore. E' infatti vero che la presunzione secondo la quale il cambiamento di casa è pregiudizievole per i minori, in molte occasioni, non può sostenersi: si pensi, ad esempio, all'ipotesi nella quale il bambino sia un bebè, caso nel quale egli non ha alcuna percezione del contesto spazio-temporale nel quale vive; o il caso nel quale la diversa casa nella quale potrebbe risiedere si trovi in una zona vicina o molto prossima a quella in cui si trova la casa familiare.

Stando così le cose, bilanciando tutti gli interessi in gioco, sembra ragionevole ridimensionare il concetto dell'interesse superiore del minore. Non si vuole affermare che esso debba passare in secondo piano; al contrario, si deve partire da esso, che deve essere considerato come prevalente, cercando di que questo non deve avere come conseguenza un eccessivo sacrificio di altri interessi o diritti in gioco.

B) Riguardo alla natura giuridica del diritto di abitazione sulla casa familiare

4ª) La difficoltà di rintracciare una natura giuridica unitaria del diritto di abitazione della casa familiare e la possibilità di iscriverlo nel Registro della proprietà

La natura giuridica del diritto di abitazione sulla casa familiare ha suscitato dibattito in dottrina, nella quale si registrano una moltitudine di opinioni. Tra le più diffuse, predominano quelle secondo cui si tratta di un diritto reale, personale o di un diritto *sui generis*, che presenta caratteri tanto dei diritti reali quanto dei diritti personali. A fomentare il dibattito ha contribuito l'oscillante e contraddittoria giurisprudenza, tanto del Tribunale Supremo quanto della DGRN.

In considerazione di ciò, piuttosto che adottare una posizione estrema, consideriamo più equilibrato adottarne una più flessibile, affermando che il diritto di abitazione, a seconda dei casi, può configurarsi come reale o come personale; e ciò comunque tenendo in conto che, nella pratica, nella fattispecie dell'art. 96.I CC (casa familiare comune o privata di uno dei due coniugi), il diritto in esame tenderà ad assumere carattere reale, essendo questa la regola generale.

In ogni caso, si opti per la interpretazione che si preferisce (sia che si consideri il diritto in esame come reale, sia che lo si configuri come personale), il diritto medesimo è suscettibile di iscrizione nel Registro della Proprietà e, pertanto, opponibile ai terzi. Così si è espressa tanto la dottrina, avvalendosi di diversi fondamenti normativi (art. 1.I L.H., 2.2 L.H., 26.2 L.H., o 7 R.H.), quanto la giurisprudenza del Tribunale Supremo e della DHRN. Inoltre, la possibilità di iscrivere il diritto di abitazione sulla casa familiare nel Registro della Proprietà è stata contemplata normativamente (artt. 233-22 CCCat.), ed è stata prevista anche nella redazione del nuovo art. 96.8 CC del Progetto preliminare.

CONCLUSIONI

5^a) Alcune considerazioni riguardo all'assegnazione del diritto di abitazione sulla casa familiare al coniuge non locatario

Non è infrequente che, verificatasi la crisi familiare, si attribuisca il diritto di abitazione sulla casa familiare goduta in locazione al coniuge non titolare del relativo contratto. Riguardo a ciò, si è posta la questione se l'attribuzione del diritto di abitazione sulla casa familiare goduta in locazione al coniuge non locatario consista in una mera cessione del diritto di godimento sulla casa, o se, al contrario, si verifichi una vera e propria successione nel contratto di locazione. Optare per una soluzione o per l'altra ha rilevanti effetti pratici: tra questi, individuare il soggetto obbligato a pagare il canone, a chi possa rivolgersi il proprietario in caso di inadempimento del contratto o colui che possa esercitare il diritto di prelazione, nel caso in cui il proprietario di casa desideri alienarla.

Benchè la questione si fosse posta già nella vigenza della L.A.U. 1964, la nuova L.A.U. 1994 non la risolse, continuando, di conseguenza, il dibattito sul punto. Ciò nonostante, attualmente, la nuova versione dell'art. 15.1 L.A.U., fornita dalla Legge 4/2013, del 4 giugno, recante misure per la flessibilità e per la promozione del mercato delle locazioni abitative, ha risolto in parte la questione, pur lasciando insoluti alcuni nodi della medesima. Infatti, tale disposizione prevede la successione nel contratto di locazione del coniuge "al quale sia stato assegnato il diritto di abitazione sulla casa locata a tempo indeterminato o, se locata a tempo determinato, per una durata superiore a quella che residua al fine di adempiere al contratto di locazione". Questa regola consente di preservare, naturalmente, la possibilità che il contratto non venga rinnovato dal coniuge titolare del medesimo, che non sia assegnatario del diritto di abitazione sulla casa.

In ogni caso, nonostante l'apprezzamento per la chiarificazione legislativa, la riforma della disposizione non può ritenersi del tutto soddisfacente, poichè non contempla l'ipotesi in cui l'assegnazione del diritto di abitazione sulla casa oggetto del contratto di locazione sia effettuata per un periodo inferiore a quello rimanente per l'estinzione del contratto stesso, ipotesi rispetto alla quale deve affermarsi, da una

lettura *a contrario* del precetto normativo, che si verificherà una mera cessione del diritto abitativo sulla casa locata, e non, invece, una successione nel contratto.

6^a) Il diritto di abitazione sulla casa familiare goduta a titolo di “precario”

Nella pratica, e per effetto della crisi economica, si è acuita una situazione non infrequente nel tempo passato, ossia la cessione da parte dei genitori del godimento di una casa al proprio figlio/a perchè vi abiti con il coniuge ed i figli (nipoti del concedente). Il problema sorge quanto si apre la crisi familiare e il giudice attribuisce il godimento della casa familiare al coniuge del figlio del concedente, nel qual caso, secondo logica, quest’ultimo desidererà recuperare il godimento della stessa, tenuto conto che non vi abita più suo figlio, cioè la persona per la quale, principalmente, aveva concesso il godimento della casa.

A tal proposito, sono sempre emerse difficoltà rispetto alla qualificazione giuridica della concessione in esame quale contratto di comodato o quale “precario”, tenuto conto della ulteriore difficoltà di distinguere concettualmente l’uno dall’altro. La questione non è banale, perchè le conseguenze giuridiche dell’adesione all’una o all’altra impostazione sono rilevanti: così, optando per la tesi del comodato, e considerando che la casa è stata destinata all’uso di abitazione familiare, il familiare che ha concesso il godimento non potrà recuperarlo (ad eccezione del caso in cui dimostri una urgente necessità per se stesso, ipotesi di difficile realizzazione, se si tiene in conto il fatto che chi concede una casa lo fa perchè la sua esigenza abitativa di base è già soddisfatta); al contrario, se si considera che la situazione che nasce dal contratto in esame è quella di un “precario”, essendo il godimento altrui della casa familiare semplice oggetto di tolleranza, il proprietario della stessa può, con una semplice dichiarazione di volontà, recuperare il possesso agendo con un’azione di sfratto.

Alla qualificazione della fattispecie in esame come comodato conduce, tra l’altro, una considerazione di tipo sociale: se si optasse per il precario e gli ascendenti recuperassero il godimento della casa, si correrebbe il rischio di lasciare senza un tetto i propri nipoti. Ciò nonostante, la logica giuridica ha finito con l’imporsi, e il Tribunale

CONCLUSIONI

Supremo ha ritenuto che questa fattispecie di concessione del godimento della casa destinata a far fronte alle esigenze abitative della famiglia costituisca un precario, sicchè gli ascendenti possono agire in giudizio per il recupero del godimento della casa stessa.

7^a) L'estensione temporale limitata del diritto di abitazione della casa familiare

Il diritto di abitazione della casa familiare non è un diritto vitalizio, piuttosto esso è concesso per un determinato lasso di tempo, al fine di fornire protezione alle esigenze abitative dei figli, o, a seconda dei casi, del coniuge maggiormente bisognoso di tutela dopo la crisi familiare.

Sul presupposto che vi siano figli, si registrano due tesi maggioritarie: la prima, seguita dal Tribunale Supremo, afferma che il diritto di abitazione si protrae fino alla maggiore età dell'ultimo dei figli; la seconda, da parte sua, afferma che la semplice maggiore età non costituisce un limite temporale, poichè il diritto può prolungarsi (o anche concedersi *ab initio*) se vi è una dipendenza economica dei figli dai genitori (seguono questa linea di pensiero la legge basca sulle relazioni familiari e il Progetto preliminare, i due testi più recenti), sempre che detta dipendenza non sia imputabile a colpa o a negligenza dei figli nel curare la propria formazione o la ricerca di un lavoro. Secondo la nostra opinione, la seconda posizione appare più fondata, perchè oggi la necessità abitativa non viene meno con la maggiore età; al contrario, la situazione di dipendenza economica normalmente si prolunga per vari anni successivi a tale momento, durante i quali i figli terminano la loro formazione universitaria o professionale.

Se i figli non convivono con la coppia al tempo della crisi, perchè non hanno avuto o perchè sono già indipendenti, il diritto di abitazione durerà, secondo l'art. 96.III CC, per un "tempo ragionevole". Tradizionalmente, tale espressione è stata tenuta in poca considerazione dai giudici, attribuendosi il diritto di abitazione sulla casa familiare al coniuge maggiormente bisognoso di tutela (generalmente, la moglie, che si è dedicata alla cura dei figli e alle incombenze domestiche) per un tempo più o meno indefinito. Tuttavia, tale limitazione del diritto di proprietà non può rimanere oggi,

tenuto conto del cambiamento dei modelli familiari: lavorano abitualmente entrambi i coniugi e i matrimoni durano un periodo più breve, onde non vengono a consolidarsi situazioni di particolare bisogno. È questa la ragione per la quale risultano fissate le limitazioni temporali concrete contenute in qualche legge regionale e nel Progetto preliminare (in generale, di due anni), che permettono di conoscere con esattezza il tempo per il quale si protrarrà la privazione del godimento della casa per il coniuge proprietario (o conproprietario). In ogni caso, sembra ragionevole, come consentono alcune disposizioni (il CCCat. e il Progetto preliminare), ammettere la proroga, sebbene temporanea e definitiva, del diritto di abitazione della casa familiare, sempre che la situazione di necessità persista e che non si sia potuta superare nonostante gli sforzi profusi dal coniuge che si trova in stato di necessità.

C) Riguardo allo stato della questione negli ordinamenti vicini al nostro

8^a) L'assegnazione del diritto di abitazione sulla casa familiare in Italia

L'assegnazione del diritto di abitazione sulla casa familiare in Italia non fa emergere grandi differenze rispetto alla Spagna. Come avviene in Spagna, è scaturito un dibattito circa la natura reale o personale del diritto di abitazione, dibattito connesso, tra l'altro, al problema dell'opponibilità ai terzi del medesimo diritto.

Più chiara è la protezione dei figli economicamente non indipendenti, esclusi da una parte della dottrina spagnola dalla tutela sulla base del tenore letterale dell'art. 96.I CC. Così, si è affermato che in Italia l'art. 337 *sexies* c.c. italiano, nel parlare di interessi "dei figli", non distingue tra minorenni e maggiori di età, sicché si includono nell'ambito di applicazione della disposizione i figli maggiorenni economicamente non indipendenti.

Riguardo alle differenze tra i due ordinamenti giuridici, esse possono individuarsi, essenzialmente, in due direzioni. La prima di queste è costituita dalla povertà e rigidità di soluzioni che offre il Diritto italiano, dovuta all'assenza di una

CONCLUSIONI

normativa regionale in materia di relazioni familiari, normativa che invece esiste in Spagna (che, come si è chiarito, contempla rimedi alternativi rispetto a quello di cui all'art. 96 CC).

La seconda diversità riguarda il coniuge economicamente pregiudicato dalla crisi familiare. In Italia, a differenza di quanto previsto in Spagna, non esiste una disposizione simile all'art. 96.III CC. La mancanza di una simile previsione ha dato luogo a due posizioni opposte: una di esse afferma che l'esigenza di dare priorità agli interessi dei figli non esclude la possibilità che il diritto di abitazione della casa familiare possa assegnarsi al coniuge più bisognoso di tutela in assenza di figli economicamente non indipendenti, il che potrebbe costituire una corresponsione *in natura* dell'assegno di mantenimento; la seconda (maggioritaria) considera, al contrario, che l'assegnazione del diritto di abitazione della casa familiare può essere giustificata solamente dalla tutela dei figli, onde, in loro assenza, pur in presenza di una situazione di necessità abitativa da parte del coniuge non proprietario, non sarebbe possibile assegnare a costui il diritto di abitazione sulla casa.

9^a) L'assegnazione del diritto di abitazione sulla casa familiare in Portogallo

La situazione in Portogallo si presenta come decisamente diversa rispetto a quella del Diritto comune spagnolo. Così, l'art. 1793.1 CCP consente al giudice di assegnare la casa in locazione ad uno qualunque dei coniugi, su sua istanza (indipendentemente dal titolo di proprietà della stessa), tenendo in considerazione le necessità di entrambi e l'interesse dei figli della coppia. Se la casa è stata già data in locazione, ciò dovrebbe coordinarsi con le previsioni dell'art. 1105.1 CCP, il quale consente la successione nel contratto di locazione del coniuge, originariamente non parte dello stesso, che richieda l'attribuzione del godimento della casa dopo la crisi familiare.

Un'altra differenza considerevole tra il sistema portoghese e quello spagnolo consiste nel fatto che l'art. 1793 CCP non lega la concessione della locazione della casa familiare all'affidamento dei figli minori, tenendo in conto per l'attribuzione del

godimento, non solo l'interesse dei figli a continuare a risiedere nella casa familiare, ma anche le necessità dei coniugi, i quali, a seconda dei casi, potranno indurre all'attribuzione del godimento stesso della casa al coniuge non affidatario. In ogni caso, si deve supporre che, nella generalità delle ipotesi, il coniuge più bisognoso di tutela sarà quello al quale sono stati affidati i figli minori, onde, in questo senso, vi è coincidenza con la soluzione contenuta nell'art. 96.I CC (con la differenza che qui la casa è assegnata in locazione).

Infine, esiste anche una soluzione particolare nell'ordinamento portoghese. Cioè, ai sensi della recende "Legge n. 137/2015, del 7 settembre", in materia di responsabilità genitoriale, l'art. 1793.1 CCP (sebbene si riferisce agli interessi dei figli "della coppia"), si deve interpretare nel senso che esso protegge altresì gli interessi dei figli non di entrambi i genitori, onde i figli del coniuge proprietario possono finire con il risiedere con l'altro coniuge (non genitore) quando venga concessa a questi la locazione della casa.

D) Riguardo alle unioni non matrimoniali

10ª) L'assegnazione del diritto di abitazione sulla casa familiare nelle unioni di fatto

L'importanza quantitativa e qualitativa del fenomeno delle unioni di fatto merita una attenzione particolare nello studio. In generale, è necessario partire dalla premessa che non è applicabile alle unioni di fatto, nel suo insieme, la normativa (diritti e obblighi) dettata per il matrimonio, non escludendosi che possa risultare applicabile, per alcuni aspetti specifici, qualche norma, al fine di soddisfare interessi superiori. E' ciò che succede riguardo all'art. 96.I CC, che risulta applicabile alle unioni di fatto, a motivo del principio di non discriminazione della filiazione per motivi di nascita che è posto dall'art. 14 CE; è come dire che esso non si applica per una somiglianza esistente tra la crisi matrimoniale e quella extramatrimoniale, ma piuttosto per la necessità di tutelare i figli, che in entrambi i casi è identica.

CONCLUSIONI

Sulla base di quanto detto, non è possibile applicare analogicamente l'art. 96.III CC al convivente economicamente pregiudicato a causa della crisi, onde egli dovrà rispettare gli eventuali patti stipulati dai membri dell'unione (caso abbastanza infrequente nella pratica, poichè la coppia usualmente non desidera regolare giuridicamente la relazione, come dimostra il fatto che i suoi membri non contraggono matrimonio); e, in via subordinata, ciò che decidono i giudici, il quali, a tal proposito, in varie occasioni hanno statuito che i conviventi avessero costituito, in forma tacita, una comunione avente ad oggetto la casa nella quale ha avuto luogo la convivenza.

In altra prospettiva, non sarebbe possibile, in nessun caso, che una norma imperativa disponga una regola simile a quella di cui all'art. 96.III CC; si potrebbe, tuttavia, ipotizzare che tale soluzione venga raggiunta dai membri dell'unione al fine di regolare gli effetti economici della loro convivenza, ma in modo libero, e, in nessun caso, in modo imposto da una norma di legge imperativa.

E) Riguardo all'assegnazione del diritto di abitazione sulla casa familiare in ipotesi specifiche

11^a) L'assegnazione della casa familiare nei casi di affidamento condiviso

L'analisi delle soluzioni relative al caso di assegnazione della casa familiare nelle ipotesi di affidamento condiviso è stata uno degli obiettivi del presente studio, tenuto conto dell'insufficienza, a tal proposito, dell'art. 96.I CC.

Tra le diverse soluzioni possibili, nella giurisprudenza e nelle leggi regionali sulle relazioni familiari, se ne sono preferite essenzialmente due: l'attribuzione in modo alternato del godimento della casa familiare e la sua attribuzione al coniuge maggiormente bisognoso di tutela. A paragone con l'uso alternato, si tratta di una possibilità che non ci convince, poichè, oltre alla difficoltà di gestire in modo congiunto i vicissitudini della casa, si tratta di una soluzione che può risultare eccessivamente onerosa per gli ex coniugi, il quali, nel periodo nel quale non abitano nella casa familiare, dovranno procurarsene un'altra; probabilmente si tratterà di una casa ottenuta

in locazione, sempre che non preferiscano tornare, se è possibile, ad abitare nella casa dei genitori.

Abbiamo una migliore opinione de la diversa possibilità di cui si è detto, cioè l'assegnazione del diritto di abitazione sulla casa familiare al genitore che abbia maggiore necessità di questa. In tal modo, non si produrranno attriti tra gli ex coniugi in conseguenza della necessità di condividere uno stesso spazio in periodi diversi, e solamente uno dei genitori tenderà ad affrontare la difficoltà consistente nella locazione di una nuova casa, il che produrrà un risparmio nell'economia familiare complessiva, che consentirà di far fronte meglio ad altre spese (come ad esempio il canone di locazione di un'altra casa, al cui pagamento potrà contribuire il coniuge titolare del diritto di abitazione sulla casa familiare tramite il meccanismo della compensazione). Dall'altro lato, nel caso in cui il minore, in una simile ipotesi, debba abbandonare la casa familiare per un periodo, non ci sembra che ciò debba considerarsi eccessivamente traumatico, al di là dell'inconveniente di doversi trasferire, di volta in volta, da una casa all'altra.

In altro ordine di idee, nel caso in cui si potesse fare a meno del godimento della casa familiare, poichè entrambi i coniugi hanno già una sistemazione abitativa per se stessi e per i loro figli, il giudice potrà non assegnare il diritto di abitazione sulla casa familiare, una soluzione che si presenta come particolarmente adeguata al fine di una maggiore celerità nella divisione dei beni della comunione legale.

Infine, essendo la casa familiare in comproprietà di entrambi i coniugi, il giudice potrà disporre la vendita della stessa, se ciò appaia consigliabile al fine di instaurare relazioni familiari adeguate (come prevede l'art. 81.4 CDFA), il che produrrebbe entrate economiche che possono contribuire affinché i coniugi, ove non dispongono di una casa alternativa, ne acquisti una che gli consenta di soddisfare la necessità abitativa dei figli durante i periodi di loro collocamento presso sè.

CONCLUSIONI

12^a) L'assegnazione della casa familiare nelle ipotesi di affidamento esclusivo

L'art. 96.I CC non si è solamente rivelato insufficiente al fine di regolare i casi di affidamento condiviso, ma altresì, dal punto di vista della giustizia sostanziale, le ipotesi di affidamento esclusivo, per l'eccessivo peso che consiste, per il coniuge proprietario o comproprietario della casa, nella perdita del godimento e nelle limitazioni alle sue facoltà di disposizione della stessa.

In questa prospettiva, nelle leggi regionali sulle relazioni familiari e nella giurisprudenza, sono andate emergendo soluzioni alternative rispetto al rigore immutabile dell'art. 96.I CC. Così, in primo luogo, si è optato per consacrare in alcune norme regionali una soluzione che in certi casi aveva percorso la giurisprudenza, e che era stata criticata da alcuni autori per essere contraria allo spirito della normativa, cioè: la limitazione temporale del diritto di godimento della casa familiare. Secondo la nostra opinione, tale limitazione non può pregiudicare la necessità abitativa dei figli economicamente non autosufficienti, sempre che detta situazione di non indipendenza non sia imputabile a loro stessi. Quanto detto, tuttavia, non vuole significare che non sia possibile stabilire una simile limitazione, ma solamente che è imprescindibile verificare se, scaduto il periodo di godimento, la necessità abitativa di costoro sia garantita in altro modo.

Tra le altre soluzioni rinvenibili in determinate leggi regionali (valenciana e basca) per rimediare alle possibili ingiustizie alle quali può dar luogo l'applicazione dell'art. 96.I CC, vi è quella della compensazione. Tradizionalmente, gli autori hanno riconosciuto al diritto di abitazione un certo valore patrimoniale, considerandolo come una prestazione in natura dell'obbligazione alimentare, la quale deve comportare una riduzione quantitativa di quest'ultima. Tuttavia, la compensazione appena ricordata si configura come un valore economico positivo che è dato al diritto di abitazione sulla casa familiare, che avrebbe dovuto essere corrisposto dal coniuge titolare di tale diritto. In ogni caso, tenuto in conto che le leggi che stabiliscono questa soluzione non la circoscrivono a nessun caso particolare, crediamo che essa tenderà ad avere maggiore applicazione nelle ipotesi di affidamento condiviso (nelle quali, in linea di principio, e

salvo il caso di una sproporzione tra i patrimoni e i redditi dei genitori, non si corrispondono alimenti), poichè nei casi di affidamento esclusivo sembra più ragionevole associare al diritto di abitazione della casa familiare una corrispondente riduzione dell'importo dell'assegno alimentare.

D'altra parte, esistono alcune letture correttive del tenore letterale dell'art. 96.I CC che vanno nella direzione di sostenere, in determinate circostanze, la possibilità di assegnare in godimento case diverse rispetto a quella familiare. Questo dovrebbe essere seriamente valutato se la casa familiare sia stata concessa in precario dai suoceri del coniuge affidatario, tenuto conto della possibilità che costoro agiscano in giudizio per la restituzione dell'immobile, giudizio che potrebbe condurre all'espulsione dei minori e, di conseguenza, pregiudicare le loro esigenze abitative. Tale soluzione sembrerebbe essere contenuta all'interno della formula degli artt. 233-20.6 del CCCat. e 12.6 della legge basca sulle relazioni familiari.

Allo stesso modo, nulla dovrebbe ostare, a nostro avviso, all'assegnazione del diritto di abitazione sulla casa familiare al coniuge non affidatario quando il coniuge affidatario disponga di mezzi sufficienti per garantire in modo soddisfacente le necessità abitative proprie e dei propri figli, soluzione alla quale, similmente, fanno riferimento, ora in modo esplicito, ora in modo più generico, le formulazioni delle diverse leggi regionali. Allo stesso modo, essa è contemplata espressamente nella redazione del nuovo art. 96.2.II CC inserita nel Progetto preliminare.

In definitiva, consideriamo degne di elogio tutte quelle soluzioni tese a limitare la lesione del diritto di proprietà sofferta dal coniuge titolare (o contitolare) non assegnatario della casa, sempre che, ovviamente, esse siano compatibili con la tutela delle necessità abitative dei figli economicamente non indipendenti.

CONCLUSIONI

13^a) L'assegnazione della casa familiare in assenza di figli economicamente non indipendenti

In merito all'assegnazione della casa familiare in assenza di figli non economicamente indipendenti, è necessario partire dalla discutibile interpretazione dell'art. 96.III CC accolta dai tribunali, i quali, al fine di proteggere la moglie in età avanzata con difficoltà di reintegrazione nel mondo del lavoro e di procacciamento dei mezzi di sussistenza, danno luogo ad un'applicazione "elastica" della temporaneità consacrata nella norma, stabilendo periodi di godimento della casa dilatati, e, altresì, in alcune occasioni, indeterminati. A ciò ha contribuito, senza dubbio, la mancanza di un periodo di tempo legalmente determinato per il godimento, idoneo a limitare la discrezionalità giudiziale.

E' per questo motivo che ci sembra appropriata la precisa limitazione temporale (di due anni) prevista nella redazione del nuovo art. 96.3.II CC del Progetto preliminare. Spirato tale termine, dovrà accertarsi se permane la situazione di necessità abitativa; verificata la persistenza di tale necessità, sembra ragionevole prorogare il termine per il godimento, sempre che rimanga accertato che il coniuge bisognoso abbia posto in essere comportamenti diligenti per superare tale situazione, cosa che, in molti casi, risulterà difficile dimostrare.

BIBLIOGRAFÍA

ABATE, S. (ed altri):

- *Il processo di separazione e divorzio: rito e prassi*, CEDAM, Padova, 2011.
- *L'esecuzione dei provvedimenti in materia di separazione e divorzio*, CEDAM, Padova, 2010.

ACECHA, A.: *L'assegnazione della casa: separazione, divorzio, famiglia di fatto, successione, ordini di protezione*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2013.

ACHÓN BRUNÉN, M^a. J.:

- “La duración de los contratos de arrendamiento de vivienda y el régimen de prórroga forzosa tras la Ley 4/2013”, *Práctica de Tribunales*, núm. 109, julio-agosto 2014.
- “La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges”, *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 28, 2006.

AGUIRRE FERNÁNDEZ, B. J.: “La inscripción del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, *Diario La Ley*, Año XXXI, núm. 7378, Sección Doctrina, 12 de abril de 2010.

AL MUREDEN, E.:

- “Casa in comodato, crisi coniugale e persistenti doveri di solidarietà tra familiari”, *Famiglia e diritto*, núm. 7/2012.
- *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole: funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, IPSOA, Milano, 2007.

ALAMILLO SANZ, F. J.: “Las crisis matrimoniales y la adjudicación en exclusiva de la vivienda familiar al cónyuge no arrendatario”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 1985.

ALAVEDRA FARRANDO, E.: “Efectes de la nul·litat, la separació i el divorci”, en LUCAS ESTEVE, A. (dir.): *Dret Civil Català. Vol. II: Persona i família*, J. M. Bosch, Barcelona, 2012.

ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, M.: *Código Civil: Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I: Artículos 1 a 332, Trivium, 3ª ed., 1992.

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.: “Asignación del uso de la vivienda familiar una vez que el hijo ha alcanzado la mayoría de edad”, *Actualidad Civil*, núm. 2, febrero 2014, tomo 1.

ALGARRA PRATS, E.: “Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002, de 6 de mayo)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 16, enero-diciembre 2002.

ALGARRA PRATS, E. y BARCELÓ DOMÉNECH, J.:

- “Atribución del uso de la vivienda en los casos de crisis familiares: anotaciones al artículo 6 de la Ley Valenciana de Relaciones Familiares”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano*, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015.

- “Custodia compartida y mediación familiar en el Derecho civil valenciano: criterios para la determinación del interés del menor”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015.

- “El régimen de convivencia de los menores de edad con los progenitores: regla general y excepción en la legislación valenciana”, *Revista boliviana de derecho*, núm. 18, julio 2014.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO SAURA, P. y CARRILLO VINADER, F. J.: “Comentarios a la jurisprudencia sobre los efectos frente a terceros de la atribución del uso de la vivienda en procesos de familia. Especial consideración del desahucio por precario”, *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 44, 2010.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.:

- “La disposición de la vivienda familiar en las situaciones de normalidad matrimonial. Problemática que plantea”, *Actualidad Civil*, núm. 5, marzo 2005.

- *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

ÁLVAREZ LATA, N.: “Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencial”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 12, enero-diciembre 1998.

AMARAL, M. L.: *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989.

ANCESCHI, A.: *L’assegnazione della casa: separazione, divorzio, famiglia di fatto, successione, ordini di protezione*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2013.

ANDREOLA, E.:

- “Casa familiare tra comodato e assegnazione”, *Riv. notariato*, fasc. 2, 2011.

- “Oneri tributari e pesi economici connessi all’assegnazione della casa familiare”, *Riv. dir. trib.*, fasc. 9, 2010.

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

ARAÚJO DIAS, C. M.:

- *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio: Lei n.º. 61/2008, de 31 de outubro*, Almedina, 2ª ed., Coimbra, 2009.

- “Uniones de hecho: la posición sucesoria del conviviente supérstite en Portugal”, *AFDUC*, núm. 18, 2014.

ARCERI, A.: “Dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi”, en SESTA, M. (a cura di): *Codice della famiglia*, Tomo I, Giuffrè, Milano.

ASPREA, S.: *Mantenimento e casa coniugale: aspetti giuridici ed economici*, Giuffrè, Milano, 2011.

AULETTA, T.:

- “Art. 155 *quater*”, en BALESTRA, L. (a cura di): *Della famiglia*, art. 74-176 [dentro de la más amplia obra GABRIELLI, E. (dir.): *Commentario del Codice Civile*], UTET, Torino, 2010.

- *Diritto di famiglia*, G. Giappichelli, Torino, 2011.

AULETTA, T. (a cura di):

- *I rapporti patrimoniali fra coniugi*, G. Giappichelli, Torino, 2011.

- *La crisi familiare* [dentro de la más amplia obra BESSONE, M. (dir.): *Trattato di Diritto privato*, Tomo IV: Il diritto di famiglia, II], G. Giappichelli, Torino, 2013.

BAENA RUIZ, E.: “La vivienda familiar”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, C.G.P.J., núm. XIV, 1992.

BALDA MEDARDE, Mª. J.: “La vivienda familiar en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, en AA.VV.: *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2011.

BIBLIOGRAFÍA

BALESTRA, L.: “L’evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive”, en AULETTA, T. (a cura di): *Famiglia e matrimonio* [dentro de la más amplia obra BESSONE, M. (dir.): *Trattato di Diritto privato*, Tomo IV: Il diritto di famiglia, I], G. Giappichelli, Torino, 2010.

BALTI, A.: “Sull’assegnazione consensuale della casa familiare in assenza di prole e sul diritto del coniuge non assegnatario all’indennità di occupazione”, *Dir. fam. pers.*, fasc. 3, 2013.

BARBIERA, L.: “Assegno e assegnazione in uso della casa familiare nel divorzio”, en DE TILLA, M. y OPERAMOLLA, U. (a cura di): *Seminari di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005.

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”, en CUENA CASAS, M., ANGUITA VILLANUEVA, L. A., y ORTEGA DOMÉNECH, J. (coords.): *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013.

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

BARTOLINI, F.: *I procedimenti di separazione, divorzio e affidamento condiviso: le interpretazioni più recenti e significative della giurisprudenza: il formulario*, La Tribuna, Piacenza, 2011.

BARTOLINI, F., y BARTOLINI, M.: *Commentario sistematico del diritto di famiglia. Aggiornato con la riforma della giustizia civile (L. 10 novembre 2014, n. 162)*, CELT, Piacenza, 2015.

BASINI, G. F.:

- “Art. 6 L. 898/1970”, en BONILINI, G. y TOMMASEO, F.: *Lo scioglimento del matrimonio* (dentro de la más amplia obra SCHLESINGER, P. (dir.): *Il Codice Civile: Commentario*), Giuffrè, Milano, 1997.
- “Cause di estinzione del diritto al godimento della casa familiare, e sospetti di incostituzionalità dell’art. 155 *quater* c.c.”, *Famiglia, Persone e Successioni*, núm. 7, julio 2006.
- “L’assegnazione della casa familiare”, en *Famiglia e matrimonio*, tomo II [dentro de la más amplia obra AA.VV.: *Il diritto de famiglia* (Trattato diretto da G. BONILINI e G. CATTANEO, continuato da G. BONILINI), UTET, 2ª ed., Torino, 2007.

BAYOD LÓPEZ, M^a. del C.: “Gastos de crianza y educación de los hijos mayores o emancipados. Alimentos legales entre padres e hijos. Diferencias y límites”, en BAYOD LÓPEZ, M^a del C. y SERRANO GARCÍA, J. A. (coords.): *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar? Ponencias del Seminario que con el mismo título se celebró en la Institución «Fernando el Católico» de Zaragoza los días 30 y 31 de mayo de 2013*, Publicación número 3306 de la Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 2014.

BELLANOVA, L.: “La ‘geografia’ della casa familiare”, en BELLANOVA, L., DE FILIPPIS, B., FIORILLO, L., GIANNATTASIO, F., MEA, R., MOLINARO, I., PALADINI, M., y SCARPA, A.: *L’assegnazione della casa coniugale nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, Milano, 2010.

BELLO JANEIRO, D.: “Comentario a la STS de 18 de octubre de 1994”, *CCJC*, núm. 37, 1995.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E.: “Hijos menores, custodia compartida e individual, vivienda familiar y gastos de los hijos”, en BAYOD LÓPEZ, M^a del C. y SERRANO GARCÍA, J. A. (coords.): *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar? Ponencias del Seminario que con el mismo título se celebró en la*

BIBLIOGRAFÍA

Institución «Fernando el Católico» de Zaragoza los días 30 y 31 de mayo de 2013, Publicación número 3306 de la Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 2014.

BELLUCCI, G. y MENNA, A.: *Separazione e divorzio: le questioni attuali nella più recente casistica giurisprudenziale*, Dike giuridica, Roma, 2011.

BENAVENTE MOREDA, P.:

- “Comentario a la Sentencia de 20 de mayo de 1993”, *CCJC*, núm. 33, 1993.

- “Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar por sentencia de separación, nulidad o divorcio al cónyuge no titular del derecho arrendaticio sobre la misma”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLI, fasc. 3, 1988.

BENETTI GENOLINI, M. U. y FRANCIOLI, L.: *Separazione e divorzio. Figli, coniugi e casa coniugale. Provvedimenti e tutela*, G. Giappichelli, Torino, 2004.

BERENICE DIAS, M^a.: *Manual de Direito das Famílias*, Editora Revista dos Tribunais, 10^a ed., São Paulo, 2015.

BERROCAL LANZAROT, A. I.:

- “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 743, 2014.

- “El pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 28 de marzo de 2011 y de 26 de noviembre de 2012”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, 2013.

- “La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 734, 2012.

- “Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia compartida”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 3, julio-septiembre 2014.

BIANCA, C. M.: *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005.

BIANCA, M.:

- *Filiazione. Commento al Decreto attuativo: le novità introdotte dal D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, Giuffrè, Milano, 2014.

- “L’uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente L. N. 219 del 2012”, *Giustizia Civile*, Anno LXIII, Fasc. 5-6, 2013, Giuffrè, Milano.

BLANCO CARRASCO, M.: *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*, Editorial Reus, Colección Jurídica General: Monografías, Madrid, 2014.

BLANDINO GARRIDO, M^a. A.: “Donación de vivienda familiar que evita la atribución del uso al hijo menor y a la madre conviviente: falta de apreciación de oficio de la nulidad de la donación simulada. Comentario de la STS de 13 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1341)”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 34, mayo-agosto 2014.

BOCCHINI, F.: *Diritto di famiglia: Le grandi questioni*, G. Giappichelli, Torino, 2013.

BONILINI, G.: *Nozioni di diritto di famiglia*, UTET, 3^a ed., Torino, 2002.

BRUNO, M.: *Separazione e divorzio*, Giuffrè, Milano, 2014.

BUFFA, A. y BUFFA, F.: *Il diritto alla casa familiare nella separazione e divorzio*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2010.

BUFFONE, G.: *Le novità del “decreto filiazione”: D.lgs. n. 154/2013 in vigore dal 7 febbraio 2014: unicità dello stato di figlio, responsabilità genitoriale e diritti e doveri del figlio, limiti all’azione di disconoscimento di paternità, rapporti con gli ascendenti: il nuovo art. 137 bis, obbligatorietà dell’ascolto del minore nei procedimenti che lo riguardano, modifica alla disciplina delle successioni*, Giuffrè, Milano, 2014.

BIBLIOGRAFÍA

BUONADONNA, A. L.: *L'addebito di responsabilità nella separazione: profili civili e penale*, CEDAM, 2ª ed., Assago, 2013.

CABEZUELO ARENAS, A. L.: “Extinción de la atribución de uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con tercero. Comentario a la SAP de Almería de 19 de marzo de 2007 (AC 2007, 505)”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 21, 2008.

CAMPUZANO TOMÉ, H.: “Comentario a la Sentencia de 22 de abril de 2004 (RJ 2004, 3018)”, *CCJC*, núm. 67, 2005.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: “Protección legal de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 588, 1988.

CANTERO NÚÑEZ, F. J.: “Uniones de hecho”, en GARRIDO DE PALMA, V. M. (coord.): *Familia*, Vol. 1º [dentro de la más amplia obra DELGADO DE MIGUEL, J. F. (coord. gral.): *Instituciones de Derecho Privado*, tomo IV], Civitas, Madrid, 2001.

CAPELO DE SOUSA, R.: *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. II, Coimbra Editora, 2ª ed. (reimpresión), Coimbra, 1990.

CARAPEZZA FIGLIA, G.:

- “Assegnazione della casa familiare e interessi in conflitto. Ricercando un «ragionevole bilanciamento» nel dialogo con la giurisprudenza”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015.

- “Assegnazione della casa familiare e interessi in conflitto. Ricercando un «ragionevole bilanciamento» nel dialogo con la giurisprudenza”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiare*

nelle esperienze giuridiche latine, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 4, Napoli, 2016.

CARAPEZZA FIGLIA, G. y DE VERDA BEAMONTE, J. R.:

- “Interessi rilevanti nell’assegnazione della casa familiare. Un confronto tra le esperienze spagnola e italiana”, *Dir. fam. pers.*, fasc. 1, 2013.
- “Problemi dell’assegnazione della casa familiare nella giurisprudenza italiana e spagnola”, *Il Foro Napoletano*, núm. 1/2013.

CARICATO, C.: “La casa familiare”, en AULETTA, T. (a cura di): *La crisi familiare* [dentro de la más amplia obra BESSONE, M. (dir.): *Trattato di Diritto privato*, Tomo IV: Il diritto di famiglia, II], G. Giappichelli, Torino, 2013.

CARRASCO PERERA, Á.:

- “Comentario al Artículo 15: Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Aranzadi, 3ª ed., Elcano, 2002.
- “Comentario al Artículo 15: Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Thomson Reuters Aranzadi, 6ª ed., Cizur Menor, 2013.

CARRIÓN VIDAL, A.: “Divorcio y separación en el Código Civil tras la reforma por Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015.

CASSANO, G. (dir.): *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, Tomo III: *La separazione e il divorzio*, Giuffrè, Milano, 2006.

CASSANO, G. y PREVITI, C. (a cura di): *Figli, genitori, famiglia: aspetti giuridici, personali e patrimoniali dopo la riforma della filiazione*, Simone, Napoli, 2014.

BIBLIOGRAFÍA

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿siempre en precario? ¿Siempre sin aplicar el art. 96 CC? Comentario a la Sentencia del TS de 6 octubre 2011 (RJ 2011, 6708)”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, 2012.

CERVANTES GÓMEZ-ANGULO, L.: “Inoponibilidad del derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar atribuido por resolución judicial frente a terceros propietarios. Acción de desahucio por precario”, *Diario La Ley*, Año XXXV, núm. 8363, Sección Tribuna, 28 de julio de 2014.

CERVILLA GARZÓN, M^a. D.:

- “Algunas consecuencias jurídicas derivadas de la atribución del uso del domicilio conyugal propiedad del otro cónyuge”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, núm. 34, 2003.

- *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

- “Las consecuencias económicas de las crisis de pareja: la pensión alimenticia y la atribución del uso de la vivienda familiar”, en CERVILLA GARZÓN, M^a. D. y FUENTES RODRÍGUEZ, F. (coords.): *Mujer, familia y derecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2003.

CHAVES DE FARIAS, C. y ROSENVALD, N.: *Curso de Direito Civil. Volume 6: Direito das Famílias*, 5^a ed., Editora JusPODIVM, 2013.

CICERO, C.:

- “Casa familiare e situazioni possessorie”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015.

- “Casa familiar e situaciones posesoria”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiar nelle esperienze giuridiche latine*, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 4, Napoli, 2016.

CLARIZIA, O.:

- “Assegnazione della casa familiar e tutela posesoria nella cessazione della convivenza non matrimoniale”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulaci3n jur3dica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano*, *Actualidad Jur3dica Iberoamericana*, n3m. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015.

- “Assegnazione della casa familiar e tutela posesoria nella cessazione della convivenza non matrimoniale”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiar nelle esperienze giuridiche latine*, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 4, Napoli, 2016.

COBACHO G3MEZ, J. A.: “El uso de la vivienda familiar y el inter3s de los hijos”, *Anales de Derecho*, n3m. 8, 1985.

COCA PAYERAS, M.: “Competencia legislativa civil, parejas de hecho, libre desarrollo de la personalidad e ilimitada autonom3a de la voluntad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, n3m. 1, enero-marzo 2014.

COL3S ESCAND3N, A: “La vivienda familiar en alquiler y el art. 15 de la LAU”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, n3m. 13/2003.

CONDE-PUMPIDO GARC3A, J. L.: “Ley Valenciana de custodia compartida”, *Revista de treball, econom3a i societat*, n3m. 62, 2011.

CONTIERO, G.:

BIBLIOGRAFÍA

- *Il trattamento economico del coniuge nella separazione en el divorzio*, Giuffrè, Milano, 2013.
- *L'assegnazione della casa coniugale. Separazione, divorzio, convivenza more uxorio*, Giuffrè, Milano, 2007.
- *L'assegnazione della casa familiare*, Giuffrè, Milano, 2014.

CORTADA CORTIJO, N.: “Comentario a la Sentencia de 4 de diciembre de 2000”, *CCJC*, núm. 56, 2001.

COSTAS RODAL, L.:

- “IV. Comodato”, dentro de “§13. Contratos de cesión temporal de uso y disfrute”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.) y MORALEJO IMBERNÓN, N. y QUICIOS MOLINA, S. (coords.): *Tratado de contratos. Tomo II: contratación con consumidores, contratos de adhesión y contratación electrónica, contratos con finalidad traslativa de dominio, contratos de cesión temporal de uso y disfrute*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2013.
- “Préstamo hipotecario que grava vivienda familiar ganancial: obligación de los ex cónyuges de pagar las cuotas hipotecarias por mitad. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2011”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2011.

CREMADES GARCÍA, P.:

- “Comentario a la Sentencia de 13 de abril de 2009”, *CCJC*, núm. 83, 2010.
- “Uso de la vivienda familiar por cesión gratuita de familiar cercano a uno de los progenitores”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, núm. 3, enero 2008.

CRESPO MORA, M^a. DEL C.: “Ruptura de la unión de hecho: aplicación analógica de las normas sobre crisis matrimonial. Comentario a la STS de 27 marzo 2001 (RJ 2001, 4770)”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 9, 2002.

CUADRADO PÉREZ, C.: “Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 734, 2012.

CUBEDDU, M. G.:

- “Cessazione della vita in comune e interesse al godimento della casa di abitazione”, in *Studi in onore di Cessare Massimo Bianca*, Tomo Secondo, Sezione I: La famiglia, Giuffrè, Milano, 2006.

- “I contributi e gli assegni di separazione e divorzio”, en FERRANDO, G. (dir.): *Il nuovo diritto di famiglia (I): Matrimonio, separazione e divorzio*, Torino, 2007.

- *La casa familiare*, Giuffrè, Milano, 2005.

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

CULOT, D.: *I rapporti patrimoniali tra coniugi prima e dopo la separazione*, Giuffrè, Milano, 2010.

DAMMACCO, S.: *Aspetti fiscali della separazione e del divorzio*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013.

DE COSSÍO MARTÍNEZ, M.: *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

DE FEIS, D.: “Rilievi critici sulla trascrivibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare”, *Giust. civ.*, fasc. 6, 2006.

DE FILIPPIS, B.:

- “Affidamento condiviso: contenuti e problematiche giuridiche”, en DE FILIPPIS, B., LANDI, L., LINDA LETTIERI, A., LUCARIELLO, S., MAURANO, R., MAZZEI, P.,

BIBLIOGRAFÍA

MUTALIPASSI, A., PENNA, C., PIERRO, G., QUILICI, M., SAPIA, C.: *L'affidamento dei figli nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, 2ª ed., Padova, 2013.

- *Il diritto di famiglia. Leggi, prassi e giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 2011.

- “La crisi della famiglia non matrimoniale: Assegnazione della casa in assenza di figli”, en DE FILIPPIS, B., DE FILIPPIS, R., DI MARCO, G., LINDA LETTIERI, A., STARITA, V., ZAMBRANO, V.: *La separazione nella famiglia di fatto*, CEDAM, 2ª ed., Padova, 2014.

- *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio: conseguenze della crisi coniugale su coppia, famiglia, figli e beni*, CEDAM, 2ª ed., Padova, 2012.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: *El sistema legal del matrimonio en el Código Civil*, Civitas, Madrid, 2002.

DE LA IGLESIA MONJE, Mª. I.:

- “Atribución judicial del derecho personal de uso de las segundas residencias o de viviendas distinta a la familiar tras la ruptura matrimonial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 2013.

- “Atribución temporal del uso de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 728, 2011.

- “Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, 2012.

- “Los hijos mayores de edad y la atribución del uso de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 733, 2012.

DE LA PUENTE DE ALFARO, F.: “La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 698, 2006.

DE SALTER CID, N.: *A protecção da casa de morada da família no direito português*, Almedina, Coimbra, 1996.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.:

- “Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar (un estudio jurisprudencial de la legislación valenciana sobre la materia)”, *Diario La Ley*, Año XXXV, núm. 8299, Sección Doctrina, 28 de abril de 2014.
- La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en España: la superación del derecho positivo por la práctica jurisprudencial”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 4, Napoli, 2016.
- “Principio de libre desarrollo de la personalidad y *ius connubii* (A propósito del Auto del Tribunal Constitucional 222/1994)”, *Revista de Derecho Privado*, octubre 1998.
- “Separación y divorcio”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coord.): *Derecho Civil IV (Derecho de familia)*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2016.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, 2015.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.:

- “Derecho de familia y obligación de alimentos”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coord.): *Derecho Civil IV: Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- “Efectos económicos derivados de la ruptura de uniones de hecho”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coord.): *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Monografía asociada a “Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, núm. 28”, Cizur Menor, 2012.
- “El matrimonio”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coord.): *Derecho Civil IV: Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- “Las uniones de hecho”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coord.): *Derecho Civil IV: Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BIBLIOGRAFÍA

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y MARTÍNEZ CARLOS, P. J.: *La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven: un estudio en clave jurisprudencial*, Colección “Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano”, núm. 1 (2), Valencia, 2015.

DEL OLMO GUARIDO, N.: “La atribución judicial de la vivienda familiar en los supuestos de ruptura de las uniones de hecho. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 10 de marzo de 1998”, *Revista de Derecho Privado*, año núm. 84, mes 2, 2000.

DI MARCO, G.: “La crisi della famiglia non matrimoniale: Assegnazione della casa in presenza di figli”, en DE FILIPPIS, B., DE FILIPPIS, R., DI MARCO, G., LINDA LETTIERI, A., STARITA, V., ZAMBRANO, V.: *La separazione nella famiglia di fatto*, CEDAM, 2ª ed., Padova, 2014.

DI NARDO, M.: “Attribuzione giudiziale della casa familiare al coniuge non affidatario della prole”, *Nuova giur. civ. comm.*, I, 1988.

DI PIRRO, M.:

- *Riforma della filiazione: la nuova disciplina alla luce del D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 (Decreto di attuazione della riforma della filiazione)*, Simone, Napoli, 2014.

- *Separazione e divorzio. Manuale teorico-pratico con ampia casistica giurisprudenziale e formulario*, Simone, VII ed., Napoli, 2015.

DÍAZ FRAILE, J. Mª.: “El uso de la vivienda familiar en el Libro Segundo sobre la persona y la familia del Código Civil de Cataluña y su tratamiento jurisprudencial”, en BARRADA ORELLANA, R., GARRIDO MELERO, M. y NASARRE AZNAR, S.: *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Bosch, Barcelona, 2011.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales”, *Actualidad Civil*, núm. 17, 27 de abril al 3 de mayo de 1998.

DÍAZ ROMERO, M^a. del R.: “Crisis de uniones de hecho y pensión compensatoria. Comentario a la STS de 16 de julio de 2002 (RJ 2002, 6246)”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 11, 2003.

DOGLIOTTI, M. (a cura di): *Separazione e divorzio. I presupposti: profili nazionali, internazionali, comunitari*, Giuffrè, Milano, 2012.

DOGLIOTTI, M., y FIGONE, A.: *I procedimenti di separazione e divorzio*, Giuffrè, Milano, 2011.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: “Definición y atribución del domicilio familiar”, *Seminario Permanente de Ciencias Sociales (SPCS)*, Documento de trabajo 2008/5, p. 14 (disponible en https://www.uclm.es/cu/csociales/pdf/documentosTrabajo/05_2008.pdf).

ELORRIAGA DE BONIS, F.: *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

ENTRENA KLETT, C. M^a.: *Matrimonio, separación y divorcio (En la legislación actual y en la historia)*, Aranzadi, 2^a ed., Pamplona, 1984.

ESPIAU ESPIAU, S.:

- “Comentario a la Sentencia de 11 de diciembre de 1992”, *CCJC*, núm. 31, 1993.

- “Comentario a la Sentencia de 31 de diciembre de 1994”, *CCJC*, núm. 38, 1995.

ESTELLÉS PERALTA, P.: “La subrogación arrendaticia del conviviente *more uxorio*”, *Revista General de Derecho*, núm. 594, 1994.

BIBLIOGRAFÍA

ESTRADA ALONSO, E.: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, Civitas, 2ª ed., Madrid, 1991.

FASANO, A.: “La casa familiare”, en FASANO, A., FASANO, M., ROSSANO, R.: *Rapporti patrimoniali e crisi coniugale*, G. Giappichelli, Torino, 2010.

FÉLIX BALLESTA, M^a. Á.: “Asignación de la vivienda familiar en supuestos de nulidad, separación y divorcio”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 84, núm. 1, 1985.

FERNÁNDEZ CANALES, C.: *Sociedad de gananciales y vivienda conyugal*, Editorial Reus, Colección Jurídica General, Madrid, 2013.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M.:

- “El uso de la vivienda familiar, su división material”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2012, julio 2012.

- “La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular. Examen del artículo 96 del Código Civil”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2011, febrero 2011.

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

FERRANDO, G.:

- “L’assegnazione della casa familiare”, en DOGLIOTTI, M. (a cura di): *Affidamento condiviso e diritti dei minori (Legge 8 febbraio 2006, n. 54)*, G. Giappichelli, Torino, 2008.

- “La convivenza *more uxorio* della madre non fa cessare il diritto di abitare nella casa familiare”, *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2008.

FERREIRA LOPES, J.: “O ‘melhor interesse da criança’ e o ‘cuidado’ na interface Psicologia e Direito”, en DA SILVA PEREIRA, T. y DE OLIVEIRA, G. (coords.): *Cuidado e Responsabilidade*, Atlas, São Paulo, 2011.

FIGONE, A.: *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale: testo aggiornato al D.lgs. 28 dicembre 2013, n .154*, G. Giappichelli, Torino, 2014.

FIORILLO, L.: “Inquadramento giuridico dell’istituto”, en BELLANOVA, L., DE FILIPPIS, B., FIORILLO, L., GIANNATTASIO, F., MEA, R., MOLINARO, I., PALADINI, M., y SCARPA, A.: *L’assegnazione della casa coniugale nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, Milano, 2010.

FORCADA MIRANDA, F. J.: “La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial”, *Actas de los XIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, 2004.

FRANCESCHELLI, V.: “La familia di fatto da ‘deviant phenomenon’ a istituzione sociale”, *Dir. fam. pers.*, 1980.

FRANCISCO BATLLE, F. X.: “Convivència estable en parella”, en LUCAS ESTEVE, A. (dir.): *Dret Civil Català. Vol. II: Persona i família*, J. M. Bosch, Barcelona, 2012.

FRANZONI, I.: “Le convenzioni patrimoniali tra conviventi *more uxorio*”, en *Famiglia e matrimonio*, tomo II [dentro de la más amplia obra AA.VV.: *Il diritto de famiglia* (Trattato diretto da G. BONILINI e G. CATTANEO, continuato da G. BONILINI), UTET, 2ª ed., Torino, 2007.

FREZZA, G.:

- “Casa familiare e trascrizione”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015.

BIBLIOGRAFÍA

- “Casa familiare e trascrizione”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 4, Napoli, 2016.
- *I luoghi della famiglia*, G. Giappichelli, Torino, 2004.
- “Il nuovo art. 337 *sexies* C.C.: appunti e spunti”, *Arch. Giur. Filippo Serafini*, vol. CCXXXIV, fasc. 2-2014.
- *Mantenimiento diretto e affidamento condiviso*, Giuffrè, Milano, 2008.

FURGIUELE, G.: *Libertà e famiglia*, Giuffrè, Milano, 1979.

GABRIELLI, G.: “I problemi dell’assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia”, *Riv. Dir. civ.*, I, 2003.

GALGANO, F.: *Trattato di Diritto Civile*, Volume Primo, 3ª. ed. (aggiornata a cura di N. ZORZI GALGANO), CEDAM, Padova, 2015.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995.

GALLUZZO, S. A. R.:

- *Famiglia e minori: Percorsi di diritto e giurisprudenza*, Gruppo 24 Ore, Milano, 2010.
- *La riforma della filiazione*, Simone, Napoli, 2014.

GARCÍA CANTERO, G.:

- “Comentario al art. 96 CC”, en ALBALADEJO GARCÍA, M. (dir.): *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo II: arts. 42 a 107 CC, EDERSA, 2ª ed., Madrid, 1982.

- “Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español”, en VILADRICH BATALLER, P. J. (coord.): *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales*, Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA), Pamplona, 1986.

GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, M^a. L.:

- “La vivienda familiar en situaciones de normalidad y crisis”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J. M^a. (coords.): *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2010.

- “Vivienda familiar”, *Cuadernos de estudios manchegos*, núm. 36, 2011.

GARCÍA-MAURIÑO, S. y DEL CARPIO FIESTAS, V.: “Atribución de uso de vivienda familiar y «actio communi dividundo»”, *Actualidad Civil*, núm. 5, 31 enero-6 febrero 1994.

GARCÍA RIVAS, F. J.: “Guarda y custodia compartida: la Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código Civil”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, núm. 37, 2006.

GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1996”, *CCJC*, núm. 43, 1997.

GARCÍA VARELA, R.: “Art. 96 CC”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.): *Comentario del Código Civil*, Tomo 2, Arts. 90 al 347, Bosch, 2^a ed., 2006.

GARRIGA GORINA, M.: “El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3/2008.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.:

- “¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 32, 1999.

BIBLIOGRAFÍA

- “La unión libre en la jurisprudencia constitucional alemana de los últimos años”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 6, mayo-agosto 1995.

- “Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, núm. 61, enero-abril 2001.

GAZZONI, F.:

- “Assegnazione della casa familiare e trascrivibilità della domanda giudiziale”, *Dir. fam. pers.*, 2008.

- *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano, 1983.

GIACOBBE, E.: “L’assegnazione della casa coniugale tra separazione e divorzio”, *Rass. dir. civ.*, I, 1990.

GIACOBBE, G. y VIRGADAMO, P.: *Il matrimonio. Tomo secondo: Separazione personale e divorzio*, UTET, Torino, 2011.

GIANNATTASIO, F.: “Figli maggiorenni e figli portatori di handicap”, en BELLANOVA, L., DE FILIPPIS, B., FIORILLO, L., GIANNATTASIO, F., MEA, R., MOLINARO, I., PALADINI, M., y SCARPA, A.: *L’assegnazione della casa coniugale nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, Milano, 2010.

GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, Madrid, Reus, 2013.

GIOVAGNOLI, R.: *I regimi patrimoniali della famiglia: percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2010.

GOMES DA SILVA, N. E.: *Posição sucessória do cônjuge sobrevivente*, Reforma do Código Civil, Ordem dos Advogados, Lisboa, 1981.

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.:

- “A vueltas con la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos comunes”, *ElDerecho.com*, junio 2010, disponible para su consulta en http://www.elderecho.com/civil/vueltas-atribucion-vivienda-familiar-comunes_11_184555003.html.
- “Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón”, *Diario La Ley*, Año XXXI, núm. 7537, Sección Doctrina, 29 de diciembre de 2010.
- “Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón”, *Diario La Ley*, Año XXXI, núm. 7529, Sección Doctrina, 16 de diciembre de 2010.
- “Los procedimientos consensuales”, en HIJAS FERNÁNDEZ, E. (coord.): *Los procesos de familia: una visión judicial. Compendio práctico de doctrina y jurisprudencia sobre los procesos de familia y menores*, Colex, 2ª ed., Madrid, 2009.

GRAZIOSI, A. (a cura di): *I processi di separazione e di divorzio*, G. Giappichelli, Torino, 2011.

GRONDONA, M.:

- “Residenza familiare e doveri di coabitazione dei coniugi”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015.
- “Residenza familiare e «doveri» di coabitazione dei coniugi: tra autonomia coniugale condivisa e protezione ordinamentale”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 4, Napoli, 2016.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V.:

BIBLIOGRAFÍA

- “Comentario al Artículo 15: Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario”, en GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dir.): *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Lex Nova, Valladolid, 1994.
- “Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial”, *Aranzadi civil*, núm. 1, 1994.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.:

- “Atribución de vivienda familiar en procedimiento de divorcio a los hijos menores y al progenitor custodio. Sentencia de 15 de marzo de 2013 (RJ 2013, 2174)”, *CCJC*, núm. 93, septiembre-diciembre 2013.
- “Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3/2010.

GUZZARDI, G.: “Convivenza more uxorio e tutela possessoria dell’immobile adibito a casa familiare”, *Famiglia e diritto*, núm. 11/2013.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: “Crisis matrimonial y cambios en la atribución de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 738, 2013.

HERRANZ GONZÁLEZ, A.: “Guarda y custodia compartida: hacia la unificación de criterios en el recurso de casación”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, julio 2014.

HERRERO GARCÍA, M^a. J.: “Comentario a la STS de 22 de diciembre de 1992”, *CCJC*, núm. 31, 1993.

IBARRA SÁNCHEZ, J. L.: “La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada, efectuada por resolución judicial conforme al art. 15 LAU-1994 tras la Ley 4/2013, de 4 de junio”, *Actualidad Civil*, núm. 11, Sección “A Fondo”.

ISAC AGUILAR, A.: “Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: el uso de la vivienda conyugal”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 577, 1986.

JANNARELLI, A.: “L’assegnazione della «casa familiare» nella separazione personale dei coniugi”, *Foro it.*, 1981, I.

JIMÉNEZ PARÍS, T. A.: “Ejecución de la vivienda familiar y concurso de acreedores (con inclusión de las novedades que presenta el Anteproyecto de Ley Concursal, de 17 de diciembre de 2010)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725, 2011.

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

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: “La guarda compartida. Una visión comparativa”, *Revista de Derecho Privado*, edición especial, UNAM: México, 2012.

LACRUZ BERDEJO, J. L. et. al.: *Elementos de Derecho Civil. IV: Familia*, Dykinson, 4ª ed. revisada y puesta al día por J. RAMS ALBESA, Madrid, 2010.

LANGA MUELA, A.: *Custodia compartida en Aragón: análisis de los artículos 75 a 84 del Código de Derecho Foral de Aragón, de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia de los progenitores con hijos comunes a cargo*, Beca 2011-2012 del “Justicia de Aragón” para el estudio del ordenamiento jurídico aragonés.

LAZZARA, C.: “Profili di rilevanza dell’autonomia privata nell’ambito dei rapporti familiari”, en PARADISO, M. (a cura di): *I mobili confini dell’autonomia privata. Atti del Convegno di studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara*, Giuffrè, Milano, 2005.

LEGERÉN MOLINA, A.:

BIBLIOGRAFÍA

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

- “Comentario a la STS de 30 de abril de 2012. Posibilidad de dividir materialmente la vivienda familiar en supuestos de crisis matrimonial en base a lo establecido por el artículo 96 Cc”, *CCJC*, núm. 90, 2012.

LEITE DE CAMPOS, D.: *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 1990.

LEITE RODRIGUES, H. M.: *Questões de particular importancia no exercício das responsabilidades parentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

LETE DEL RÍO, J. M.: “Artículo 96 CC”, en LACRUZ BERDEJO, J. L. (coord.): *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil*, Civitas, Madrid, 1982.

LLEBARÍA SAMPER, S.: “Planificación y conflictividad patrimonial en la pareja de hecho”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J. M^a. (coords.): *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2010.

LÔBO, P.: *Direito Civil: Famílias*, Editora Saralva, 4^a ed., São Paulo, 2011.

LOBO XAVIER, R.: *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais: Lei n.º. 61/2008, de 31 de outubro*, Almedina, Coimbra, 2009.

LONGO, F.: *Famiglia e responsabilità: i nuovi danni*, Giuffrè, Milano, 2012.

LÓPEZ ALARCÓN, M.: *El nuevo sistema matrimonial español. Nulidad, separación y divorcio*, Tecnos, Madrid, 1983.

LÓPEZ AZCONA, A.:

- “Crianza y educación de los hijos menores de padres que no conviven: atribución del uso de la vivienda familiar. Gastos de asistencia a los hijos”, en BAYOD LÓPEZ, M^a del C. y SERRANO GARCÍA, J. A. (coords.): *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar? Ponencias del Seminario que con el mismo título se celebró en la Institución «Fernando el Católico» de Zaragoza los días 30 y 31 de mayo de 2013*, Publicación número 3306 de la Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 2014.
- “El ámbito de aplicación de las medidas de protección de los deudores hipotecarios y sus (restrictivos) criterios delimitadores”, *RGLJ*, núm. 1/2015, enero-marzo.
- “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de la convivencia en el Derecho aragonés: derecho positivo y práctica jurisprudencial”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015.
- “La atribución del uso de la vivienda familiar y el destino del ajuar familiar en las situaciones de crisis de convivencia: la solución del legislador aragonés”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 1, agosto 2014.

LÓPEZ FRÍAS, A. M^a.: “El derecho de uso ex artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, 2012.

LÓPEZ LIZ, J.: *Bienes inmuebles y sociedad conyugal (Adquisición, administración y disposición, hipoteca y embargo, con particular estudio del derecho real de uso especial de la vivienda familiar)*, Bosch, Barcelona, 1998.

LOSCERTALES FUERTES, D.: *Arrendamientos urbanos (Edición adaptada a Ley 1/2000 y Ley 23/2003)*, Sepín, 4^a ed., Madrid, 2004.

BIBLIOGRAFÍA

LUCINI CASALES, Á.: “La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 596, 1990.

LUMINOSO, A.:

- “Obbligazioni di mantenimento nella separazione e nel divorzio e prestazioni in natura”, *Famiglia e diritto*, núm. 11/2008.
- “Spunti in tema di assegnazione della casa coniugale”, en DE TILLA, M. y OPERAMOLLA, U. (a cura di): *Seminari di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005.

LUQUE JIMÉNEZ, M^a. DEL C.: *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2012.

MACARIO, F.: *Diritto di famiglia. Questioni giurisprudenziali*, G. Giappichelli, Torino, 2011.

MALAURIE, P. y FULCHIRON, H.: *Droit de la famille*, LGDJ, 5^a ed., Mayenne, 2016.

MANZANA LAGUARDA, M^a. P.: “La atribución del uso de la vivienda familiar (Pronunciamientos de la Sección 10^a, de familia, de la Audiencia Provincial de Valencia)”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 22, 2007.

MANZANO FERNÁNDEZ, M^a. del M.:

- “Derecho de uso de la vivienda familiar y atribución del uso en situaciones de crisis matrimonial”, *LandAS: International Journal of Land Law & Agricultural Science*, núm. 5, enero-julio 2011.
- *El uso de los inmuebles en el Derecho civil moderno*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: “Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso”, *Diario La Ley*, Año XXX, núm. 7105, Sección Doctrina, 2 de febrero de 2009.

MARÍN LÓPEZ, M. J.:

- “Artículo 96 CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001.
- “Comentario a la Sentencia de 2 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5587)”, *CCJC*, núm. 80, 2009.

MARÍN VELARDE, A.: “Atribución de la vivienda familiar: posición jurídica del cónyuge poseedor de la vivienda cuando la titularidad del inmueble pertenece en copropiedad a su consorte. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010 (RJ 2010, 1274)”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 25, 2010.

MARINO, M.: *Separazione e divorzio: normativa e giurisprudenza a confronto*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2012.

MARTÍN AZCANO, E. M.: “Limitación de las facultades dispositivas sobre la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial”, *Actualidad Civil*, núm. 9, septiembre 2014.

MARTÍN-CASALS, M.: “El derecho a la ‘convivencia anómica en pareja’: ¿Un nuevo derecho fundamental? Comentario general a la STC de 23.4.2013 (RTC 2013, 93)”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3/2013.

MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.:

- *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales: Artículo 1357, párrafo 2, del Código civil*, Civitas, Colección “Cuadernos Civitas”, Madrid, 2002.

BIBLIOGRAFÍA

- *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC) (Teoría y práctica jurisprudencial)*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005.

- “Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición”, *Actualidad Civil*, núm. 19, noviembre 2005.

MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L.: “Derecho de familia: disfrute de la vivienda familiar y del mobiliario ordinario por uno de los cónyuges”, *La Ley: Revista española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1982, tomo I.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, en AA.VV.: *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2011.

MARTÍNEZ DE SANTOS, A.: “La liberación de la vivienda familiar en la ejecución hipotecaria”, *Actualidad Civil*, núm. 15, 7 al 13 de abril de 2003.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: *La obligación legal de alimentos entre parientes*, La Ley, Madrid, 2002.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: “Vivienda familiar y crisis matrimoniales”, Academia sevillana del notariado, Tomo 14, 2006.

MARTUCCELLI, S. y PESCATORE, V. (a cura di): *Diritto civile* [dentro de la más amplia obra IRTI, N. (promossi da): *Dizionari del Diritto Privato*], Giuffrè, Milano, 2011.

MASCIA, K.: “La casa familiare”, en OBERTO, G. (a cura di): *Gli aspetti patrimoniali della famiglia (I rapporti patrimoniali tra coniugi e conviventi nella fase fisiologica ed in quella patologica)*, CEDAM, Padova, 2011.

MECO TÉBAR, F.: “La custodia compartida como régimen más favorable al interés del menor. Comentario a la STS núm. 758/2013, de 25 de noviembre (RJ 2013, 7873)”, *Revista boliviana de derecho*, núm. 18, julio 2014.

MENGGONI, L.: “La famiglia in una società complessa”, *Justitia*, 1990.

MERZ, S.: *Manuale pratico e formulario dei rapporti economici nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, 2ª ed., Padova, 2013.

MIGLIACCIO, E.:

- “La destinazione a casa familiare”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015.

- “La destinazione a casa familiare”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 4, Napoli, 2016.

MOLINARO, I.: “Le novità introdotte dalla Legge 54/2006. Affidamento condiviso ed eventuale doppia residenza del figlio”, en BELLANOVA, L., DE FILIPPIS, B., FIORILLO, L., GIANNATTASIO, F., MEA, R., MOLINARO, I., PALADINI, M., y SCARPA, A.: *L'assegnazione della casa coniugale nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, Milano, 2010.

MONDÉJAR PEÑA, M^a. I.: “Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo. Comentario a la STS de 4 de diciembre 2000 (RJ 2000, 10430)”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 8, 2002.

BIBLIOGRAFÍA

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

MORACE PINELLI, A.: *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, Giuffrè, Milano, 2001.

MORALEJO IMBERNÓN, N. I.:

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

- “Régimen jurídico de la vivienda familiar”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J. M^a. (coords.): *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2010.

MORENO NAVARRETE, M. Á.: “Comentario a la STS de 10 de octubre de 2011. Atribución del uso de la vivienda familiar en residencia distinta a la de la convivencia familiar durante el matrimonio”, *CCJC*, núm. 89, 2012.

MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L.:

- “¿Existe derecho, tras la separación o el divorcio, a continuar ocupando la vivienda familiar gratuitamente cedida por un tercero? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 20 de enero de 1999 (Ar. Civ. 215/99)”, *Revista Facultad de Derecho Univ. Gr.*, núm. 4, 2001.

- “La regulación de la ruptura del matrimonio y de las parejas de hecho”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4/2015.

MORENO VELASCO, V.:

- “Atribución del uso de inmuebles distintos de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de parejas de hecho”, *Diario La Ley*, Año XXX, núm. 7105, Sección Tribuna, 2 de febrero de 2009.

- “La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada en procedimientos de separación, nulidad y divorcio: aplicación práctica del art. 15 LAU”, *Diario La Ley*, Año XXVII, núm. 6562, Sección Doctrina, 3 de octubre de 2006.
- “La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores”, *Diario La Ley*, Año XXXIII, núm. 7843, Sección Tribuna, 23 de abril de 2012.
- “La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito”, *Diario La Ley*, Año XXVII, núm. 6503, Sección Doctrina, 13 de junio de 2006.

MORENO VELASCO, V. y GAUDET, J.: “La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y EE.UU.”, *Diario La Ley*, Año XXX, núm. 7179, Sección Tribuna, 21 de mayo de 2009.

MORO BONILLO, E.: “La convivencia con terceros en la vivienda familiar”, *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 63, 2014.

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

MURCIA QUINTANA, E.: *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (Artículo 1320 del C.c.)*, Civitas, Madrid, 2002.

MURILLAS ESCUDERO, J. M.: “Crisis conyugales: limitaciones de uso de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 705, 2008.

NAPOLITANO, L.: *L'affidamento dei minori nei giudizi di separazione e di divorzio*, G. Giappichelli, Torino, 2006.

NETO, A.: *Código Civil Anotado*, Ediforum, 18ª ed. revisada y actualizada, Lisboa, enero 2013.

BIBLIOGRAFÍA

OBERTO, G. (a cura di): *Gli aspetti di separazione e divorzio nella famiglia: profili sostanziali, processuali, di mediazione, di previdenza, di tutele con riferimento al coniuge debole e ai minori, le nuove frontiere del risarcimento del danno*, CEDAM, Assago, 2012.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, *Actualidad Civil*, núm. 19, semana 5-11 mayo 1986.

PADALINO, C.: *Modifica delle condizioni di separazione e divorzio*, G. Giappichelli, Torino, 2011.

PAGLIANI, G.: *Modifica delle condizioni di separazione e divorzio*, Giuffrè, Milano, 2013.

PANIZA FULLANA, A.:

- “Atribución del uso de la vivienda familiar «versus» derecho de propiedad (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2013)”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2014.

- “Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014)”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10/2015.

PANTALEÓN PRIETO, Á. F.: “La autorregulación de la unión libre”, *Poder Judicial*, núm. 4, 1986.

PANUCCIO DATTOLA, F.: “L’assegnazione della casa familiare”, en DE TILLA, M. y OPERAMOLLA, U. (a cura di): *Seminari di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005.

PÁRAMO DE SANTIAGO, C.: “Divorcio. Atribución del uso de la vivienda familiar (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de abril de 2014)”, *CEFLegal*, núm. 165, octubre 2014.

PASQUAU LIAÑO, M.: “Comentario al Artículo 15: Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario”, en DÍEZ NÚÑEZ, J. J. (dir.): *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Consejo General del Poder Judicial, Manuales de Formación Continuada, núm. 40, Madrid, 2007.

PASSINHAS, S.:

- “A atribuição do uso da casa de morada da família nos casos de divórcio em Portugal: contributo para um ‘aggiornamento’ interpretativo”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015.

- “L’attribuzione dell’uso della casa familiare in caso di divorzio in Portogallo: contributo per un aggiornamento interpretativo”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 4, Napoli, 2016.

PATTI, S. y ROSSI CARLEO, L. (a cura di):

- *L’affidamento condiviso*, Giuffrè, Milano, 2006.

- *Provvedimenti riguardo ai figli: art 155-155 sexies*, Zanichelli, Bologna, 2010.

PEREIRA COELHO, F. y DE OLIVEIRA, G.: *Curso de Direito da Família. Volume 1: Introdução Direito Matrimonial*, Coimbra Editora, 4ª ed., Coimbra, 2008.

BIBLIOGRAFÍA

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

PÉREZ UREÑA, A.: “Cesión gratuita de inmueble a familiares para su uso como vivienda familiar. Praxis judicial procesal y sustantiva”, *La Toga: Publicación del Colegio de Abogados de Sevilla*, núm. 165, agosto-octubre 2007.

PÉREZ-VILLAR APARICIO, R. (coord.): *Estudio de Derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, libro en pdf editado por Themis: Asociación de Mujeres Juristas, disponible para su descarga en <http://www.mujeresjuristasthemis.org/documentos-themis/category/12-custodia-compartida-themis>.

PERLINGIERI, P.:

- *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991.

- “La famiglia senza matrimonio tra l’irrelevanza giuridica e l’equiparazione alla famiglia legittima”, *Rass.dir. civ.*, 1988.

- *Profili istituzionali del Diritto Civile*, Edizione Scientifiche Italiane, 3ª ed., Napoli, 1994.

PETTA, C.:

- “La tutela del futuro assegnatario della casa familiare in prospettiva rimediale”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015.

- “La tutela del futuro assegnatario della casa familiare in prospettiva rimediale”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a

cura di): *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 4, Napoli, 2016.

PINAZO HERNANDIS, J.: “Las políticas de protección de menores en la Comunidad Valenciana y su organización administrativa”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 1, septiembre 2011.

PINI, M. (ed altri): *Il mantenimento per il coniuge e per i figli nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, Padova, 2013.

PINTO ANDRADE, C.: “La atribución judicial de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 30, mayo 2013.

PINTO FURTADO, J. H. DA C.: *Curso de Direito dos Arrendamentos Vinculísticos*, Almedina, Coimbra, 1984.

PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, J. DE M.: *Código Civil anotado*, Volume IV (Artigos 1576.º a 1795.º), Coimbra Editora, 2ª ed. revisada y actualizada, Coimbra, 1992.

PITÃO, F.: *Uniões de facto e economia comum*, Almedina, 3ª ed., Coimbra, 2011.

PLANES MORENO, Mª. D.:

- “La vivienda familiar”, en HIJAS FERNÁNDEZ, E. (coord.): *Los procesos de familia: una visión judicial. Compendio práctico de doctrina y jurisprudencia sobre los procesos de familia y menores*, Colex, 2ª ed., Madrid, 2009.

- “Uniones de hecho y relaciones paterno-filiales”, en HIJAS FERNÁNDEZ, E. (coord.): *Los procesos de familia: una visión judicial. Compendio práctico de doctrina y jurisprudencia sobre los procesos de familia y menores*, Colex, 2ª ed., Madrid, 2009.

BIBLIOGRAFÍA

PORCELLI, M^a.:

- “Figli minori e divieto di abbandono della casa familiare”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015.

- “Figli minori e divieto di abbandono della casa familiare”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 4, Napoli, 2016.

PUIG BLANES, F. DE P.:

“Art. 233-20. Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar”, en PUIG BLANES, F. DE P. y SOSPEDRA NAVAS, F. J. (coord.): *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo I (2^a ed.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.

“Art. 234-5. Pactos en previsión del cese de la convivencia”, en PUIG BLANES, F. DE P. y SOSPEDRA NAVAS, F. J. (coord.): *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo I (2^a ed.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.

- “Art. 234-8. Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar”, en PUIG BLANES, F. DE P. y SOSPEDRA NAVAS, F. J. (coord.): *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo I (2^a ed.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.

QUADRI, E.: “Assegnazione della casa coniugale e tutela del coniuge più debole”, *Nuova giur. civ. comm.*, I, 1992.

QUESADA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La vivienda familiar arrendada*, Cedecs, Barcelona, 1998.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “La igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres”, en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (coord. por F. DE P. BLASCO GASCÓ, M. E. CLEMENTE MEORO, F. J.

ORDUÑA MORENO, L. PRATS ALBENTOSA, R. VERDERA SERVER), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

RAMOS DE CARVALHO, F. D.: *A (Síndrome de) Alienação Parental e o exercício das responsabilidades parentais: algumas considerações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

RAMS ALBESA, J. J.:

- “Artículo 96 CC”, en RAMS ALBESA, J. J. y MORENO FLÓREZ, R. M^a. (coords.): *Comentarios al Código Civil II*, vol. 1º, Libro Primero (Títulos I a IV), J. M. Bosch, Barcelona, 2000.

- “Comentario a la Sentencia de 2 de diciembre de 1992”, *CCJC*, núm. 30, 1992.

- *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987.

REALE, D.: “Profili fiscali dell’assegnazione della casa «familiare» e diritto all’abitazione propria e della propria famiglia”, *Giur. merito*, fasc. 2, 2006.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Comentario a la STS de 10 de marzo de 1998”, *CCJC*, núm. 47, 1998.

ROBLEDO VILLAR, A.: “La *actio communi dividundo* ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por sentencia matrimonial”, *La Ley: Revista española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 1995.

ROCA TRÍAS, E.: “Art. 96 CC”, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., SALVADOR CODERCH, P. (dirs.): *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.

RODRÍGUEZ CEPEDA, E.: “Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario”, en PAU PEDRÓN, A. (coord.): *El nuevo arrendamiento urbano. Régimen*

BIBLIOGRAFÍA

civil y registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996.

RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G.:

- “La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710, 2008.

- “La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 2013.

- “La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el derecho de cosas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, 2013.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, F.: “Notas sobre la vivienda habitual de la familia (en turno de rectificación)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 553, 1982.

RODRÍGUEZ LORENZO GONZÁLEZ, J. A.: *Código Civil Anotado. Volume V: Direito da Família (artigos 1576.º a 2023.º)*, Quid Juris, 2014.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M^a. E.: *Obligaciones de los cónyuges tras el divorcio o la separación. Hipoteca sobre la vivienda familiar, pensión alimenticia y pensión compensatoria*, Tecnos, Madrid, 2012.

ROQUE, H.: “Os conceitos jurídicos indeterminados em Direito da Família e sua integração”, *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 2, núm. 4, 2005.

RUBIO TORRANO, E.:

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

- “Sobre el pago de cuotas de crédito hipotecario para vivienda familiar contratado por cónyuges antes del divorcio”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2011.

SALAZAR BORT, S.:

- “El uso de la vivienda familiar”, en LLOPIS GINER, J. M. (coord.): *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

- *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: amplio estudio jurisprudencial*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001.

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

SALITO, G.: “L’affidamento condiviso dei figli nella crisi della famiglia”, en STANZIONE, G. A. (a cura di): *La separazione. Il divorzio. L’affido condiviso*, G. Giappichelli, Torino, 2011.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: “Atribución del uso de la vivienda familiar”, *Actualidad Civil*, núm. 3, febrero 2006.

SANTINI, M. (a cura di): *I conflitti patrimoniali della separazione e del divorzio (con formulario). Nuova reversibilità della pensioni, contratti prematrimoniali, tutela del mantenimento*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2012.

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

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

SANZ ACOSTA, L.: “División material y adjudicación de la vivienda familiar en proceso matrimonial, al amparo del art. 96 del Código Civil. Análisis de la STS de 30 de abril de

BIBLIOGRAFÍA

2012”, *Actualidad Civil*, núm. 15-16, tomo 2, Sección “Fundamentos de Casación”, septiembre 2012.

SANZ COMPANY, R.: “La financiación de la compraventa de la vivienda familiar en contextos de crisis económica”, *Cuadernos de Derecho judicial*, núm. 1, 2009 (Ejemplar dedicado a: “El derecho privado en contextos de crisis”).

SCACCHI, A.: *I regimi patrimoniali della famiglia: questioni processuali*, Giuffrè, Milano, 2010.

SCARPA, A.:

- “Casa coniugale di proprietà di terzi concessa in locazione o comodato”, en BELLANOVA, L., DE FILIPPIS, B., FIORILLO, L., GIANNATTASIO, F., MEA, R., MOLINARO, I., PALADINI, M., y SCARPA, A.: *L’assegnazione della casa coniugale nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, Milano, 2010.

- “Casa in comproprietà tra i coniugi o di proprietà esclusiva del coniuge non assegnatario”, en BELLANOVA, L., DE FILIPPIS, B., FIORILLO, L., GIANNATTASIO, F., MEA, R., MOLINARO, I., PALADINI, M., y SCARPA, A.: *L’assegnazione della casa coniugale nella separazione e nel divorzio*, CEDAM, Milano, 2010.

SEISDEDOS MUIÑO, A.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 7/2015, del Parlamento Vasco”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015.

SERRANO GARCÍA, J. A.:

- “Artículo 81 CDFa”, en BAYOD LÓPEZ, M^a. DEL C., SERRANO GARCÍA, J. A. (coords.), y DELGADO ECHEVERRÍA, J. (dir.): *Comentarios al Código del Derecho foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2015.

- “Guarda y custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón”, en BAYOD LÓPEZ, M^a del C. y SERRANO GARCÍA, J. A. (coords.): *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar? Ponencias del Seminario que con el mismo título se celebró en la Institución «Fernando el Católico» de Zaragoza los días 30 y 31 de mayo de 2013*, Publicación número 3306 de la Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 2014.
- “La custodia individual como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida”, *RDCA: Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 18, 2012.

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

SIRENA, P.: “L’opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull’affidamento condiviso”, en *Riv. Dir. civ.*, 2011, I.

SOTTOMAYOR, M^a. C.: *Exercício do poder paternal: Relativamente à pessoa do filho após o divórcio ou a separação de pessoas e bens*, Publicações Universidade Católica, 2^a ed., Porto, 2003.

SPADAFORA, A.: “L’assegnazione della casa familiare nel progetto di legge n. 66”, *Dir. famiglia*, fasc. 2, 2005.

TAMAYO CARMONA, J. A.:

- “El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro”, *Rev. boliv. de derecho*, núm. 19, enero 2015.
- ¿Patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar?, *REDCV: Revista Electrónica de Derecho Civil Valenciano*, núm. 10, segundo semestre 2011 (disponible en <http://derehocivilvalenciano.com>).
- *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

TOMMASINI, R.:

BIBLIOGRAFÍA

- “I rapporti personali tra coniugi”, en AULETTA, T. (a cura di): *Famiglia e matrimonio* [dentro de la más amplia obra BESSONE, M. (dir.): *Trattato di Diritto privato*, Tomo IV: Il diritto di famiglia, I], G. Giappichelli, Torino, 2010.

- “La famiglia di fatto”, en AULETTA, T. (a cura di): *Famiglia e matrimonio* [dentro de la más amplia obra BESSONE, M. (dir.): *Trattato di Diritto privato*, Tomo IV: Il diritto di famiglia, I], G. Giappichelli, Torino, 2010.

TULLIO, L.:

- “Casa familiare e accordi tra i coniugi nella crisi della coppia”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015.

- “Casa familiare e accordi tra i coniugi nella crisi della coppia”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 4, Napoli, 2016.

UREÑA MARTÍNEZ, M.: “Comentario a la STS de 14 de abril de 2011 (RJ 2011, 3590). Atribución del uso y disfrute de la vivienda habitual al menor y al progenitor titular de la guarda única en defecto de acuerdo de los cónyuges”, *CCJC*, núm. 87, 2011.

UTRERA GUTIÉRREZ, J. L.: “1981-2011: treinta años divorciándonos”, *Diario La Ley*, Año XXXIII, núm. 7771, Sección Tribuna, 9 de enero de 2012.

VACIRCA, V.: “L’assegnazione della casa familiare nella separazione e nel divorzio. L’opponibilità del provvedimento di assegnazione al successivo acquirente dell’immobile e al proprietario-comodante”, *Riv. notariato*, fasc. 6, 2008.

VENDRELL FERRER, E.: “La vivienda familiar y su protección. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de octubre de 1986”, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1987.

VENTOSO ESCRIBANO, A.: “Algunos problemas registrales y notariales en las situaciones de conflicto del matrimonio”, en AA.VV.: *Actos conmemorativos del cincuentenario del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1986.

VERDERA IZQUIERDO, B.:

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

- “Incidencia en la modificación de medidas de la convivencia de un tercero en la vivienda familiar”, en CUENA CASAS, M., ANGUITA VILLANUEVA, L. A., y ORTEGA DOMÉNECH, J. (coords.): *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013.

VICENTE DÍAZ, M.: “Cuestiones sustantivas y procesales de los bienes gananciales en las crisis matrimoniales”, *Actualidad Civil*, núm. 5, febrero 1988.

VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “Las parejas de hecho y otras situaciones convivenciales no reguladas”, en BARRADA, R., GARRIDO, M., NASARRE, S. (coords.): *El nuevo Derecho de la persona y de la familia: Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Bosch, 2011.

VIÑAS MAESTRE, D.: “Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3/2012.

BIBLIOGRAFÍA

VIOLA DEMESTRE, I.: “Comentario a la Sentencia de 3 de diciembre de 2013. Atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio”, *CCJC*, núm. 95, 2014.

VIRGADAMO, P.:

- “Il comodato di casa familiare in Italia: un rapporto precario”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (coords.): *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015.

- “Il comodato di casa familiare: un rapporto precario”, en CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., FREZZA, G. y VIRGADAMO, P. (a cura di): *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizione Scientifiche Italiane, Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 4, Napoli, 2016.

- “Opponibilità ai terzi del provvedimento assegnativo della casa familiare e affidamento condiviso”, *Dir. Fam. pers.*, 2008.

ZACCARIA, A.: “Opponibilità e durata dell’assegnazione della casa familiare, dalla riforma del diritto di famiglia alla nuova legge sull’affidamento condiviso”, *Famiglia, Persone e Successioni*, núm. 10, octubre, 2006.

ZANÓN MASDEU, L.: *El divorcio en España: Ley de 7 de julio de 1981*, Acervo, Barcelona, 1981.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.:

- “Efectos de la extinción de la pareja de hecho: la vivienda familiar”, en O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. (dir.): *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho, Cuadernos de Derecho judicial*, núm. 20, 1997.

- *El uso de la vivienda familiar en las crisis familiares*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998.

- “La unión paramatrimonial y la vivienda familiar”, *Revista General de Derecho*, núm. 584, 1993.

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

ZUMAQUERO GIL, L.: “El ejercicio de la acción de división de la cosa común no extingue el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges sobre la vivienda familiar. Comentario a la STS de 27 de febrero de 2012 (RJ 2012, 3383)”, *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, núm. 32, septiembre-diciembre 2013.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

I. TRIBUNALES ESPAÑOLES.

Tribunal Constitucional:

- STC (Pleno) núm. 110/2016, de 9 de junio (JUR 2016, 138634).
- STC núm. 60/2014, de 5 de mayo (RTC 2014, 60).
- STC núm. 51/2014, de 7 de abril (RTC 2014, 51).
- STC (Pleno) núm. 40/2014, de 11 de marzo (RTC 2014, 40).
- STC (Pleno) núm. 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93).
- STC (Pleno) núm. 81/2013, de 11 de abril (RTC 2013, 81).
- STC (Pleno) núm. 185/2012, de 17 de octubre (RTC 2012, 85).
- STC (Pleno) núm. 116/1999, de 17 de junio (RTC 1999, 116).
- STC (Pleno) núm. 222/1992, de 11 de diciembre (RTC 1992, 222).
- STC (Pleno) núm. 38/1991, de 14 de febrero (RTC 1991, 38).
- STC (Pleno) núm. 35/1991, de 14 de febrero (RTC 1991, 35).
- STC (Pleno) núm. 31/1991, de 14 de febrero (RTC 1991, 31).
- STC (Pleno) núm. 30/1991, de 14 de febrero (RTC 1991, 30).
- STC (Pleno) núm. 29/1991, de 14 de febrero (RTC 1991, 29).
- STC (Pleno) núm. 184/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990, 184).
- STC núm. 135/1986, de 31 de octubre (RTC 1986, 135).

Tribunal Supremo:

- STS núm. 553/2016, de 20 de septiembre (JUR 2016, 204432).
- STS núm. 522/2016, de 21 de julio (RJ 2016, 3445).
- STS núm. 434/2016, de 27 de junio (RJ 2016, 2876).
- STS núm. 400/2016, de 15 de junio (RJ 2016, 2780).
- STS núm. 215/2016, de 6 de abril (RJ 2016, 1321).
- STS núm. 194/2016, de 29 de marzo (RJ 2016, 995).

- STS núm. 176/2016, de 17 de marzo (RJ 2016, 978).
- STS núm. 172/2016, de 17 de marzo (RJ 2016, 847).
- STS núm. 166/2016, de 17 de marzo (RJ 2016, 1131).
- STS núm. 138/2016, de 9 de marzo (RJ 2016, 972).
- STS núm. 133/2016, de 4 de marzo (RJ 2016, 1399).
- STS núm. 129/2016, de 3 de marzo (RJ 2016, 758).
- STS núm. 115/2016, de 1 de marzo (RJ 2016, 736).
- STS núm. 86/2016, de 19 de febrero (RJ 2016, 924).
- STS núm. 55/2016, de 11 de febrero (RJ 2016, 249).
- STS núm. 51/2016, de 11 de febrero (RJ 2016, 248).
- STS núm. 33/2016, de 4 de febrero (RJ 2016, 494).
- STS núm. 9/2016, de 28 de enero (RJ 2016, 370).
- STS núm. 753/2015, de 30 de diciembre (RJ 2015, 6239).
- STS núm. 658/2015, de 17 de noviembre (RJ 2015, 5392).
- STS núm. 596/2015, de 30 de octubre (RJ 2015, 5044).
- STS núm. 603/2015, de 28 de octubre (RJ 2015, 4785).
- STS núm. 585/2015, de 21 de octubre (RJ 2015, 4784).
- STS núm. 571/2015, de 14 de octubre (RJ 2015, 4746).
- STS núm. 465/2015, de 9 de septiembre (RJ 2015, 4179).
- STS núm. 449/2015, de 15 de julio (RJ 2015, 3004).
- STS núm. 448/2015, de 15 de julio (RJ 2015, 3597).
- STS de 30 de junio de 2015 (RJ 2015, 3894).
- STS núm. 390/2015, de 26 de junio (RJ 2015, 2658).
- STS de 23 de junio de 2015 (RJ 2015, 3878).
- STS núm. 372/2015, de 17 de junio (RJ 2015, 2532).
- STS núm. 315/2015, de 29 de mayo (RJ 2015, 2273).
- STS núm. 282/2015, de 18 de mayo (RJ 2015, 1919).
- STS de 12 de mayo de 2015 (RJ 2015, 4273).
- STS núm. 118/2015, de 6 de marzo (RJ 2015, 1104).
- STS núm. 96/2015, de 16 de febrero (RJ 2015, 564).
- STS núm. 52/2015, de 16 de febrero (RJ 2015, 553).
- STS de 9 de febrero de 2015 (RJ 2015, 1048).

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- STS núm. 5/2015, de 16 de enero (RJ 2015, 355).
- STS núm. 660/2014, de 28 de noviembre (RJ 2014, 6048).
- STS núm. 616/2014, de 18 de noviembre (RJ 2014, 5718).
- STS núm. 619/2014, de 30 de octubre (RJ 2014, 5268).
- STS núm. 593/2014, de 24 de octubre (RJ 2014, 5180).
- STS núm. 576/2014, de 22 de octubre (RJ 2014, 5023).
- STS núm. 566/2014, de 16 de octubre (RJ 2014, 5165).
- STS núm. 515/2015, de 15 de octubre de 2014 (RJ 2014, 4894).
- STS núm. 548/2014, de 14 de octubre (RJ 2014, 4729).
- STS de 22 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 6809).
- STS núm. 368/2014, de 2 de julio (RJ 2014, 4250).
- STS núm. 320/2014, de 16 de junio (RJ 2014, 3073).
- STS núm. 297/2014, de 2 de junio (RJ 2014, 2842).
- STS núm. 301/2014, de 29 de mayo (RJ 2014, 3889).
- STS núm. 200/2014, de 25 de abril (RJ 2014, 2651).
- STS núm. 181/2014, de 3 de abril (RJ 2014, 1950).
- STS núm. 72/2014, de 17 de febrero (RJ 2014, 918).
- STS núm. 762/2012, de 17 de diciembre de 2013 (RJ 2014, 74).
- STS núm. 761/2013, de 12 de diciembre (RJ 2013, 7838).
- STS núm. 777/2013, de 3 de diciembre (RJ 2013, 7834).
- STS núm. 757/2013, de 29 de noviembre (RJ 2013, 7449).
- STS núm. 758/2013, de 25 de noviembre (RJ 2013, 7873).
- STS núm. 726/2013, de 19 de noviembre (RJ 2013, 7447).
- STS núm. 707/2013, de 11 de noviembre (RJ 2013, 7262).
- STS núm. 614/2013, de 22 de octubre (RJ 2013, 6993).
- STS núm. 622/2013, de 17 de octubre (RJ 2013, 7255).
- STS núm. 495/2013, de 19 de julio (RJ 2013, 5002).
- STS núm. 257/2013, de 29 de abril (RJ 2013, 3269).
- STS núm. 247/2013, de 22 de abril (RJ 2013, 3495).
- STS núm. 206/2013, de 20 de marzo (RJ 2013, 4936).
- STS núm. 160/2013, de 14 de marzo (RJ 2013, 2420).
- STS núm. 5/2013, de 5 de febrero (RJ 2013, 1992).

- STS núm. 713/2012, de 26 de noviembre (RJ 2013, 186).
- STS núm. 700/2012, de 14 de noviembre (RJ 2012, 10432).
- STS núm. 671/2012, de 5 de noviembre (RJ 2012, 10135).
- STS núm. 499/2012, de 13 de julio (RJ 2012, 8358).
- STS núm. 386/2012, de 11 de junio (RJ 2012, 8848).
- STS núm. 340/2012, de 31 de mayo (RJ 2012, 6550).
- STS núm. 343/2012, de 30 de mayo (RJ 2012, 8352).
- STS núm. 304/2012, de 21 de mayo (RJ 2012, 6532).
- STS núm. 284/2012, de 9 de mayo (RJ 2012, 5137).
- STS núm. 262/2012, de 30 de abril (RJ 2012, 5235).
- STS núm. 257/2012, de 26 de abril (RJ 2012, 6102).
- STS núm. 183/2012, de 30 de marzo (RJ 2012, 4584).
- STS núm. 78/2012, de 27 de febrero (RJ 2012, 3383).
- STS núm. 695/2011, de 10 de octubre (RJ 2011, 6839).
- STS núm. 690/2011, de 6 de octubre (RJ 2011, 6708).
- STS núm. 642/2011, de 30 de septiembre (RJ 2011, 7387).
- STS (del Pleno) núm. 624/2011, de 5 de septiembre (RJ 2011, 5677).
- STS núm. 579/2011, de 22 de julio (RJ 2011, 5675).
- STS núm. 451/2011, de 21 de junio (RJ 2011, 7325).
- STS de 3 de mayo de 2011 (RJ 2011, 4507).
- STS núm. 299/2011, de 30 de abril (RJ 2011, 3724).
- STS núm. 236/2011, de 14 de abril (RJ 2011, 3590).
- STS núm. 221/2011, de 1 de abril (RJ 2011, 3139).
- STS núm. 191/2011, de 29 de marzo (RJ 2011, 3021).
- STS núm. 188/2011, de 28 de marzo (RJ 2011, 939).
- STS núm. 206/2011, de 24 de marzo (RJ 2011, 3007).
- STS núm. 178/2011, de 18 de marzo (RJ 2011, 935).
- STS núm. 40/2011, de 7 de febrero (RJ 2011, 1816).
- STS núm. 772/2010, de 22 de noviembre (RJ 2011, 936).
- STS núm. 753/2010, de 22 de noviembre (RJ 2010, 7989).
- STS núm. 727/2010, de 11 de noviembre (RJ 2010, 8048).
- STS núm. 584/2010, de 8 de octubre (RJ 2010, 7445).

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- STS de 20 de julio de 2010 (RJ 2010, 7278).
- STS núm. 443/2010, de 14 de julio (RJ 2010, 6041).
- STS núm. 498/2010, de 9 de julio (RJ 2010, 6031).
- STS núm. 333/2010, de 10 de junio (RJ 2010, 5387).
- STS núm. 78/2010, de 10 de marzo (RJ 2010, 2335).
- STS núm. 31/2010, de 4 de febrero (RJ 2010, 264).
- STS núm. 861/2009, de 18 de enero de 2010 (RJ 2010, 1274).
- STS núm. 859/2009, de 14 de enero de 2010 (RJ 2010, 2323).
- STS núm. 653/2009, de 22 de octubre (RJ 2009, 5704).
- STS núm. 474/2009, de 30 de junio (RJ 2009, 4244).
- STS núm. 253/2009, de 13 de abril (RJ 2009, 2895).
- STS núm. 220/2009, de 3 de abril (RJ 2009, 2806).
- STS núm. 1123/2008, de 3 de diciembre (RJ 2009, 524).
- STS núm. 1078/2008, de 14 de noviembre (RJ 2009, 393).
- STS núm. 1077/2008, de 13 de noviembre (RJ 2009, 5).
- STS núm. 991/2008, de 5 de noviembre (RJ 2009, 3).
- STS núm. 1037/2008, de 30 de octubre (RJ 2008, 6924).
- STS núm. 1036/2008, de 30 de octubre (RJ 2009, 403).
- STS núm. 1034/2008, de 30 de octubre (RJ 2008, 6925).
- STS núm. 1025/2008, de 29 de octubre (RJ 2008, 6923).
- STS núm. 910/2008, de 2 de octubre (RJ 2008, 5587).
- STS núm. 240/2008, de 27 de marzo (RJ 2008, 4062).
- STS núm. 723/2007, de 27 de junio (RJ 2007, 3865).
- STS núm. 1048/2006, de 19 de octubre (RJ 2006, 8976).
- STS núm. 455/2006, de 8 de mayo (RJ 2006, 2342).
- STS núm. 100/2006, de 10 de febrero (RJ 2006, 549).
- STS núm. 1022/2005, de 26 de diciembre (RJ 2006, 180).
- STS (Pleno) núm. 611/2005, de 12 de septiembre (RJ 2005, 7148).
- STS núm. 310/2004, de 22 de abril (RJ 2004, 2713).
- STS núm. 314/2003, de 28 de marzo (RJ 2003, 3040).
- STS núm. 5/2003, de 17 de enero (RJ 2003, 4).
- STS núm. 749/2002, de 16 de julio (RJ 2002, 6246).

- STS núm. 700/2001, de 5 de julio (RJ 2001, 4993).
- STS núm. 327/2001, de 27 de marzo (RJ 2001, 4770).
- STS núm. 8/2001, de 22 de enero (RJ 2001, 1678).
- STS núm. 1097/2000, de 4 de diciembre (RJ 2000, 9323).
- STS núm. 1131/1999, de 27 de diciembre (RJ 1999, 9493).
- STS núm. 1067/1998, de 23 de noviembre (RJ 1998, 8752).
- STS núm. 790/1998, de 23 de julio (RJ 1998, 6131).
- STS núm. 212/1998, de 10 de marzo (RJ 1998, 1272).
- STS núm. 975/1997, de 29 de octubre (RJ 1997, 7341).
- STS núm. 278/1997, de 4 abril (RJ 1997, 2636).
- STS de 4 de marzo de 1997 (RJ 1997, 1640).
- STS núm. 1085/1996, de 16 de diciembre (RJ 1996, 9020).
- STS núm. 1073/1995, de 16 de diciembre (RJ 1995, 9144).
- STS núm. 548/1995, de 9 de junio (RJ 1995, 4911).
- STS núm. 1199/1994, de 31 de diciembre (RJ 1994, 10330).
- STS núm. 1181/1994, de 30 de diciembre (RJ 1994, 10391).
- STS núm. 1075/1994, de 24 de noviembre (RJ 1994, 8946).
- STS núm. 948/1994, de 20 de octubre (RJ 1994, 7492).
- STS núm. 905/1994, de 18 de octubre (RJ 1994, 7722).
- STS núm. 715/1994, de 14 de julio (RJ 1994, 6439).
- STS núm. 536/1994, de 27 de mayo (RJ 1994, 3753).
- STS de 20 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3807).
- STS núm. 116/1993, de 18 de febrero (RJ 1993, 1246).
- STS núm. 1194/1992, de 22 de diciembre (RJ 1992, 10684).
- STS núm. 1149/1992, de 11 de diciembre (RJ 1992, 10136).
- STS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 9733).
- STS de 2 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10250).
- STS de 21 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8589).
- STS de 5 de junio de 1989 (RJ 1989, 4295).
- STS de 22 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6852).
- STS de 30 de octubre de 1986 (RJ 1986, 6017).
- STS de 17 de abril de 1986 (RJ 1986, 1857).

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- STS de 30 de noviembre de 1964 (RJ 1964, 5552).

Tribunales Superiores de Justicia:

Aragón:

- STSJ Aragón núm. 23/2015, de 2 de octubre (RJ 2015, 4641).
- STSJ Aragón núm. 6/2015, de 4 de febrero (RJ 2015, 427).
- STSJ Aragón núm. 33/2014, de 21 de octubre (RJ 2014, 6673).
- STSJ Aragón núm. 27/2014, de 18 de julio (RJ 2014, 4293).
- STSJ Aragón núm. 22/2014, de 11 de junio (RJ 2014, 3572).
- STSJ Aragón núm. 21/2014, de 6 de junio (RJ 2014, 3571).
- STSJ Aragón núm. 32/2013, de 11 de julio (RJ 2013, 5404).
- STSJ Aragón núm. 18/2013, de 25 de marzo (RJ 2013, 4174).
- STSJ Aragón núm. 1/2013, de 4 de enero (RJ 2013, 2884).

Cataluña:

- STSJ Cataluña núm. 38/2008, de 10 de noviembre (RJ 2009, 3142).

Madrid:

- STSJ Madrid núm. 497/2014, de 28 de mayo (AS 2014, 2650).

Audiencias Provinciales:

A Coruña:

- SAP A Coruña núm. 144/2016, de 15 de abril (JUR 2016, 116978).
- SAP A Coruña núm. 126/2016, de 12 de abril (JUR 2016, 119441).
- SAP A Coruña núm. 92/2016, de 15 de marzo (JUR 2016, 88605).

- SAP A Coruña núm. 12/2016, de 15 de enero (JUR 2016, 116980).
- SAP A Coruña núm. 11/2016, de 15 de enero (JUR 2016, 116241).
- SAP A Coruña núm. 389/2015, de 3 de diciembre (JUR 2015, 308436).
- SAP A Coruña núm. 336/2015, de 28 de octubre (JUR 2015, 273925).
- SAP A Coruña núm. 363/2015, de 26 de octubre (JUR 2015, 288827).
- SAP A Coruña núm. 381/2015, de 23 de octubre (JUR 2015, 289208).
- SAP A Coruña núm. 248/2015, de 16 de julio (JUR 2015, 211414).
- SAP A Coruña núm. 261/2015, de 14 de julio (JUR 2015, 210521).
- SAP A Coruña núm. 151/2015, de 14 de mayo (JUR 2015, 143024).
- SAP A Coruña núm. 128/2015, de 22 de abril (JUR 2015, 129679).
- SAP A Coruña núm. 111/2015, de 7 de abril (JUR 2015, 126065).
- SAP A Coruña núm. 401/2014, de 15 de diciembre (JUR 2015, 46608).
- SAP A Coruña núm. 332/2014, de 27 de octubre (JUR 2015, 46041).
- SAP A Coruña núm. 297/2014, de 10 de octubre (JUR 2014, 273283).
- SAP A Coruña núm. 231/2014, de 11 de julio (JUR 2014, 217668).
- SAP A Coruña núm. 251/2014, de 10 de julio (JUR 2014, 218532).
- SAP A Coruña núm. 164/2014, de 25 de junio (JUR 2014, 220763).
- SAP A Coruña núm. 186/2014, de 5 de junio (JUR 2014, 217761).
- SAP A Coruña núm. 95/2014, de 24 de marzo (JUR 2014, 111030).
- SAP A Coruña núm. 9/2014, de 23 de enero (JUR 2014, 47400).
- SAP A Coruña núm. 56/2013, de 6 de marzo (JUR 2013, 141251).
- SAP A Coruña núm. 19/2013, de 23 de enero (JUR 2013, 59342).
- SAP A Coruña núm. 418/2012, de 19 de octubre (JUR 2012, 369394).
- SAP A Coruña núm. 218/2012, de 24 de septiembre (JUR 2013, 33744).
- SAP A Coruña núm. 234/2012, de 7 de mayo (JUR 2012, 183539).
- SAP A Coruña núm. 527/2010, de 28 de diciembre (AC 2011, 803).
- SAP A Coruña núm. 487/2010, de 9 de diciembre (JUR 2011, 54617).
- SAP A Coruña núm. 355/2010, de 16 de septiembre (JUR 2010, 354954).
- SAP A Coruña núm. 12/2010, de 21 de enero (JUR 2010, 114070).
- SAP A Coruña núm. 282/2009, de 10 de junio (JUR 2009, 301731).
- SAP A Coruña núm. 226/2002, de 10 de junio (AC 2002, 1310).
- SAP A Coruña de 9 de marzo de 1999 (AC 1999, 3948).

Álava:

- SAP Álava núm. 62/2016, de 24 de febrero (JUR 2016, 79416).
- SAP Álava núm. 61/2016, de 24 de febrero (JUR 2016, 79328).
- SAP Álava núm. 463/2015, de 2 de diciembre (JUR 2016, 60897).
- SAP Álava núm. 402/2015, de 30 de octubre (JUR 2015, 298534).
- SAP Álava núm. 224/2015, de 26 de junio (JUR 2015, 206851).
- SAP Álava núm. 79/2015, de 17 de marzo (JUR 2015, 127762).
- SAP Álava núm. 49/2015, de 25 de febrero (JUR 2015, 102953).
- SAP Álava núm. 34/2015, de 17 de febrero (JUR 2015, 103289).
- SAP Álava núm. 316/2014, de 12 de diciembre (JUR 2015, 62911).
- SAP Álava núm. 242/2014, de 10 de octubre (JUR 2015, 13649).
- SAP Álava núm. 207/2014, de 8 de septiembre (JUR 2014, 298921).
- SAP Álava núm. 162/2014, de 27 de junio (JUR 2014, 246153).
- SAP Álava núm. 58/2012, de 16 de febrero (JUR 2012, 185814).
- SAP Álava núm. 54/2001, de 8 de marzo (AC 2001, 785).

Albacete:

- SAP Albacete núm. 180/2016, de 22 de abril (JUR 2016, 111690).
- SAP Albacete núm. 142/2016, de 1 de abril (JUR 2016, 87656).
- SAP Albacete núm. 376/2015, de 23 de diciembre (JUR 2016, 30309).
- SAP Albacete núm. 251/2015, de 13 de octubre (JUR 2015, 248211).
- SAP Albacete núm. 166/2008, de 20 de octubre (JUR 2009, 122350).
- SAP Albacete núm. 177/2007, de 12 de diciembre (JUR 2008, 101505).

Alicante:

- SAP Alicante núm. 58/2016, de 10 de febrero (JUR 2016, 142339).
- SAP Alicante núm. 389/2015, de 10 de diciembre (JUR 2016, 131757).
- SAP Alicante núm. 331/2015, de 22 de septiembre (JUR 2016, 127431).

- SAP Alicante núm. 322/2015, de 18 de septiembre (JUR 2016, 126952).
- SAP Alicante núm. 261/2015, de 16 de julio (JUR 2015, 270825).
- SAP Alicante núm. 268/2015, de 8 de julio (JUR 2015, 271005).
- SAP Alicante núm. 116/2015, de 3 de junio (JUR 2015, 224227).
- SAP Alicante núm. 177/2015, de 22 de mayo (JUR 2015, 271507).
- SAP Alicante núm. 162/2015, de 5 de mayo (JUR 2015, 167919).
- SAP Alicante núm. 160/2015, de 5 de mayo (JUR 2015, 167330).
- SAP Alicante núm. 73/2015, de 21 de abril (JUR 2015, 167446).
- SAP Alicante núm. 83/2015, de 2 de marzo (JUR 2015, 123832).
- SAP Alicante núm. 547/2014, de 26 de noviembre (JUR 2015, 75793).
- SAP Alicante núm. 233/2014, de 10 de julio (JUR 2015, 52617).
- SAP Alicante núm. 355/2014, de 8 de julio (JUR 2014, 254468).
- SAP Alicante núm. 214/2014, de 3 de julio (JUR 2015, 53891).
- SAP Alicante núm. 219/2014, de 29 de abril (JUR 2014, 199004).
- SAP Alicante núm. 133/2014, de 15 de abril (JUR 2014, 254182).
- SAP Alicante núm. 130/2014, de 11 de abril (JUR 2014, 254024).
- SAP Alicante núm. 95/2014, de 25 de marzo (JUR 2014, 253856).
- SAP Alicante núm. 79/2014, de 7 de marzo (JUR 2014, 253939).
- SAP Alicante núm. 67/2014, de 4 de marzo (JUR 2014, 251031).
- SAP Alicante núm. 31/2014, de 30 de enero (JUR 2014, 119198).
- SAP Alicante núm. 651/2013, de 18 de diciembre (JUR 2014, 78213).
- SAP Alicante núm. 388/2013, de 7 de noviembre (JUR 2014, 182261).
- SAP Alicante núm. 368/2013, de 24 de octubre (JUR 2014, 7477).
- SAP Alicante núm. 345/2013, de 20 de septiembre (JUR 2013, 351168).
- SAP Alicante núm. 318/2013, de 19 de julio (JUR 2013, 350222).
- SAP Alicante núm. 309/2013, de 16 de julio (JUR 2013, 350221).
- SAP Alicante núm. 308/2013, de 16 de julio (JUR 2013, 350220).
- SAP Alicante núm. 302/2013, de 3 de junio (JUR 2013, 267023).
- SAP Alicante núm. 116/2013, de 15 de marzo (JUR 2013, 201492).
- SAP Alicante núm. 81/2013, de 28 de febrero (JUR 2013, 201488).
- SAP Alicante núm. 67/2013, de 7 de febrero (JUR 2013, 185622).
- SAP Alicante núm. 569/2012, de 5 de diciembre (JUR 2013, 116336).

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- SAP Alicante núm. 428/2012, de 2 de noviembre (JUR 2013, 109570).
- SAP Alicante núm. 515/2012, de 18 de septiembre (JUR 2012, 368684).
- SAP Alicante núm. 241/2012, de 24 de abril (JUR 2012, 226411).
- SAP Alicante núm. 71/2012, de 16 de febrero (JUR 2012, 223344).
- SAP Alicante núm. 111/2011, de 7 de marzo (JUR 2011, 191527).
- SAP Alicante núm. 63/2011, de 10 de febrero (AC 2011, 835).
- SAP Alicante núm. 47/2011, de 7 de febrero (JUR 2011, 161575).
- SAP Alicante núm. 393/2010, de 7 de octubre (JUR 2011, 23707).
- SAP Alicante núm. 296/2010, de 29 de septiembre (JUR 2011, 24770).
- SAP Alicante núm. 251/2010, de 8 de julio (JUR 2010, 397006).
- SAP Alicante núm. 117/2010, de 25 de marzo (JUR 2010, 391120).
- SAP Alicante núm. 16/2009, de 21 de enero de 2010 (JUR 2010, 113936).
- SAP Alicante núm. 223/2009, de 7 de abril (JUR 2009, 259030).
- SAP Alicante núm. 16/2009, de 21 de enero (JUR 2010, 113936).
- SAP Alicante núm. 298/2007, de 28 de junio (JUR 2008, 236987).
- SAP Alicante núm. 83/2005, de 18 de febrero (AC 2005, 415).
- SAP Alicante núm. 648/2003, de 20 de noviembre (JUR 2004, 50617).
- SAP Alicante núm. 278/2002, de 31 de mayo (JUR 2002, 200769).
- SAP Alicante núm. 289/2002, de 15 de mayo (JUR 2002, 188796).
- SAP Alicante núm. 545/2001, de 30 de octubre (JUR 2001, 333133).
- SAP Alicante núm. 543/2001, de 29 de octubre (JUR 2001, 332951).

Almería:

- SAP Almería núm. 121/2015, de 14 de abril (JUR 2015, 168878).
- SAP Almería núm. 145/2015, de 10 de abril (JUR 2015, 169002).
- SAP Almería núm. 95/2015, de 11 de marzo (JUR 2015, 168225).
- SAP Almería núm. 237/2014, de 18 de septiembre (JUR 2015, 168986).
- SAP Almería núm. 204/2014, de 23 de julio (JUR 2014, 276230).
- SAP Almería núm. 175/2014, de 30 de junio (JUR 2014, 202945).
- SAP Almería núm. 164/2014, de 19 de junio (JUR 2014, 202884).
- SAP Almería núm. 144/2014, de 3 de junio (JUR 2014, 203938).

- SAP Almería núm. 187/2013, de 9 de septiembre (JUR 2013, 374367).
- SAP Almería núm. 117/2013, de 3 de mayo (JUR 2013, 285326).
- SAP Almería núm. 176/2012, de 19 de septiembre (JUR 2013, 133238).
- SAP Almería núm. 129/2012, de 22 de junio (JUR 2013, 134412).
- SAP Almería núm. 59/2007, de 19 de marzo (AC 2007, 505).
- SAP Almería núm. 139/2002, de 13 de junio (JUR 2002, 228497).
- SAP Almería de 29 de junio de 1994 (AC 1994, 1090).

Asturias:

- SAP Asturias núm. 155/2016, de 27 de abril (JUR 2016, 120235).
- SAP Asturias núm. 119/2016, de 18 de abril (JUR 2016, 118896).
- SAP Asturias núm. 116/2016, de 18 de abril (JUR 2016, 119322).
- SAP Asturias núm. 162/2016, de 14 de abril (JUR 2016, 119775).
- SAP Asturias núm. 132/2016, de 13 de abril (JUR 2016, 118180).
- SAP Asturias núm. 102/2016, de 5 de abril (JUR 2016, 118289).
- SAP Asturias núm. 101/2016, de 5 de abril (JUR 2016, 118044).
- SAP Asturias núm. 100/2016, de 16 de marzo (JUR 2016, 91028).
- SAP Asturias núm. 39/2016, de 11 de febrero (JUR 2016, 56661).
- SAP Asturias núm. 14/2016, de 21 de enero (JUR 2016, 40240).
- SAP Asturias núm. 3/2016, de 18 de enero (JUR 2016, 32641).
- SAP Asturias núm. 12/2016, de 15 de enero (JUR 2016, 40056).
- SAP Asturias núm. 488/2015, de 18 de diciembre (JUR 2016, 32856).
- SAP Asturias núm. 346/2015, de 23 de noviembre (JUR 2015, 302317).
- SAP Asturias núm. 427/2015, de 20 de noviembre (JUR 2015, 306015).
- SAP Asturias núm. 296/2015, de 26 de octubre (JUR 2015, 258956).
- SAP Asturias núm. 294/2015, de 26 de octubre (JUR 2015, 258600).
- SAP Asturias núm. 279/2015, de 13 de octubre (JUR 2015, 249306).
- SAP Asturias núm. 267/2015, de 5 de octubre (JUR 2015, 249638).
- SAP Asturias núm. 275/2015, de 2 de octubre (JUR 2015, 249079).
- SAP Asturias núm. 309/2015, de 25 de septiembre (JUR 2015, 243053).
- SAP Asturias núm. 229/2015, de 16 de septiembre (JUR 2015, 247439).

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- SAP Asturias núm. 242/2015, de 14 de septiembre (JUR 2015, 248975).
- SAP Asturias núm. 282/2015, de 31 de julio (JUR 2015, 233703).
- SAP Asturias núm. 217/2015, de 23 de julio (JUR 2015, 246150).
- SAP Asturias núm. 193/2015, de 1 de julio (JUR 2015, 249178).
- SAP Asturias núm. 192/2015, de 26 de mayo (JUR 2015, 147613).
- SAP Asturias núm. 137/2015, de 20 de mayo (JUR 2015, 163469).
- SAP Asturias núm. 114/2015, de 4 de mayo (JUR 2015, 130642).
- SAP Asturias núm. 102/2015, de 20 de abril (JUR 2015, 126789).
- SAP Asturias núm. 47/2015, de 23 de febrero (JUR 2015, 94222).
- SAP Asturias núm. 251/2014, de 20 de octubre (JUR 2015, 5669).
- SAP Asturias núm. 230/2014, de 25 de septiembre (JUR 2014, 278137).
- SAP Asturias núm. 219/2014, de 16 de septiembre (JUR 2014, 252853).
- SAP Asturias núm. 121/2014, de 26 de mayo (JUR 2014, 180302).
- SAP Asturias núm. 98/2014, de 7 de abril (JUR 2014, 126802).
- SAP Asturias núm. 308/2013, de 27 de noviembre (JUR 2014, 11126).
- SAP Asturias núm. 114/2013, de 25 de marzo (JUR 2013, 161363).
- SAP Asturias núm. 446/2012, de 3 de diciembre (AC 2012, 2277).
- SAP Asturias núm. 398/2012, de 27 de julio (JUR 2012, 295935).
- SAP Asturias núm. 281/2012, de 2 de julio (JUR 2012, 275563).
- SAP Asturias núm. 257/2012, de 21 de junio (AC 2012, 524).
- SAP Asturias núm. 277/2012, de 1 de junio (JUR 2013, 298443).
- SAP Asturias núm. 222/2012, de 23 de mayo (JUR 2012, 203575).
- SAP Asturias núm. 436/2011, de 16 de noviembre (JUR 2011, 417243).
- SAP Asturias núm. 351/2011, de 7 de octubre (JUR 2011, 424722).
- SAP Asturias núm. 69/2011, de 23 de febrero (JUR 2011, 158283).
- SAP Asturias núm. 4/2009, de 13 de enero (JUR 2009, 240019).
- SAP Asturias núm. 371/2007, de 15 de octubre (JUR 2008, 79024).
- SAP Asturias núm. 377/2007, de 24 de julio (JUR 2008, 16506).
- SAP Asturias núm. 197/2007, de 27 de abril (JUR 2007, 296632).
- SAP Asturias núm. 328/2005, de 29 de septiembre (JUR 2005, 236494).
- SAP Asturias núm. 374/2004, de 20 de julio (AC 2004, 2013).
- SAP Asturias núm. 216/2004, de 17 de junio (JUR 2004, 185287).

- SAP Asturias núm. 162/2004, de 3 de mayo (JUR 2004, 190185).
- SAP Asturias núm. 212/2003, de 13 de mayo (JUR 2003, 232632).
- SAP Asturias núm. 222/2003, de 12 de mayo (JUR 2003, 232580).
- SAP Asturias núm. 339/2001, de 26 de junio (AC 2001, 2380).
- SAP Asturias núm. 85/2001, de 26 de febrero (JUR 2001, 126883).
- SAP Asturias núm. 351/2000, de 11 de diciembre (JUR 2001, 119978).
- SAP Asturias núm. 271/2000, de 8 de mayo (AC 2000, 1164).
- SAP Asturias núm. 114/2000, de 14 de marzo (AC 2000, 1147).
- SAP Asturias núm. 214/1998, de 29 de abril (AC 1998, 4472).

Ávila:

- SAP Ávila núm. 300/2015, de 11 de noviembre (JUR 2016, 16315).

Badajoz:

- SAP Badajoz núm. 74/2016, de 5 de abril (JUR 2016, 151713).

Barcelona:

- SAP Barcelona núm. 63/2016, de 1 de febrero (JUR 2016, 70866).
- SAP Barcelona núm. 920/2015, de 10 de diciembre (JUR 2016, 21147).
- SAP Barcelona núm. 708/2015, de 3 de noviembre (JUR 2016, 10076).
- SAP Barcelona núm. 632/2015, de 1 de octubre (JUR 2015, 282102).
- SAP Barcelona núm. 572/2015, de 22 de julio (JUR 2015, 227219).
- SAP Barcelona núm. 557/2015, de 20 de julio (JUR 2015, 228197).
- SAP Barcelona núm. 509/2015, de 15 de julio (JUR 2015, 233753).
- SAP Barcelona núm. 239/2015, de 27 de mayo (JUR 2015, 229779).
- SAP Barcelona núm. 338/2015, de 12 de mayo (JUR 2015, 188788).
- SAP Barcelona núm. 328/2015, de 7 de mayo (JUR 2015, 164638).
- SAP Barcelona núm. 302/2015, de 7 de mayo (JUR 2015, 186500).
- SAP Barcelona núm. 195/2015, de 31 de marzo (JUR 2015, 156673).

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- SAP Barcelona núm. 866/2014, de 22 de diciembre (JUR 2015, 76946).
- SAP Barcelona núm. 823/2014, de 10 de diciembre (JUR 2015, 65353).
- SAP Barcelona núm. 747/2014, de 28 de noviembre (JUR 2015, 34488).
- SAP Barcelona núm. 724/2014, de 25 de noviembre (JUR 2015, 34970).
- SAP Barcelona núm. 660/2014, de 28 de octubre (JUR 2015, 21649).
- SAP Barcelona núm. 648/2014, de 23 de octubre (JUR 2015, 10712).
- SAP Barcelona núm. 651/2014, de 6 de octubre (JUR 2014, 295509).
- SAP Barcelona núm. 621/2014, de 17 de septiembre (JUR 2014, 268654).
- SAP Barcelona núm. 513/2014, de 11 de julio (JUR 2014, 234391).
- SAP Barcelona núm. 354/2014, de 21 de mayo (JUR 2014, 228725).
- SAP Barcelona núm. 283/2014, de 29 de abril (JUR 2014, 134683).
- SAP Barcelona núm. 261/2014, de 14 de abril (JUR 2014, 227428).
- SAP Barcelona núm. 264/2014, de 9 de abril (AC 2014, 689).
- SAP Barcelona núm. 219/2014, de 27 de marzo (JUR 2014, 134989).
- SAP Barcelona núm. 212/2014, de 26 de marzo (JUR 2014, 135522).
- SAP Barcelona núm. 208/2014, de 25 de marzo (JUR 2014, 134986).
- SAP Barcelona núm. 127/2014, de 20 de febrero (JUR 2014, 85012).
- SAP Barcelona núm. 118/2014, de 18 de febrero (JUR 2014, 84875).
- SAP Barcelona núm. 99/2014, de 13 de febrero (JUR 2014, 84569).
- SAP Barcelona núm. 90/2014, de 11 de febrero (JUR 2014, 84876).
- SAP Barcelona núm. 284/2013, de 30 de abril (JUR 2013, 219345).
- SAP Barcelona núm. 103/2013, de 12 de febrero (JUR 2013, 127699).
- SAP Barcelona núm. 766/2012, de 18 de diciembre (JUR 2013, 111271).
- SAP Barcelona núm. 657/2012, de 10 de octubre (AC 2012, 1987).
- SAP Barcelona núm. 553/2012, de 18 de septiembre (JUR 2012, 347961).
- SAP Barcelona núm. 271/2012, de 13 de abril (JUR 2012, 180381).
- SAP Barcelona núm. 167/2012, de 26 de marzo (JUR 2012, 148901).
- SAP Barcelona núm. 77/2012, de 21 de febrero (JUR 2012, 102398).
- SAP Barcelona núm. 678/2011, de 23 de diciembre (JUR 2012, 113841).
- SAP Barcelona núm. 336/2011, de 24 de mayo (JUR 2011, 293241).
- SAP Barcelona núm. 83/2011, de 16 de febrero (JUR 2011, 145346).
- SAP Barcelona núm. 79/2010, de 11 de febrero (JUR 2010, 147144).

- SAP Barcelona núm. 20/2010, de 21 de enero (JUR 2010, 105317).
- SAP Barcelona núm. 680/2009, de 15 de diciembre (JUR 2010, 117176).
- SAP Barcelona núm. 666/2009, de 4 de diciembre (JUR 2010, 117862).
- SAP Barcelona núm. 522/2009, de 30 de septiembre (AC 2009, 2116).
- SAP Barcelona núm. 150/2009, de 17 de marzo (JUR 2009, 379147).
- SAP Barcelona núm. 369/2008, de 29 de mayo (JUR 2008, 204408).
- SAP Barcelona núm. 368/2008, de 29 de mayo (JUR 2008, 266788).
- SAP Barcelona núm. 215/2008, de 15 de abril (JUR 2008, 188377).
- SAP Barcelona núm. 232/2008, de 3 de abril (JUR 2008, 180859).
- SAP Barcelona núm. 279/2007, de 7 de junio (JUR 2007, 293842).
- SAP Barcelona núm. 212/2007, de 4 de mayo (JUR 2007, 270035).
- SAP Barcelona núm. 120/2007, de 14 de febrero (JUR 2007, 204823).
- SAP Barcelona núm. 602/2006, de 21 de diciembre (JUR 2007, 139318).
- SAP Barcelona núm. 531/2006, de 27 de septiembre (JUR 2007, 134595).
- SAP Barcelona núm. 565/2006, de 22 de septiembre (JUR 2006, 106348).
- SAP Barcelona núm. 82/2006, de 14 de febrero (JUR 2006, 111701).
- SAP Barcelona núm. 696/2005, de 9 de noviembre (JUR 2006, 58451).
- SAP Barcelona núm. 557/2005, de 6 de septiembre (JUR 2006, 47080).
- SAP Barcelona núm. 459/2005, de 5 de julio (JUR 2006, 222910).
- SAP Barcelona núm. 143/2005, de 8 de marzo (JUR 2005, 119833).
- SAP Barcelona núm. 623/2004, de 29 de diciembre (JUR 2005, 60298).
- SAP Barcelona núm. 785/2004, de 22 de diciembre (JUR 2005, 33733).
- SAP Barcelona núm. 826/2004, de 9 de diciembre (JUR 2005, 34808).
- SAP Barcelona núm. 502/2004, de 29 de junio (JUR 2004, 207777).
- SAP Barcelona núm. 206/2004, de 31 de marzo (JUR 2004, 121997).
- SAP Barcelona de 3 de marzo de 2003 (JUR 2003, 196943).
- SAP Barcelona de 17 de enero de 2003 (JUR 2003, 140517).
- SAP Barcelona de 15 de octubre de 2002 (JUR 2003, 164854).
- SAP Barcelona de 31 de julio de 2002 (JUR 2002, 271369).
- SAP Barcelona de 26 de febrero de 2002 (JUR 2002, 149536).
- SAP Barcelona de 8 de febrero de 2002 (JUR 2002, 135421).
- SAP Barcelona de 19 de noviembre de 2001 (JUR 2002, 21259).

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- SAP Barcelona de 25 de septiembre de 2001 (JUR 2002, 4032).
- SAP Barcelona de 19 de junio de 2001 (JUR 2001, 285852).
- SAP Barcelona de 5 de junio de 2001 (JUR 2001, 246666).
- SAP Barcelona de 13 de marzo de 2001 (JUR 2001, 177575).
- SAP Barcelona de 8 de marzo de 2001 (JUR 2001, 160).
- SAP Barcelona de 16 de enero de 2001 (JUR 2001, 114468).
- SAP Barcelona de 29 de diciembre de 2000 (JUR 2001, 113158).
- SAP Barcelona de 21 de noviembre de 2000 (JUR 2001, 62709).
- SAP Barcelona de 13 de octubre de 2000 (JUR 2001, 89).
- SAP Barcelona de 15 de septiembre de 2000 (JUR 2000, 308208).
- SAP Barcelona de 5 de junio de 2000 (JUR 2000, 293034).
- SAP Barcelona de 9 de mayo de 2000 (JUR 2000, 211017).
- SAP Barcelona de 5 de mayo de 2000 (JUR 2000, 210394).
- SAP Barcelona de 10 de febrero de 2000 (AC 2000, 317).
- SAP Barcelona núm. 4/2000, de 19 de enero (JUR 2000, 142511).
- SAP Barcelona núm. 40/2000, de 17 de enero (JUR 2000, 142509).
- SAP Barcelona de 19 de enero de 1999 (AC 1999, 2657).
- SAP Barcelona de 17 de enero de 1999 (AC 1999, 3145).
- SAP Barcelona de 24 de diciembre de 1998 (AC 1998, 8641).
- SAP Barcelona de 3 de marzo de 1998 (AC 1998, 469).
- SAP Barcelona de 8 de septiembre de 1997 (AC 1997, 1914).
- SAP Barcelona de 12 de mayo de 1993 (AC 1993, 1181).

Burgos:

- SAP Burgos núm. 150/2016, de 8 de abril (JUR 2016, 106705).
- SAP Burgos núm. 250/2015, de 7 de octubre (JUR 2015, 248124).
- SAP Burgos núm. 94/2015, de 20 de marzo (JUR 2015, 126013).
- SAP Burgos núm. 105/2014, de 30 de abril (JUR 2014, 180370).
- SAP Burgos núm. 41/2014, de 18 de febrero (JUR 2014, 88695).
- SAP Burgos núm. 453/2012, de 11 de diciembre (JUR 2013, 33574).
- SAP Burgos núm. 396/2012, de 30 de octubre (JUR 2013, 5542).

- SAP Burgos núm. 390/2012, de 25 de octubre (JUR 2012, 402934).
- SAP Burgos núm. 311/2012, de 19 de julio (JUR 2012, 316365).
- SAP Burgos núm. 190/2012, de 26 de abril (JUR 2012, 278537).
- SAP Burgos núm. 79/2012, de 24 de febrero (JUR 2012, 156551).
- SAP Burgos núm. 464/2011, de 2 de diciembre (JUR 2011, 440685).
- SAP Burgos núm. 57/2011, de 7 de febrero (JUR 2011, 116206).
- SAP Burgos núm. 510/2010, de 23 de noviembre (JUR 2011, 46786).
- SAP Burgos núm. 367/2010, de 30 de julio (JUR 2010, 327825).
- SAP Burgos núm. 285/2010, de 15 de junio (JUR 2010, 249660).
- SAP Burgos núm. 254/2007, de 19 de junio (JUR 2007, 365964).
- SAP Burgos núm. 65/2002, de 6 de febrero (JUR 2002, 113128).
- SAP Burgos núm. 564/2001, de 13 de noviembre (AC 2002, 115).

Cáceres:

- SAP Cáceres núm. 110/2016, de 3 de marzo (JUR 2016, 78158).
- SAP Cáceres núm. 75/2016, de 18 de febrero (JUR 2016, 65220).
- SAP Cáceres núm. 15/2016, de 18 de enero (JUR 2016, 31806).
- SAP Cáceres núm. 250/2015, de 14 de septiembre (JUR 2015, 227232).
- SAP Cáceres núm. 185/2015, de 17 de junio (JUR 2015, 174881).
- SAP Cáceres núm. 169/2015, de 1 de junio (JUR 2015, 161015).
- SAP Cáceres núm. 158/2015, de 25 de mayo (JUR 2015, 149102).
- SAP Cáceres núm. 81/2015, de 23 de marzo (JUR 2015, 105834).
- SAP Cáceres núm. 70/2015, de 12 de marzo (JUR 2015, 98701).
- SAP Cáceres núm. 55/2015, de 2 de marzo (JUR 2015, 94662).
- SAP Cáceres núm. 304/2014, de 9 de diciembre (JUR 2015, 47377).
- SAP Cáceres núm. 272/2014, de 31 de octubre (JUR 2015, 47379).
- SAP Cáceres núm. 242/2014, de 14 de octubre (JUR 2015, 9589).
- SAP Cáceres núm. 238/2014, de 10 de octubre (JUR 2015, 9398).
- SAP Cáceres núm. 95/2014, de 7 de abril (JUR 2014, 118696).
- SAP Cáceres núm. 202/2013, de 11 de julio (JUR 2013, 266747).
- SAP Cáceres núm. 245/2012, de 2 de mayo (JUR 2012, 238052).

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- SAP Cáceres núm. 119/2009, de 13 de marzo (JUR 2009, 141822).
- SAP Cáceres núm. 64/2009, de 12 de febrero (JUR 2009, 190641).

Cádiz:

- SAP Cádiz núm. 164/2016, de 11 de abril (JUR 2016, 151609).
- SAP Cádiz núm. 80/2016, de 22 de febrero (JUR 2016, 110757).
- SAP Cádiz núm. 461/2015, de 16 de octubre (JUR 2016, 11171).
- SAP Cádiz núm. 431/2015, de 15 de octubre (JUR 2016, 11038).
- SAP Cádiz núm. 326/2015, de 9 de julio (JUR 2015, 229386).
- SAP Cádiz núm. 307/2015, de 29 de junio (JUR 2015, 193302).
- SAP Cádiz núm. 294/2015, de 19 de junio (JUR 2015, 196315).
- SAP Cádiz núm. 205/2015, de 4 de mayo (JUR 2015, 169262).
- SAP Cádiz núm. 186/2015, de 4 de mayo (JUR 2015, 169450).
- SAP Cádiz núm. 187/2015, de 24 de abril (JUR 2015, 138986).
- SAP Cádiz núm. 105/2015, de 6 de marzo (JUR 2015, 126916).
- SAP Cádiz núm. 142/2015, de 2 de marzo (JUR 2015, 126910).
- SAP Cádiz núm. 86/2015, de 24 de febrero (JUR 2015, 101282).
- SAP Cádiz núm. 77/2015, de 17 de febrero (JUR 2015, 101815).
- SAP Cádiz núm. 85/2015, de 16 de febrero (JUR 2015, 101811).
- SAP Cádiz núm. 66/2015, de 9 de febrero (JUR 2015, 101889).
- SAP Cádiz núm. 1/2015, de 15 de diciembre de 2014 (JUR 2015, 82566).
- SAP Cádiz núm. 524/2014, de 3 de noviembre (JUR 2015, 60358).
- SAP Cádiz núm. 350/2014, de 24 de junio (JUR 2014, 203776).
- SAP Cádiz núm. 337/2014, de 19 de junio (JUR 2014, 203452).
- SAP Cádiz núm. 213/2014, de 14 de abril (JUR 2014, 153853).
- SAP Cádiz núm. 223/2014, de 11 de abril (JUR 2014, 154588).
- SAP Cádiz núm. 59/2014, de 25 de marzo (JUR 2014, 156424).
- SAP Cádiz núm. 110/2014, de 5 de marzo (JUR 2014, 120819).
- SAP Cádiz núm. 436/2013, de 5 de septiembre (JUR 2013, 332388).
- SAP Cádiz núm. 274/2013, de 27 de mayo (JUR 2013, 286589).
- SAP Cádiz núm. 193/2013, de 17 de abril (JUR 2013, 228315).

- SAP Cádiz núm. 34/2013, de 25 de enero (JUR 2013, 175726).
- SAP Cádiz núm. 625/2012, de 14 de diciembre (JUR 2013, 46993).
- SAP Cádiz núm. 607/2012, de 14 de diciembre (JUR 2013, 55723).
- SAP Cádiz núm. 364/2012, de 20 de julio (JUR 2012, 354905).
- SAP Cádiz núm. 337/2012, de 6 de julio (JUR 2012, 353253).
- SAP Cádiz núm. 327/2012, de 3 de julio (JUR 2012, 354449).
- SAP Cádiz núm. 138/2012, de 16 de marzo (JUR 2012, 161474).
- SAP Cádiz núm. 134/2012, de 14 de marzo (JUR 2012, 157372).
- SAP Cádiz núm. 22/2012, de 17 de enero (JUR 2012, 73138).
- SAP Cádiz núm. 322/2011, de 13 de diciembre (AC 2012, 585).
- SAP Cádiz núm. 140/2011, de 15 de marzo (JUR 2011, 242374).
- SAP Cádiz núm. 166/2011, de 9 de marzo (JUR 2011, 242613).
- SAP Cádiz núm. 580/2010, de 17 de diciembre (JUR 2011, 121098).
- SAP Cádiz núm. 373/2010, de 22 de julio (JUR 2010, 355455).
- SAP Cádiz núm. 357/2010, de 13 de julio (JUR 2010, 355628).
- SAP Cádiz núm. 228/2010, de 12 de mayo (JUR 2010, 357081).
- SAP Cádiz núm. 183/2010, de 27 de abril (JUR 2010, 216457).
- SAP Cádiz núm. 141/2010, de 6 de abril (JUR 2010, 219261).
- SAP Cádiz núm. 110/2009, de 5 de marzo (JUR 2012, 247422).
- SAP Cádiz núm. 78/2007, de 9 de abril (JUR 2007, 202232).
- SAP Cádiz núm. 18/2005, de 8 de febrero (JUR 2005, 145636).
- SAP Cádiz núm. 355/2002, de 16 de septiembre (JUR 2002, 281274).
- SAP Cádiz de 28 de junio de 2002 (JUR 2002, 226782).

Cantabria:

- SAP Cantabria núm. 615/2015, de 29 de diciembre (JUR 2016, 34333).
- SAP Cantabria núm. 490/2015, de 30 de octubre (JUR 2016, 36766).
- SAP Cantabria núm. 256/2015, de 2 de junio (JUR 2015, 265594).
- SAP Cantabria núm. 238/2015, de 19 de mayo (JUR 2015, 267807).
- SAP Cantabria núm. 124/2015, de 10 de marzo (JUR 2015, 275309).
- SAP Castellón núm. 143/2014, de 20 de noviembre (JUR 2015, 94023).

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- SAP Cantabria núm. 504/2014, de 21 de octubre (JUR 2015, 274613).
- SAP Cantabria núm. 469/2014, de 7 de octubre (JUR 2015, 275842).
- SAP Cantabria núm. 228/2014, de 23 de abril (JUR 2015, 271924).
- SAP Cantabria núm. 51/2013, de 30 de enero (JUR 2013, 352204).
- SAP Cantabria núm. 694/2012, de 20 de diciembre (JUR 2013, 360384).
- SAP Cantabria núm. 128/2012, de 24 de febrero (JUR 2013, 23079).
- SAP Cantabria núm. 736/2009, de 5 de noviembre (JUR 2010, 27324).
- SAP Cantabria núm. 255/2005, de 8 de julio (AC 2005, 1678).
- SAP Cantabria núm. 368/2001, de 10 de julio (JUR 2001, 287904).
- SAP Cantabria núm. 46/2001, de 24 de enero (JUR 2001, 132758).

Castellón:

- SAP Castellón núm. 25/2016, de 2 de marzo (JUR 2016, 157720).
- SAP Castellón núm. 57/2015, de 28 de mayo (JUR 2015, 225869).
- SAP Castellón núm. 38/2015, de 16 de abril (JUR 2015, 144745).
- SAP Castellón núm. 129/2014, de 20 de octubre (JUR 2015, 55999).
- SAP Castellón núm. 130/2014, de 10 de octubre (JUR 2015, 56000).
- SAP Castellón núm. 118/2014, de 30 de septiembre (JUR 2015, 53197).
- SAP Castellón núm. 117/2014, de 23 de septiembre (JUR 2015, 53939).
- SAP Castellón núm. 103/2014, de 18 de julio (JUR 2014, 272454).
- SAP Castellón núm. 86/2014, de 23 de junio (AC 2014, 1718).
- SAP Castellón núm. 92/2014, de 20 de junio (AC 2014, 1632).
- SAP Castellón núm. 83/2014, de 10 de junio (AC 2014, 1734).
- SAP Castellón núm. 85/2014, de 9 de junio (AC 2014, 1622).
- SAP Castellón núm. 72/2013, de 15 de noviembre (JUR 2014, 16054).
- SAP Castellón núm. 156/2012, de 13 de noviembre (JUR 2013, 47001).
- SAP Castellón núm. 63/2011, de 19 de mayo (JUR 2011, 312345).
- SAP Castellón núm. 330/2009, de 22 de octubre (JUR 2010, 52246).
- SAP Castellón núm. 376/2008, de 4 de septiembre (JUR 2009, 67242).
- SAP Castellón núm. 264/2006, de 2 de junio (JUR 2006, 253530).
- SAP Castellón núm. 186/2004, de 29 de julio (JUR 2004, 242824).

- SAP Castellón núm. 106/2000, de 6 de marzo (JUR 2001, 106347).

Ciudad Real:

- SAP Ciudad Real núm. 73/2016, de 17 de marzo (JUR 2016, 97913).
- SAP Ciudad Real núm. 226/2015, de 22 de octubre (JUR 2015, 296729).
- SAP Ciudad Real núm. 115/2015, de 17 de abril (JUR 2015, 127671).
- SAP Ciudad Real núm. 306/2014, de 18 de diciembre (JUR 2015, 66602).
- SAP Ciudad Real núm. 39/2014, de 14 de febrero (JUR 2014, 70159).
- SAP Ciudad Real núm. 250/2010, de 28 de octubre (JUR 2011, 42740).
- SAP Ciudad Real núm. 938/2006, de 6 de abril (JUR 2006, 196111).
- SAP Ciudad Real núm. 127/2002, de 4 de abril (JUR 2003, 62354).
- SAP Ciudad Real núm. 20/2002, de 28 de enero (JUR 2002, 123996).

Córdoba:

- SAP Córdoba núm. 59/2016, de 8 de febrero (JUR 2016, 83172).
- SAP Córdoba núm. 522/2015, de 4 de diciembre (JUR 2016, 46100).
- SAP Córdoba núm. 253/2015, de 10 de junio (JUR 2015, 193313).
- SAP Córdoba núm. 187/2015, de 24 de abril (JUR 2015, 139077).
- SAP Córdoba núm. 182/2015, de 21 de abril (JUR 2015, 139171).
- SAP Córdoba núm. 166/2015, de 8 de abril (JUR 2015, 191686).
- SAP Córdoba núm. 63/2015, de 6 de febrero (JUR 2015, 102366).
- SAP Córdoba núm. 566/2014, de 22 de diciembre (JUR 2015, 83252).
- SAP Córdoba núm. 396/2014, de 1 de octubre (JUR 2015, 32940).
- SAP Córdoba núm. 257/2014, de 4 de junio (JUR 2014, 203457).
- SAP Córdoba núm. 54/2014, de 12 de febrero (JUR 2014, 97221).
- SAP Córdoba núm. 332/2012, de 20 de diciembre (JUR 2013, 56635).
- SAP Córdoba núm. 185/2012, de 6 de julio (JUR 2013, 56641).
- SAP Córdoba núm. 165/2011, de 13 de julio (JUR 2011, 378122).
- SAP Córdoba núm. 374/2010, de 30 de diciembre (JUR 2011, 387388).
- SAP Córdoba núm. 94/2005, de 4 de marzo (JUR 2005, 144826).

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- SAP Córdoba núm. 306/2002, de 2 de diciembre (JUR 2003, 35872).
- SAP Córdoba núm. 254/2001, de 25 de octubre (JUR 2001, 332453).
- SAP Córdoba núm. 329/2000, de 18 de diciembre (JUR 2001, 79933).
- SAP Córdoba 8 de julio de 1999 (AC 1999, 1782).
- SAP Córdoba de 10 de mayo de 1993 (AC 1993, 1050).

Cuenca:

- SAP Cuenca núm. 251/2006, de 28 de noviembre (JUR 2007, 13961).

Girona:

- SAP Girona núm. 64/2016, de 17 de marzo (JUR 2016, 102275).
- SAP Girona núm. 210/2015, de 29 de septiembre (JUR 2015, 280961).
- SAP Girona núm. 179/2015, de 21 de julio (JUR 2015, 234667).
- SAP Girona núm. 174/2015, de 17 de julio (JUR 2015, 234565).
- SAP Girona núm. 169/2015, de 14 de julio (JUR 2015, 233922).
- SAP Girona núm. 163/2015, de 8 de julio (JUR 2015, 234193).
- SAP Girona núm. 60/2015, de 20 de marzo (JUR 2015, 166523).
- SAP Girona núm. 209/2014, de 30 de junio (JUR 2014, 236356).
- SAP Girona núm. 375/2013, de 4 de octubre (JUR 2013, 356448).
- SAP Girona núm. 485/2012, de 14 de diciembre (JUR 2013, 28553).
- SAP Girona núm. 309/2012, de 12 de julio (JUR 2012, 291420).
- SAP Girona núm. 282/2012, de 29 de junio (AC 2012, 1356).
- SAP Girona núm. 355/2006, de 5 de octubre (JUR 2007, 140687).
- SAP Girona núm. 522/2000, de 4 de octubre (JUR 2001, 42215).
- SAP Girona núm. 56/2000, de 4 de febrero (AC 2000, 163).
- SAP Girona núm. 73/1998, de 23 de febrero (AC 1998, 3331).

Granada:

- SAP Granada núm. 48/2016, de 12 de febrero (JUR 2016, 113289).

- SAP Granada núm. 311/2015, de 9 de octubre (JUR 2016, 12816).
- SAP Granada núm. 210/2015, de 26 de junio (JUR 2015, 223471).
- SAP Granada núm. 22/2014, de 24 de enero (JUR 2014, 82093).
- SAP Granada núm. 275/2013, de 5 de julio (JUR 2014, 126144).
- SAP Granada núm. 140/2013, de 5 de abril (JUR 2014, 124311).
- SAP Granada núm. 59/2013, de 8 de febrero (JUR 2014, 125488).
- SAP Granada núm. 292/2011, de 1 de julio (JUR 2011, 354925).
- SAP Granada núm. 458/2010, de 5 de noviembre (JUR 2011, 127027).
- SAP Granada núm. 456/2010, de 5 de noviembre (JUR 2011, 127031).
- SAP Granada núm. 431/2010, de 22 de octubre (JUR 2011, 71297).
- SAP Granada núm. 257/2010, de 11 de junio (JUR 2010, 356399).
- SAP Granada núm. 257/2010, de 11 de junio (JUR 2011, 74207).
- SAP Granada núm. 606/2009, de 23 de diciembre (JUR 2010, 247143).
- SAP Granada núm. 594/2009, de 18 de diciembre (JUR 2010, 247193).
- SAP Granada núm. 260/2009, de 29 de mayo (JUR 2009, 371234).
- SAP Granada núm. 108/2008, de 27 de febrero (JUR 2008, 332876).
- SAP Granada núm. 272/2007, de 15 de junio (JUR 2008, 17480).
- SAP Granada núm. 649/2003, de 9 de diciembre (JUR 2004, 20134).
- SAP Granada de 14 de diciembre de 1992 (AC 1992, 1671).

Guadalajara:

- SAP Guadalajara núm. 11/2016, de 25 de enero (JUR 2016, 38561).
- SAP Guadalajara núm. 124/2015, de 15 de septiembre (JUR 2015, 238620).
- SAP Guadalajara núm. 123/2015, de 16 de julio (JUR 2015, 238282).
- SAP Guadalajara núm. 70/2015, de 5 de mayo (JUR 2015, 145096).
- SAP Guadalajara núm. 264/2014, de 25 de noviembre (JUR 2015, 67966).
- SAP Guadalajara núm. 121/2014, de 29 de abril (JUR 2014, 158519).
- SAP Guadalajara núm. 67/2014, de 6 de marzo (JUR 2014, 90969).
- SAP Guadalajara núm. 282/2012, de 7 de diciembre (JUR 2013, 7575).
- SAP Guadalajara núm. 279/2012, de 5 de diciembre (JUR 2013, 8097).
- SAP Guadalajara núm. 53/2012, de 28 de febrero (JUR 2012, 112341).

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- SAP Guadalajara núm. 36/2009, de 13 de febrero (JUR 2009, 190137).
- SAP Guadalajara núm. 109/2008, de 25 de junio (JUR 2008, 337711).
- SAP Guadalajara núm. 101/2008, de 18 de junio (JUR 2008, 338222).
- SAP Guadalajara núm. 101/2007, de 9 de mayo (JUR 2007, 296235).
- SAP Guadalajara núm. 80/2006, de 10 de mayo (JUR 2006, 165987).
- SAP Guadalajara núm. 59/2006, de 21 de marzo (JUR 2006, 140864).
- SAP Guadalajara núm. 25/2006, de 8 de febrero (JUR 2006, 89336).
- SAP Guadalajara núm. 92/2005, de 20 de abril (JUR 2006, 12774).

Guipúzcoa:

- SAP Guipúzcoa núm. 331/2015, de 18 de diciembre (JUR 2016, 63256).
- SAP Guipúzcoa núm. 260/2015, de 22 de octubre (JUR 2015, 299015).
- SAP Guipúzcoa núm. 160/2015, de 17 de julio (JUR 2015, 210250).
- SAP Guipúzcoa núm. 89/2015, de 14 de abril (JUR 2015, 170259).
- SAP Guipúzcoa núm. 6/2015, de 9 de enero (JUR 2015, 101379).
- SAP Guipúzcoa núm. 233/2014, de 15 de octubre (JUR 2015, 76002).
- SAP Guipúzcoa núm. 200/2014, de 16 de septiembre (JUR 2014, 276233).
- SAP Guipúzcoa núm. 271/2013, de 7 de noviembre (JUR 2014, 166278).
- SAP Guipúzcoa núm. 31/2013, de 4 de febrero (JUR 2014, 157994).
- SAP Guipúzcoa núm. 359/2012, de 5 de diciembre (JUR 2014, 154779).
- SAP Guipúzcoa núm. 87/2012, de 13 de marzo (JUR 2014, 152775).

Huelva:

- SAP Huelva núm. 478/2015, de 23 de diciembre (JUR 2016, 53123).
- SAP Huelva núm. 348/2015, de 19 de octubre (JUR 2016, 106496).
- SAP Huelva núm. 222/2015, de 29 de junio (JUR 2015, 223207).
- SAP Huelva núm. 194/2015, de 10 de junio (JUR 2015, 265777).
- SAP Huelva núm. 213/2014, de 1 de octubre (JUR 2015, 47034).
- SAP Huelva núm. 292/2010, de 28 de diciembre (JUR 2011, 230898).

Huesca:

- SAP Huesca núm. 220/2014, de 23 de diciembre (JUR 2015, 53983).
- SAP Huesca núm. 147/2014, de 10 de julio (JUR 2014, 294955).
- SAP Huesca núm. 16/2014, de 11 de febrero (JUR 2014, 71037).
- SAP Huesca núm. 250/2012, de 17 de diciembre (JUR 2013, 8618).
- SAP Huesca núm. 159/2012, de 27 de julio (JUR 2012, 289330).

Islas Baleares:

- SAP Islas Baleares núm. 317/2015, de 20 de octubre (JUR 2015, 258462).
- SAP Islas Baleares núm. 270/2015, de 4 de septiembre (JUR 2015, 223808).
- SAP Islas Baleares núm. 268/2015, de 2 de septiembre (JUR 2015, 233632).
- SAP Islas Baleares núm. 182/2015, de 1 de junio (JUR 2015, 175444).
- SAP Islas Baleares núm. 173/2015, de 25 de mayo (JUR 2015, 174599).
- SAP Islas Baleares núm. 162/2015, de 11 de mayo (JUR 2015, 148720).
- SAP Islas Baleares núm. 107/2015, de 24 de marzo (JUR 2015, 112800).
- SAP Islas Baleares núm. 88/2015, de 5 de marzo (JUR 2015, 98699).
- SAP Islas Baleares núm. 82/2015, de 4 de marzo (JUR 2015, 99795).
- SAP Islas Baleares núm. 50/2015, de 16 de febrero (JUR 2015, 81005).
- SAP Islas Baleares núm. 259/2014, de 16 de junio (JUR 2014, 223211).
- SAP Islas Baleares núm. 217/2014, de 26 de mayo (JUR 2014, 180336).
- SAP Islas Baleares núm. 134/2014, de 5 de mayo (JUR 2014, 149018).
- SAP Islas Baleares núm. 356/2013, de 10 de septiembre (JUR 2013, 313442).
- SAP Islas Baleares núm. 548/2012, de 5 de diciembre (JUR 2013, 35822).
- SAP Islas Baleares núm. 201/2012, de 27 de abril (JUR 2012, 191000).
- SAP Islas Baleares núm. 44/2011, de 17 de febrero (AC 2011, 1755).
- SAP Islas Baleares núm. 80/2010, de 9 de marzo (JUR 2010, 154356).
- SAP Islas Baleares núm. 277/2009, de 22 de julio (JUR 2009, 472092).
- SAP Islas Baleares núm. 274/2009, de 21 de julio (JUR 2009, 407847).
- SAP Islas Baleares núm. 9/2009, de 21 de enero (JUR 2009, 193182).
- SAP Islas Baleares núm. 311/2008, de 22 de octubre (JUR 2009, 122117).

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- SAP Islas Baleares núm. 47/2008, de 7 de febrero (AC 2008, 1996).
- SAP Islas Baleares núm. 111/2007, de 12 de marzo (JUR 2007, 273369).
- SAP Islas Baleares núm. 264/2006, de 20 de junio (JUR 2006, 236236).
- SAP Islas Baleares núm. 60/2006, de 9 de febrero (AC 2006, 22).
- SAP Islas Baleares núm. 512/2005, de 29 de noviembre (JUR 2006, 13094).
- SAP Islas Baleares núm. 291/2005, de 29 de junio (JUR 2005, 190190).
- SAP Islas Baleares núm. 236/2005, de 9 de junio (JUR 2005, 176673).
- SAP Islas Baleares núm. 161/2005, de 21 de abril (JUR 2005, 132296).
- SAP Islas Baleares núm. 382/2004, de 29 de septiembre (JUR 2004, 292295).
- SAP Islas Baleares núm. 507/2003, de 20 de noviembre (JUR 2004, 89178).
- SAP Islas Baleares núm. 412/2003, de 15 de julio (JUR 2004, 73677).
- SAP Islas Baleares núm. 156/2003, de 31 de marzo (JUR 2003, 228246).
- SAP Islas Baleares núm. 88/2003, de 11 de febrero (AC 2003, 319).
- SAP Islas Baleares núm. 741/2002, de 16 de diciembre (JUR 2003, 74405).
- SAP Islas Baleares núm. 559/2002, de 23 de septiembre (AC 2003, 114).
- SAP Islas Baleares núm. 761/2001, de 9 de noviembre (JUR 2002, 41116).
- SAP Islas Baleares núm. 425/2001, de 12 de junio (JUR 2001, 259719).
- SAP Islas Baleares núm. 601/1999, de 23 de septiembre (AC 1999, 8873).
- SAP Islas Baleares 678/1996, de 23 de septiembre (AC 1996, 1770).
- SAP Islas Baleares de 2 de marzo de 1995 (AC 1995, 718).

Jaén:

- SAP Jaén núm. 371/2013, de 13 de diciembre (JUR 2014, 82914).
- SAP Jaén núm. 156/2013, de 9 de octubre (AC 2013, 2264).
- SAP Jaén núm. 265/2013, de 27 de septiembre (JUR 2013, 333465).
- SAP Jaén núm. 302/2012, de 16 de noviembre (JUR 2012, 141693).
- SAP Jaén núm. 20/2011, de 28 de enero (JUR 2011, 148202).
- SAP Jaén núm. 93/2010, de 26 de marzo (JUR 2010, 205467).
- SAP Jaén núm. 7/2010, de 15 de enero (JUR 2010, 210815).
- SAP Jaén núm. 96/2005, de 28 de abril (JUR 2005, 148995).
- SAP Jaén núm. 592/2001, de 21 de noviembre (JUR 2002, 21807).

- SAP Jaén de 17 de noviembre de 1994 (AC 1994, 1963).

La Rioja:

- SAP La Rioja núm. 187/2015, de 30 de julio (JUR 2015, 209231).
- SAP La Rioja núm. 167/2015, de 14 de julio (JUR 2015, 194086).
- SAP La Rioja núm. 163/2015, de 7 de julio (JUR 2015, 193953).
- SAP La Rioja núm. 285/2014, de 17 de noviembre (JUR 2015, 51474).
- SAP La Rioja núm. 238/2013, de 5 de julio (JUR 2014, 24700).
- SAP La Rioja núm. 48/2013, de 13 de febrero (JUR 2013, 126989).
- SAP La Rioja núm. 207/2009, de 22 de junio (JUR 2009, 319029).
- SAP La Rioja núm. 197/2007, de 22 de junio (JUR 2007, 310769).
- SAP La Rioja núm. 219/2006, de 30 de junio (JUR 2006, 225316).
- SAP La Rioja núm. 313/2004, de 11 de noviembre (AC 2004, 1946).
- SAP La Rioja núm. 220/2004, de 6 de septiembre (JUR 2004, 264764).
- SAP La Rioja núm. 532/1998, de 26 de octubre (AC 1998, 7838).

Las Palmas:

- SAP Las Palmas núm. 181/2016, de 21 de marzo (JUR 2016, 135820).
- SAP Las Palmas núm. 139/2016, de 29 de febrero (JUR 2016, 134298).
- SAP Las Palmas núm. 128/2016, de 24 de febrero (JUR 2016, 134943).
- SAP Las Palmas núm. 393/2015, de 28 de septiembre (JUR 2015, 252387).
- SAP Las Palmas núm. 59/2015, de 30 de enero (JUR 2016, 6187).
- SAP Las Palmas núm. 35/2015, de 26 de enero (JUR 2015, 90050).
- SAP Las Palmas núm. 10/2015, de 16 de enero (JUR 2015, 89751).
- SAP Las Palmas núm. 709/2014, de 18 de noviembre (JUR 2015, 90211).
- SAP Las Palmas núm. 589/2014, de 29 de septiembre (JUR 2015, 56050).
- SAP Las Palmas núm. 447/2014, de 11 de julio (JUR 2014, 230768).
- SAP Las Palmas núm. 354/2014, de 12 de junio (JUR 2015, 56518).
- SAP Las Palmas núm. 234/2014, de 30 de abril (JUR 2014, 185398).
- SAP Las Palmas núm. 28/2014, de 24 de enero (JUR 2014, 185096).

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- SAP Las Palmas núm. 549/2013, de 12 de noviembre (JUR 2014, 70561).
- SAP Las Palmas núm. 520/2013, de 25 de octubre (JUR 2014, 70688).
- SAP Las Palmas núm. 393/2013, de 10 de julio (JUR 2013, 319757).
- SAP Las Palmas núm. 365/2013, de 25 de junio (JUR 2014, 74342).
- SAP Las Palmas núm. 321/2013, de 3 de junio (JUR 2014, 72185).
- SAP Las Palmas núm. 163/2013, de 18 de marzo (JUR 2013, 277408).
- SAP Las Palmas núm. 149/2013, de 14 de marzo (JUR 2013, 164768).
- SAP Las Palmas núm. 127/2013, de 5 de marzo (JUR 2013, 163544).
- SAP Las Palmas núm. 49/2013, de 8 de febrero (JUR 2013, 163985).
- SAP Las Palmas núm. 714/2012, de 20 de diciembre (JUR 2013, 165973).
- SAP Las Palmas núm. 680/2012, de 12 de diciembre (JUR 2013, 165679).
- SAP Las Palmas núm. 177/2012, de 16 de abril (JUR 2012, 368405).
- SAP Las Palmas núm. 500/2009, de 21 de octubre (JUR 2010, 71886).
- SAP Las Palmas núm. 492/2009, de 13 de octubre (JUR 2010, 72155).
- SAP Las Palmas núm. 362/2009, de 23 de junio (JUR 2009, 369871).
- SAP Las Palmas núm. 185/2009, de 24 de marzo (JUR 2009, 248421).
- SAP Las Palmas núm. 366/2008, de 29 de mayo (JUR 2008, 250459).
- SAP Las Palmas núm. 472/2007, de 13 de noviembre (JUR 2008, 66583).
- SAP Las Palmas núm. 371/2007, de 28 de septiembre (JUR 2007, 353384).
- SAP Las Palmas núm. 232/2007, de 4 de junio (JUR 2007, 343908).
- SAP Las Palmas núm. 194/2006, de 25 de abril (JUR 2006, 181875).
- SAP Las Palmas núm. 587/2005, de 17 de noviembre (JUR 2006, 35340).
- SAP Las Palmas núm. 393/2005, de 13 de septiembre (JUR 2005, 243236).
- SAP Las Palmas núm. 394/2005, de 18 de julio (JUR 2005, 218910).
- SAP Las Palmas núm. 843/2004, de 15 de diciembre (JUR 2005, 45509).
- SAP Las Palmas núm. 524/2004, de 26 de octubre (JUR 2004, 302460).
- SAP Las Palmas núm. 336/2004, de 11 de junio (JUR 2004, 204100).
- SAP Las Palmas núm. 98/2003, de 21 de febrero (JUR 2003, 196652).
- SAP Las Palmas de 27 de julio de 1998 (AC 1998, 6876).
- SAP Las Palmas de 22 de julio de 1998 (AC 1998, 6868).
- SAP Las Palmas núm. 98/1995, de 2 de junio (AC 1995, 1654).
- SAP Las Palmas de 29 de julio de 1994 (AC 1994, 1222).

León:

- SAP León núm. 136/2016, de 27 de abril (JUR 2016, 118856).
- SAP León núm. 101/2016, de 22 de marzo (JUR 2016, 88772).
- SAP León núm. 62/2016, de 17 de febrero (JUR 2016, 64116).
- SAP León núm. 41/2016, de 17 de febrero (JUR 2016, 58137).
- SAP León núm. 3/2016, de 11 de enero (JUR 2016, 31829).
- SAP León núm. 287/2015, de 21 de diciembre (JUR 2016, 32067).
- SAP León núm. 265/2015, de 23 de octubre (JUR 2015, 290659).
- SAP León núm. 204/2015, de 6 de octubre (JUR 2015, 243023).
- SAP León núm. 183/2015, de 15 de septiembre (JUR 2015, 233411).
- SAP León núm. 167/2015, de 24 de julio (JUR 2015, 211312).
- SAP León núm. 143/2015, de 23 de junio (JUR 2015, 192621).
- SAP León núm. 134/2015, de 15 de junio (JUR 2015, 174768).
- SAP León núm. 129/2015, de 12 de junio (JUR 2015, 175323).
- SAP León núm. 100/2015, de 8 de mayo (JUR 2015, 145528).
- SAP León núm. 85/2015, de 22 de abril (JUR 2015, 130464).
- SAP León núm. 81/2015, de 21 de abril (JUR 2015, 131379).
- SAP León núm. 2/2015, de 14 de enero (JUR 2015, 70053).
- SAP León núm. 281/2014, de 26 de diciembre (JUR 2015, 49898).
- SAP León núm. 129/2014, de 23 de mayo (JUR 2014, 183620).
- SAP León núm. 122/2014, de 19 de mayo (JUR 2014, 181941).

Lleida:

- SAP Lleida núm. 470/2015, de 17 de noviembre (JUR 2016, 8245).
- SAP Lleida núm. 379/2015, de 24 de septiembre (JUR 2015, 261860).

Lugo:

- SAP Lugo núm. 387/2015, de 15 de octubre (JUR 2015, 247279).

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- SAP Lugo núm. 583/2012, de 31 de octubre (JUR 2012, 396956).

Madrid:

- SAP Madrid núm. 337/2016, de 12 de abril (JUR 2016, 124242).
- SAP Madrid núm. 335/2016, de 12 de abril (AC 2016, 818).
- SAP Madrid núm. 319/2016, de 8 de abril (JUR 2016, 115896).
- SAP Madrid núm. 198/2016, de 1 de marzo (JUR 2016, 98326).
- SAP Madrid núm. 66/2016, de 18 de febrero (JUR 2016, 67192).
- SAP Madrid núm. 107/2016, de 2 de febrero (JUR 2016, 54282).
- SAP Madrid núm. 29/2016, de 29 de enero (JUR 2016, 52809).
- SAP Madrid núm. 1111/2015, de 22 de diciembre (JUR 2016, 39358).
- SAP Madrid núm. 933/2015, de 3 de noviembre (JUR 2015, 306912).
- SAP Madrid núm. 904/2015, de 2 de noviembre (AC 2015, 1829).
- SAP Madrid núm. 761/2015, de 11 de septiembre (JUR 2015, 247531).
- SAP Madrid núm. 296/2015, de 10 de septiembre (JUR 2015, 239883).
- SAP Madrid núm. 746/2015, de 23 de julio (JUR 2015, 203707).
- SAP Madrid núm. 741/2015, de 23 de julio (JUR 2015, 203391).
- SAP Madrid núm. 737/2015, de 21 de julio (JUR 2015, 203390).
- SAP Madrid núm. 696/2015, de 7 de julio (JUR 2015, 202839).
- SAP Madrid núm. 671/2015, de 30 de junio (JUR 2015, 205400).
- SAP Madrid núm. 651/2015, de 29 de junio (JUR 2015, 205585).
- SAP Madrid núm. 588/2015, de 16 de junio (JUR 2015, 181480).
- SAP Madrid núm. 451/2015, de 20 de mayo (JUR 2015, 160813).
- SAP Madrid núm. 506/2015, de 19 de mayo (JUR 2015, 158855).
- SAP Madrid núm. 485/2015, de 18 de mayo (JUR 2015, 159158).
- SAP Madrid núm. 453/2015, de 6 de mayo (JUR 2015, 150143).
- SAP Madrid núm. 444/2015, de 5 de mayo (JUR 2015, 151022).
- SAP Madrid núm. 441/2015, de 4 de mayo (JUR 2015, 149985).
- SAP Madrid núm. 372/2015, de 23 de abril (JUR 2015, 132979).
- SAP Madrid núm. 406/2015, de 21 de abril (JUR 2015, 131990).
- SAP Madrid núm. 393/2015, de 21 de abril (JUR 2015, 173066).

- SAP Madrid núm. 103/2015, de 21 de abril (RJ 2015, 132319).
- SAP Madrid núm. 380/2015, de 14 de abril (JUR 2015, 174246).
- SAP Madrid núm. 354/2015, de 10 de abril (JUR 2015, 173064).
- SAP Madrid núm. 298/2015, de 24 de marzo (JUR 2015, 173753).
- SAP Madrid núm. 294/2015, de 24 de marzo (JUR 2015, 108350).
- SAP Madrid núm. 224/2015, de 6 de marzo (JUR 2015, 101738).
- SAP Madrid de 27 de febrero de 2015 (JUR 2015, 180872).
- SAP Madrid núm. 171/2015, de 13 de febrero (JUR 2015, 94405).
- SAP Madrid núm. 168/2015, de 13 de febrero (JUR 2015, 94490).
- SAP Madrid núm. 55/2015, de 20 de enero (JUR 2015, 72394).
- SAP Madrid núm. 2/2015, de 9 de enero (JUR 2015, 73348).
- SAP Madrid núm. 1119/2014, de 22 de diciembre (JUR 2015, 61103).
- SAP Madrid núm. 1140/2014, de 18 de diciembre (JUR 2015, 62806).
- SAP Madrid núm. 1108/2014, de 17 de diciembre (JUR 2015, 61553).
- SAP Madrid núm. 1091/2014, de 16 de diciembre (JUR 2015, 49945).
- SAP Madrid núm. 1070/2014, de 5 de diciembre (JUR 2015, 19607).
- SAP Madrid núm. 1054/2014, de 28 de noviembre (JUR 2015, 19455).
- SAP Madrid núm. 1027/2014, de 18 de noviembre (JUR 2015, 41006).
- SAP Madrid núm. 964/2014, de 12 de noviembre (JUR 2015, 39878).
- SAP Madrid núm. 864/2014, de 8 de octubre (JUR 2014, 289484).
- SAP Madrid núm. 719/2014, de 28 de julio (JUR 2014, 244559).
- SAP Madrid núm. 693/2014, de 15 de julio (JUR 2014, 245181).
- SAP Madrid núm. 668/2014, de 11 de julio (JUR 2014, 245459).
- SAP Madrid núm. 661/2014, de 8 de julio (JUR 2014, 245803).
- SAP Madrid núm. 656/2014, de 4 de julio (JUR 2014, 239667).
- SAP Madrid núm. 622/2014, de 26 de junio (JUR 2014, 240136).
- SAP Madrid núm. 592/2014, de 24 de junio (JUR 2014, 245194).
- SAP Madrid núm. 591/2014, de 24 de junio (JUR 2014, 245193).
- SAP Madrid núm. 605/2014, de 23 de junio (JUR 2014, 283492).
- SAP Madrid núm. 555/2014, de 10 de junio (JUR 2014, 245456).
- SAP Madrid núm. 541/2014, de 4 de junio (JUR 2014, 245148).
- SAP Madrid núm. 523/2014, de 27 de mayo (JUR 2014, 245186).

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- SAP Madrid núm. 503/2014, de 27 de mayo (JUR 2014, 245182).
- SAP Madrid núm. 478/2014, de 21 de mayo (JUR 2014, 240626).
- SAP Madrid núm. 434/2014, de 6 de mayo (JUR 2014, 164542).
- SAP Madrid núm. 79/2014, de 3 de marzo (JUR 2014, 93739).
- SAP Madrid de 8 de enero de 2014 (JUR 2014, 62868).
- SAP Madrid de 12 de diciembre de 2013 (JUR 2014, 60535).
- SAP Madrid núm. 981/2013, de 5 de noviembre (JUR 2014, 4724).
- SAP Madrid núm. 883/2013, de 10 de octubre (JUR 2014, 8024).
- SAP Madrid núm. 647/2013, de 13 de septiembre (JUR 2013, 312216).
- SAP Madrid núm. 471/2013, de 29 de julio (JUR 2013, 273786).
- SAP Madrid núm. 210/2013, de 29 de abril (JUR 2013, 193996).
- SAP Madrid núm. 167/2013, de 11 de abril (AC 2013, 1108).
- SAP Madrid núm. 145/2013, de 1 de marzo (JUR 2013, 120471).
- SAP Madrid núm. 88/2013, de 21 de febrero (JUR 2013, 118855).
- SAP Madrid núm. 1322/2012, de 28 de noviembre (JUR 2013, 34927).
- SAP Madrid núm. 1293/2012, de 22 de noviembre (JUR 2013, 19578).
- SAP Madrid núm. 438/2012, de 2 de octubre (JUR 2012, 356006).
- SAP Madrid núm. 633/2012, de 28 de septiembre (JUR 2012, 382507).
- SAP Madrid núm. 687/2012, de 11 de junio (JUR 2012, 268375).
- SAP Madrid núm. 350/2012, de 7 de junio (JUR 2012, 230390).
- SAP Madrid núm. 541/2012, de 10 de mayo (JUR 2012, 320677).
- SAP Madrid núm. 533/2012, de 9 de mayo (JUR 2012, 269938).
- SAP Madrid núm. 527/2012, de 7 de mayo (JUR 2012, 212892).
- SAP Madrid núm. 117/2012, de 6 de febrero (JUR 2012, 148521).
- SAP Madrid núm. 48/2012, de 27 de enero (JUR 2012, 96225).
- SAP Madrid núm. 783/2011, de 23 de noviembre (JUR 2011, 438088).
- SAP Madrid núm. 1048/2011, de 19 de octubre (JUR 2012, 831).
- SAP Madrid núm. 293/2011, de 25 de mayo (JUR 2011, 293149).
- SAP Madrid núm. 217/2011, de 5 de mayo (JUR 2011, 239853).
- SAP Madrid núm. 181/2011, de 16 de febrero (JUR 2011, 192661).
- SAP Madrid núm. 549/2010, de 26 de julio (JUR 2010, 308951).
- SAP Madrid núm. 777/2010, de 29 de junio (JUR 2010, 345811).

- SAP Madrid núm. 624/2010, de 26 de mayo (JUR 2010, 313737).
- SAP Madrid núm. 380/2010, de 24 de mayo (JUR 2010, 258713).
- SAP Madrid núm. 565/2010, de 13 de mayo (JUR 2010, 305872).
- SAP Madrid núm. 215/2010, de 29 de marzo (AC 2010, 1211).
- SAP Madrid núm. 364/2010, de 24 de marzo (JUR 2010, 234381).
- SAP Madrid núm. 609/2009, de 4 de noviembre (JUR 2010, 38407).
- SAP Madrid núm. 536/2009, de 14 de octubre (JUR 2010, 20651).
- SAP Madrid núm. 677/2009, de 25 de junio (JUR 2010, 40151).
- SAP Madrid núm. 304/2009, de 29 de junio (JUR 2009, 342880).
- SAP Madrid núm. 134/2009, de 9 de febrero (JUR 2009, 238397).
- SAP Madrid núm. 498/2008, de 22 de septiembre (JUR 2009, 28461).
- SAP Madrid núm. 478/2008, de 18 de julio (JUR 2008, 290772).
- SAP Madrid núm. 277/2008, de 15 de abril (JUR 2008, 179614).
- SAP Madrid núm. 615/2007, de 16 de octubre (JUR 2008, 1133).
- SAP Madrid núm. 205/2007, de 20 de marzo (JUR 2007, 313970).
- SAP Madrid núm. 291/2007, de 26 de febrero (JUR 2007, 151512).
- SAP Madrid núm. 131/2007, de 15 de febrero (JUR 2007, 152938).
- SAP Madrid núm. 54/2007, de 31 de enero (JUR 2007, 155857).
- SAP Madrid núm. 564/2006, de 4 de diciembre (JUR 2007, 194277).
- SAP Madrid núm. 44/2006, de 18 de enero (AC 2006, 671).
- SAP Madrid núm. 721/2005, de 4 de noviembre (JUR 2006, 15978).
- SAP Madrid de 11 de julio de 2003 (JUR 2003, 191598).
- SAP Madrid núm. 625/2002, de 20 de junio (JUR 2002, 225923).
- SAP Madrid de 15 de enero de 2002 (JUR 2002, 121529).
- SAP Madrid de 17 de septiembre de 2001 (JUR 2002, 9224).
- SAP Madrid de 10 de abril de 2000 (AC 2000, 1770).
- SAP Madrid de 14 de marzo de 2000 (AC 2000, 1804).
- SAP Madrid de 14 de mayo de 1999 (AC 1999, 1397).
- SAP Madrid de 12 de noviembre de 1998 (AC 1998, 2472).
- SAP Madrid de 12 de febrero de 1998 (AC 1998, 4974).

Málaga:

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- SAP Málaga núm. 621/2015, de 15 de octubre (JUR 2016, 108286).
- SAP Málaga núm. 498/2015, de 9 de septiembre (JUR 2016, 107904).
- SAP Málaga núm. 350/2015, de 16 de junio (JUR 2015, 291712).
- SAP Málaga núm. 324/2015, de 3 de junio (JUR 2015, 290907).
- SAP Málaga núm. 187/2015, de 30 de marzo (JUR 2015, 292019).
- SAP Málaga núm. 181/2015, de 27 de marzo (JUR 2015, 291536).
- SAP Málaga núm. 9/2015, de 13 de febrero (JUR 2015, 125502).
- SAP Málaga núm. 37/2015, de 22 de enero (JUR 2015, 193967).
- SAP Málaga núm. 737/2014, de 30 de octubre (JUR 2015, 192479).
- SAP Málaga núm. 677/2014, de 9 de octubre (JUR 2015, 192289).
- SAP Málaga núm. 483/2014, de 30 de junio (JUR 2014, 281745).
- SAP Málaga núm. 312/2014, de 6 de mayo (JUR 2014, 281849).
- SAP Málaga núm. 305/2014, de 30 de abril (JUR 2014, 281933).
- SAP Málaga núm. 219/2014, de 25 de marzo (JUR 2014, 283842).
- SAP Málaga núm. 102/2014, de 4 de marzo (JUR 2014, 192148).
- SAP Málaga núm. 629/2013, de 6 de noviembre (JUR 2014, 95695).
- SAP Málaga núm. 594/2013, de 22 de octubre (JUR 2014, 18508).
- SAP Málaga núm. 520/2013, de 21 de octubre (JUR 2014, 15929).
- SAP Málaga núm. 499/2013, de 20 de septiembre (JUR 2014, 17394).
- SAP Málaga núm. 204/2013, de 16 de abril (JUR 2013, 224601).
- SAP Málaga núm. 638/2012, de 4 de diciembre (JUR 2013, 185202).
- SAP Málaga núm. 359/2012, de 28 de junio (JUR 2013, 181756).
- SAP Málaga núm. 288/2012, de 30 de mayo (JUR 2012, 331535).
- SAP Málaga núm. 652/2011, de 13 de diciembre (JUR 2012, 133284).
- SAP Málaga núm. 524/2011, de 14 de octubre (JUR 2012, 195582).
- SAP Málaga núm. 388/2011, de 12 de septiembre (JUR 2012, 340716).
- SAP Málaga núm. 384/2011, de 2 de julio (JUR 2012, 45408).
- SAP Málaga núm. 432/2010, de 30 de septiembre (AC 2013, 756).
- SAP Málaga núm. 620/2009, de 12 de noviembre (JUR 2010, 140741).
- SAP Málaga núm. 495/2009, de 18 de septiembre (JUR 2010, 95336).
- SAP Málaga núm. 457/2009, de 23 de julio (JUR 2010, 65305).

- SAP Málaga núm. 686/2008, de 22 de diciembre (JUR 2013, 145388).
- SAP Málaga núm. 117/2007, de 21 de febrero (JUR 2007, 174809).
- SAP Málaga núm. 1080/2005, de 21 de octubre (JUR 2006, 136728).
- SAP Málaga núm. 355/2005, de 6 de mayo (JUR 2006, 31558).
- SAP Málaga núm. 318/2005, de 28 de abril (JUR 2005, 143066).
- SAP Málaga núm. 251/2004, de 12 de abril (JUR 2004, 162831).
- SAP Málaga núm. 976/2000, de 27 de diciembre (JUR 2001, 120289).

Murcia:

- SAP Murcia núm. 573/2015, de 15 de octubre (JUR 2015, 258060).
- SAP Murcia núm. 406/2015, de 16 de julio (JUR 2015, 210631).
- SAP Murcia núm. 51/2015, de 5 de febrero (JUR 2015, 80213).
- SAP Murcia núm. 105/2014, de 5 de junio (JUR 2014, 184293).
- SAP Murcia núm. 189/2014, de 12 de marzo (JUR 2014, 277827).
- SAP Murcia núm. 351/2013, de 8 de octubre (JUR 2013, 327019).
- SAP Murcia núm. 480/2013, de 25 de julio (JUR 2013, 275593).
- SAP Murcia núm. 448/2013, de 11 de julio (JUR 2013, 275470).
- SAP Murcia núm. 409/2013, de 20 de junio (JUR 2013, 248546).
- SAP Murcia núm. 66/2013, de 19 de febrero (JUR 2013, 127538).
- SAP Murcia núm. 31/2013, de 17 de enero (JUR 2013, 60212).
- SAP Murcia núm. 442/2012, de 11 de diciembre (JUR 2013, 9565).
- SAP Murcia núm. 579/2012, de 13 de septiembre (JUR 2012, 320850).
- SAP Murcia núm. 414/2012, de 14 de junio (JUR 2012, 243957).
- SAP Murcia núm. 89/2012, de 28 de febrero (JUR 2012, 105015).
- SAP Murcia núm. 552/2011, de 10 de noviembre (JUR 2011, 417199).
- SAP Murcia núm. 377/2011, de 14 de julio (JUR 2011, 286492).
- SAP Murcia núm. 131/2011, de 4 de mayo (JUR 2011, 214755).
- SAP Murcia núm. 553/2010, de 28 de octubre (JUR 2011, 4947).
- SAP Murcia núm. 706/2009, de 23 de diciembre (JUR 2010, 67891).
- SAP Murcia núm. 296/2009, de 15 de diciembre (JUR 2010, 76302).
- SAP Murcia núm. 287/2009, de 9 de diciembre (JUR 2010, 34610).

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- SAP Murcia núm. 470/2009, de 11 de septiembre (JUR 2009, 437410).
- SAP Murcia núm. 118/2009, de 19 de febrero (JUR 2009, 189074).
- SAP Murcia núm. 102/2008, de 6 de mayo (JUR 2008, 348740).
- SAP Murcia núm. 269/2007, de 2 de octubre (JUR 2008, 79307).
- SAP Murcia núm. 363/2006, de 22 de septiembre (JUR 2006, 286903).
- SAP Murcia núm. 207/2006, de 9 de mayo (JUR 2006, 183650).
- SAP Murcia núm. 307/2005, de 20 de octubre (JUR 2006, 81158).
- SAP Murcia núm. 342/2003, de 20 de noviembre (JUR 2004, 36566).
- SAP Murcia núm. 187/2003, de 13 de junio (JUR 2004, 84493).
- SAP Murcia núm. 177/2003, de 2 de junio (JUR 2004, 34772).
- SAP Murcia núm. 427/2002, de 10 de diciembre (JUR 2003, 73904).
- SAP Murcia núm. 404/2002, de 26 de noviembre (JUR 2003, 72892).
- SAP Murcia núm. 270/2002, de 29 de junio (JUR 2002, 242409).
- SAP Murcia núm. 243/2002, de 24 de junio (JUR 2002, 212848).
- SAP Murcia núm. 226/2002, de 4 de junio (JUR 2002, 209866).
- SAP Murcia núm. 188/2001, de 14 de julio (JUR 2001, 325216).
- SAP Murcia núm. 188/2001, de 23 de abril (JUR 2001, 210817).
- SAP Murcia núm. 113/2001, de 5 de marzo (JUR 2001, 150178).
- SAP Murcia de 29 de diciembre de 2000 (JUR 2001, 144559).
- SAP Murcia núm. 136/2000, de 3 de octubre (JUR 2001, 86369).
- SAP Murcia núm. 334/1998, de 3 de septiembre (JUR 1998, 31208).

Navarra:

- SAP Navarra núm. 389/2015, de 22 de octubre (JUR 2016, 147352).
- SAP Navarra núm. 22/2015, de 13 de abril (JUR 2015, 131134).
- SAP Navarra núm. 192/2014, de 17 de diciembre (JUR 2015, 24442).
- SAP Navarra núm. 304/2014, de 4 de noviembre (JUR 2015, 101598).
- SAP Navarra núm. 311/2011, de 22 de diciembre (JUR 2013, 318255).
- SAP Navarra núm. 272/2011, de 26 de octubre (JUR 2013, 318769).
- SAP Navarra núm. 82/2010, de 17 de junio (JUR 2010, 417998).
- SAP Navarra núm. 52/2009, de 31 de marzo (JUR 2010, 151601).

- SAP Navarra núm. 224/2008, de 4 de julio (JUR 2009, 16290).
- SAP Navarra núm. 195/2008, de 17 de junio (JUR 2009, 17652).
- SAP Navarra núm. 49/2008, de 11 de febrero (JUR 2008, 288395).
- SAP Navarra núm. 51/2007, de 4 de abril (JUR 2007, 290370).
- SAP Navarra núm. 134/2006, de 3 de noviembre (JUR 2007, 90760).
- SAP Navarra núm. 55/2002, de 27 de febrero (JUR 2002, 103962).
- SAP Navarra núm. 148/2001, de 8 de junio (JUR 2001, 227966).
- SAP Navarra núm. 263/1998, de 18 de noviembre (AC 1998, 2535).
- SAP Navarra de 3 de octubre de 1994 (AC 1994, 2433).
- SAP Navarra de 27 de noviembre de 1993 (AC 1993, 2235).
- SAP Navarra de 17 de mayo de 1993 (AC 1993, 964).

Ourense:

- SAP Ourense núm. 119/2016, de 18 de marzo (JUR 2016, 89308).
- SAP Ourense núm. 99/2016, de 9 de marzo (JUR 2016, 76079).
- SAP Ourense núm. 35/2016, de 29 de enero (JUR 2016, 76244).
- SAP Ourense núm. 416/2015, de 18 de diciembre (JUR 2016, 34602).
- SAP Ourense núm. 156/2015, de 5 de mayo (JUR 2015, 139594).
- SAP Ourense núm. 97/2014, de 31 de marzo (JUR 2014, 214043).
- SAP Ourense núm. 40/2014, de 17 de febrero (JUR 2014, 64666).
- SAP Ourense núm. 13/2013, de 25 de enero (JUR 2013, 61686).
- SAP Ourense núm. 196/2002, de 14 de mayo (JUR 2002, 178157).

Palencia:

- SAP Palencia núm. 172/2015, de 5 de noviembre (JUR 2016, 73641).

Pontevedra:

- SAP Pontevedra núm. 225/2016, de 3 de mayo (JUR 2016, 105791).

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- SAP Pontevedra núm. 207/2016, de 21 de abril (JUR 2016, 120030).
- SAP Pontevedra núm. 101/2016, de 7 de abril (JUR 2016, 104982).
- SAP Pontevedra núm. 128/2016, de 10 de marzo (JUR 2016, 57457).
- SAP Pontevedra núm. 118/2016, de 4 de marzo (JUR 2016, 63694).
- SAP Pontevedra núm. 107/2016, de 3 de marzo (JUR 2016, 63363).
- SAP Pontevedra núm. 13/2016, de 19 de enero (JUR 2016, 60720).
- SAP Pontevedra núm. 353/2015, de 13 de julio (JUR 2015, 192500).
- SAP Pontevedra núm. 206/2015, de 7 de mayo (JUR 2015, 142723).
- SAP Pontevedra núm. 143/2015, de 23 de abril (JUR 2015, 127138).
- SAP Pontevedra núm. 138/2015, de 17 de abril (JUR 2015, 126793).
- SAP Pontevedra núm. 2/2015, de 13 de enero (JUR 2015, 67357).
- SAP Pontevedra núm. 414/2014, de 2 de diciembre (JUR 2015, 57125).
- SAP Pontevedra núm. 351/2014, de 23 de octubre (JUR 2015, 5260).
- SAP Pontevedra núm. 554/2014, de 30 de septiembre (JUR 2014, 278218).
- SAP Pontevedra núm. 275/2014, de 24 de julio (JUR 2014, 220687).
- SAP Pontevedra núm. 219/2014, de 12 de junio (JUR 2014, 219642).
- SAP Pontevedra núm. 87/2014, de 14 de marzo (JUR 2014, 219373).
- SAP Pontevedra núm. 811/2013, de 16 de diciembre (JUR 2014, 17145).
- SAP Pontevedra núm. 208/2013, de 29 de mayo (JUR 2013, 211761).
- SAP Pontevedra núm. 641/2012, de 14 de diciembre (JUR 2013, 37176).
- SAP Pontevedra núm. 930/2011, de 29 de noviembre (JUR 2011, 439345).
- SAP Pontevedra núm. 475/2010, de 5 de octubre (JUR 2010, 374156).
- SAP Pontevedra núm. 373/2010, de 8 de julio (JUR 2010, 328553).
- SAP Pontevedra núm. 91/2007, de 14 de febrero (JUR 2007, 254522).
- SAP Pontevedra núm. 332/2006, de 2 de junio (JUR 2006, 202776).
- SAP Pontevedra núm. 199/2006, de 28 de abril (JUR 2006, 158898).
- SAP Pontevedra núm. 74/2006, de 9 de febrero (JUR 2006, 89331).
- SAP Pontevedra núm. 641/2005, de 9 de diciembre (AC 2005, 2331).
- SAP Pontevedra núm. 542/2005, de 25 de noviembre (JUR 2006, 20741).
- SAP Pontevedra núm. 245/2002, de 15 de julio (JUR 2002, 253005).
- SAP Pontevedra núm. 201/1998, de 6 de abril (AC 1998, 4691).

Salamanca:

- SAP Salamanca núm. 80/2016, de 8 de marzo (JUR 2016, 76094).
- SAP Salamanca núm. 56/2016, de 18 de febrero (JUR 2016, 61210).
- SAP Salamanca núm. 49/2016, de 16 de febrero (JUR 2016, 58359).
- SAP Salamanca núm. 379/2015, de 15 de diciembre (JUR 2016, 19617).
- SAP Salamanca núm. 238/2015, de 31 de julio (JUR 2015, 229399).
- SAP Salamanca núm. 130/2015, de 11 de mayo (JUR 2015, 139331).
- SAP Salamanca núm. 74/2015, de 16 de marzo (JUR 2015, 100250).
- SAP Salamanca núm. 171/2014, de 24 de junio (JUR 2014, 195618).
- SAP Salamanca núm. 73/2014, de 24 de marzo (JUR 2014, 98147).
- SAP Salamanca núm. 290/2012, de 24 de mayo (JUR 2013, 94073).
- SAP Salamanca núm. 304/2007, de 24 de septiembre (JUR 2008, 60183).
- SAP Salamanca núm. 96/2005, de 28 de febrero (JUR 2005, 84471).
- SAP Salamanca de 29 de junio de 1995 (AC 1995, 1200).

Santa Cruz de Tenerife:

- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 598/2015, de 3 de noviembre (JUR 2016, 25076).
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 547/2015, de 19 de octubre (JUR 2016, 25050).
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 421/2015, de 17 de septiembre (JUR 2016, 24269).
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 346/2015, de 22 de junio (JUR 2015, 215403).
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 296/2015, de 28 de mayo (JUR 2015, 215254).
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 144/2015, de 11 de marzo (JUR 2015, 214955).
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 37/2015, de 10 de febrero (JUR 2015, 122202).
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 69/2015, de 9 de febrero (JUR 2015, 215373).
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 79/2014, de 12 de marzo (JUR 2014, 274934).
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 329/2013, de 18 de septiembre (JUR 2013, 349470).
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 249/2013, de 12 de junio (JUR 2013, 317806).
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 488/2012, de 22 de noviembre (JUR 2013, 23050).
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 269/2012, de 6 de junio (JUR 2012, 362355).

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 368/2011, de 27 de julio (JUR 2011, 381033).
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 361/2011, de 27 de julio (JUR 2011, 384084).
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 356/2010, de 26 de julio (JUR 2011, 6765).
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 319/2010, de 5 de julio (JUR 2010, 417614).
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 217/2009, de 17 de junio (JUR 2009, 352869).
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 173/2009, de 6 de abril (JUR 2009, 354489).
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 126/2009, de 16 de marzo (JUR 2009, 284977).
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 125/2009, de 16 de marzo (JUR 2009, 249266).
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 111/2007, de 26 de marzo (JUR 2007, 148209).
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 100/2007, de 19 de marzo (JUR 2007, 172907).
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 309/2006, de 18 de septiembre (JUR 2007, 8583).
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 300/2005, de 19 de septiembre (JUR 2005, 262909).
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 443/2004, de 15 de noviembre (JUR 2005, 22035).
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 635/2002, de 18 de octubre (JUR 2003, 29439).
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 501/2002, de 19 de julio (JUR 2002, 279129).
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 82/1998, de 6 de febrero (AC 1998, 419).

Segovia:

- SAP Segovia núm. 76/2011, de 11 de abril (JUR 2011, 199222).
- SAP Segovia núm. 191/2009, de 20 de octubre (JUR 2010, 28500).
- SAP Segovia núm. 166/2005, de 29 de julio (JUR 2005, 218510).

Sevilla:

- SAP Sevilla núm. 2/2016, de 8 de enero (JUR 2016, 114601).
- SAP Sevilla núm. 485/2015, de 20 de noviembre (JUR 2016, 60731).
- SAP Sevilla núm. 458/2015, de 5 de noviembre (JUR 2016, 60962).
- SAP Sevilla núm. 450/2015, de 28 de octubre (JUR 2016, 60502).
- SAP Sevilla núm. 375/2015, de 18 de septiembre (JUR 2015, 287651).
- SAP Sevilla núm. 297/2015, de 30 de junio (JUR 2015, 255704).

- SAP Sevilla núm. 158/2015, de 17 de abril (JUR 2015, 208368).
- SAP Sevilla núm. 65/2015, de 18 de febrero (JUR 2015, 128929).
- SAP Sevilla núm. 531/2014, de 24 de octubre (JUR 2015, 71304).
- SAP Sevilla núm. 332/2014, de 30 de junio (JUR 2014, 265033).
- SAP Sevilla núm. 329/2014, de 30 de junio (JUR 2014, 265026).
- SAP Sevilla núm. 316/2014, de 26 de junio (JUR 2014, 265242).
- SAP Sevilla núm. 244/2014, de 6 de mayo (JUR 2014, 265383).
- SAP Sevilla núm. 20/2014, de 29 de enero (JUR 2014, 100612).
- SAP Sevilla núm. 340/2013, de 10 de septiembre (JUR 2014, 46278).
- SAP Sevilla núm. 285/2013, de 27 de junio (JUR 2013, 302305).
- SAP Sevilla núm. 225/2013, de 5 de junio (JUR 2013, 301925).
- SAP Sevilla núm. 141/2013, de 24 de abril (JUR 2013, 289384).
- SAP Sevilla núm. 161/2013, de 11 de abril (JUR 2013, 333393).
- SAP Sevilla núm. 121/2013, de 27 de marzo (JUR 2013, 254404).
- SAP Sevilla núm. 100/2013, de 27 de marzo (JUR 2013, 251070).
- SAP Sevilla núm. 25/2013, de 31 de enero (JUR 2013, 205499).
- SAP Sevilla núm. 369/2012, de 28 de septiembre (JUR 2013, 147205).
- SAP Sevilla núm. 250/2012, de 20 de junio (JUR 2013, 146850).
- SAP Sevilla núm. 288/2012, de 14 de junio (JUR 2012, 308682).
- SAP Sevilla núm. 284/2012, de 14 de junio (JUR 2012, 308069).
- SAP Sevilla núm. 183/2012, de 10 de mayo (JUR 2012, 301244).
- SAP Sevilla núm. 156/2012, de 20 de abril (JUR 2012, 301126).
- SAP Sevilla núm. 241/2011, de 22 de junio (JUR 2011, 381342).
- SAP Sevilla núm. 503/2010, de 16 de diciembre (JUR 2011, 368522).
- SAP Sevilla núm. 467/2010, de 24 de noviembre (JUR 2011, 122177).
- SAP Sevilla núm. 203/2010, de 7 de junio (JUR 2011, 74311).
- SAP Sevilla núm. 83/2002, de 6 de febrero (JUR 2002, 160400).
- SAP Sevilla núm. 460/2000, de 12 de junio (JUR 2000, 283140).
- SAP Sevilla núm. 333/2000, de 17 de abril (AC 2000, 2012).

Soria:

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- SAP Soria núm. 63/2015, de 23 de julio (JUR 2015, 214554).
- SAP Soria núm. 39/2015, de 30 de abril (JUR 2015, 149177).
- SAP Soria núm. 8/2013, de 13 de febrero (JUR 2013, 164912).

Tarragona:

- SAP Tarragona núm. 214/2015, de 20 de abril (JUR 2015, 166766).
- SAP Tarragona núm. 162/2015, de 25 de marzo (JUR 2015, 157919).
- SAP Tarragona núm. 13/2015, de 16 de enero (JUR 2015, 80577).
- SAP Tarragona núm. 383/2014, de 19 de noviembre (JUR 2015, 58146).
- SAP Tarragona núm. 314/2014, de 6 de octubre (JUR 2014, 298792).
- SAP Tarragona núm. 254/2014, de 25 de julio (JUR 2014, 236305).
- SAP Tarragona núm. 172/2014, de 16 de mayo (JUR 2014, 182574).
- SAP Tarragona núm. 147/2012, de 28 de marzo (JUR 2012, 227434).
- SAP Tarragona núm. 177/2011, de 3 de mayo (JUR 2012, 59558).
- SAP Tarragona núm. 124/2011, de 3 de marzo (JUR 2011, 209902).
- SAP Tarragona núm. 428/2010, de 3 de noviembre (JUR 2011, 81681).
- SAP Tarragona núm. 422/2010, de 27 de octubre (JUR 2011, 82187).
- SAP Tarragona núm. 351/2005, de 20 de junio (JUR 2006, 214657).

Toledo:

- SAP Toledo núm. 169/2015, de 1 de julio (JUR 2015, 181076).
- SAP Toledo núm. 150/2015, de 11 de junio (JUR 2015, 182210).
- SAP Toledo núm. 129/2015, de 12 de mayo (JUR 2015, 148679).
- SAP Toledo núm. 191/2014, de 5 de noviembre (JUR 2015, 61385).
- SAP Toledo núm. 4/2014, de 28 de enero (JUR 2014, 67253).
- SAP Toledo núm. 268/2013, de 26 de noviembre (JUR 2014, 10029).
- SAP Toledo núm. 315/2012, de 15 de noviembre (JUR 2012, 404285).
- SAP Toledo núm. 143/2011, de 4 de mayo (JUR 2011, 214766).
- SAP Toledo núm. 218/2010, de 23 de septiembre (JUR 2010, 391839).
- SAP Toledo núm. 171/2010, de 29 de junio (JUR 2010, 276387).

- SAP Toledo núm. 259/2009, de 2 de octubre (JUR 2009, 469993).
- SAP Toledo núm. 336/2004, de 19 de noviembre (JUR 2004, 311989).
- SAP Toledo núm. 331/2000, de 13 de octubre (AC 2000, 2534).
- SAP Toledo núm. 196/2000, de 18 de mayo (AC 2000, 1385).

Valencia:

- SAP Valencia núm. 131/2016, de 17 de febrero (JUR 2016, 143943).
- SAP Valencia núm. 837/2015, de 21 de diciembre (JUR 2016, 127396).
- SAP Valencia núm. 450/2015, de 7 de julio (JUR 2016, 1927).
- SAP Valencia núm. 333/2015, de 3 de junio (JUR 2015, 206403).
- SAP Valencia núm. 312/2015, de 25 de mayo (JUR 2015, 206455).
- SAP Valencia núm. 306/2015, de 25 de mayo (JUR 2015, 169421).
- SAP Valencia núm. 305/2015, de 22 de mayo (JUR 2015, 168554).
- SAP Valencia núm. 286/2015, de 18 de mayo (JUR 2015, 169046).
- SAP Valencia núm. 284/2015, de 13 de mayo (JUR 2015, 168930).
- SAP Valencia núm. 278/2015, de 13 de mayo (JUR 2015, 168551).
- SAP Valencia núm. 254/2015, de 4 de mayo (JUR 2015, 168438).
- SAP Valencia núm. 249/2015, de 4 de mayo (JUR 2015, 168429).
- SAP Valencia núm. 132/2015, de 3 de marzo (JUR 2015, 128834).
- SAP Valencia núm. 27/2015, de 19 de enero (JUR 2015, 95639).
- SAP Valencia núm. 21/2015, de 19 de enero (JUR 2015, 95217).
- SAP Valencia núm. 10/2014, de 14 de enero de 2015 (JUR 2015, 95939).
- SAP Valencia núm. 372/2014, de 26 de diciembre (JUR 2015, 95056).
- SAP Valencia núm. 908/2014, de 25 de noviembre (JUR 2015, 96723).
- SAP Valencia núm. 872/2014, de 13 de noviembre (JUR 2015, 74423).
- SAP Valencia núm. 790/2014, de 23 de octubre (JUR 2015, 70756).
- SAP Valencia núm. 738/2014, de 13 de octubre (JUR 2015, 51182).
- SAP Valencia núm. 662/2014, de 19 de septiembre (JUR 2014, 271349).
- SAP Valencia núm. 606/2014, de 25 de julio (JUR 2014, 271179).
- SAP Valencia núm. 558/2014, de 16 de julio (JUR 2014, 252577).
- SAP Valencia núm. 555/2014, de 16 de julio (JUR 2014, 252470).

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- SAP Valencia núm. 547/2014, de 14 de julio (JUR 2014, 252215).
- SAP Valencia núm. 544/2014, de 14 de julio (JUR 2014, 252661).
- SAP Valencia núm. 529/2014, de 8 de julio (JUR 2014, 252225).
- SAP Valencia núm. 510/2014, de 3 de julio (JUR 2014, 252297).
- SAP Valencia núm. 479/2014, de 30 de junio (JUR 2014, 252568).
- SAP Valencia núm. 468/2014, de 24 de junio (JUR 2014, 255350).
- SAP Valencia núm. 455/2014, de 19 de junio (JUR 2014, 200762).
- SAP Valencia núm. 431/2014, de 16 de junio (JUR 2014, 201093).
- SAP Valencia núm. 397/2014, de 4 de junio (JUR 2014, 200756).
- SAP Valencia núm. 368/2014, de 28 de mayo (JUR 2014, 200520).
- SAP Valencia núm. 358/2014, de 27 de mayo (JUR 2014, 200751).
- SAP Valencia núm. 296/2014, de 7 de mayo (JUR 2014, 173476).
- SAP Valencia núm. 172/2014, de 25 de abril (JUR 2014, 190555).
- SAP Valencia núm. 245/2014, de 11 de abril (JUR 2014, 168754).
- SAP Valencia núm. 229/2014, de 7 de abril (JUR 2014, 169136).
- SAP Valencia núm. 219/2014, de 2 de abril (JUR 2014, 168139).
- SAP Valencia núm. 224/2014, de 31 de marzo (JUR 2014, 168318).
- SAP Valencia núm. 206/2014, de 31 de marzo (JUR 2014, 168545).
- SAP Valencia núm. 196/2014, de 26 de marzo (JUR 2014, 165386).
- SAP Valencia núm. 189/2014, de 24 de marzo (JUR 2014, 165086).
- SAP Valencia núm. 181/2014, de 18 de marzo (JUR 2014, 122633).
- SAP Valencia núm. 180/2014, de 18 de marzo (JUR 2014, 123119).
- SAP Valencia núm. 338/2013, de 20 de mayo (JUR 2013, 231883).
- SAP Valencia núm. 126/2013, de 25 de febrero (JUR 2013, 191322).
- SAP Valencia núm. 119/2013, de 21 de febrero (JUR 2013, 156744).
- SAP Valencia núm. 860/2012, de 18 de diciembre (JUR 2013, 61394).
- SAP Valencia núm. 774/2012, de 22 de noviembre (JUR 2013, 20038).
- SAP Valencia núm. 563/2012, de 25 de julio (JUR 2012, 357810).
- SAP Valencia núm. 398/2012, de 5 de junio (JUR 2012, 294179).
- SAP Valencia núm. 209/2012, de 20 de abril (AC 2012, 1798).
- SAP Valencia núm. 271/2012, de 18 de abril (JUR 2012, 215570).
- SAP Valencia núm. 171/2012, de 5 de marzo (JUR 2012, 227029).

- SAP Valencia núm. 358/2011, de 24 de junio (JUR 2011, 325523).
- SAP Valencia núm. 156/2011, de 21 de febrero (JUR 2011, 76122).
- SAP Valencia núm. 692/2010, de 25 de octubre (JUR 2011, 42864).
- SAP Valencia núm. 435/2010, de 30 de junio (JUR 2010, 311866).
- SAP Valencia núm. 142/2007, de 15 de marzo (JUR 2007, 273045).
- SAP Valencia núm. 170/2006, de 17 de marzo (JUR 2006, 196302).
- SAP Valencia núm. 527/2004, de 22 de septiembre (AC 2004, 2045).
- SAP Valencia núm. 516/2004, de 16 de septiembre (JUR 2005, 1079).
- SAP Valencia núm. 502/2003, de 13 de octubre (JUR 2003, 271066).
- SAP Valencia núm. 401/2002, de 19 de junio (JUR 2002, 251585).
- SAP Valencia núm. 152/2002, de 7 de marzo (JUR 2002, 161814).
- SAP Valencia núm. 472/1996, de 30 de septiembre (AC 1996, 1537).
- SAP Valencia de 20 de enero de 1995 (AC 1995, 163).

Valladolid:

- SAP Valladolid núm. 108/2016, de 25 de abril (JUR 2016, 174192).
- SAP Valladolid núm. 77/2016, de 7 de abril (JUR 2016, 97839).
- SAP Valladolid núm. 313/2013, de 3 de diciembre (JUR 2014, 9917).
- SAP Valladolid núm. 242/2013, de 23 de septiembre (JUR 2013, 313710).
- SAP Valladolid núm. 73/2013, de 22 de febrero (AC 2013, 712).
- SAP Valladolid núm. 66/2010, de 26 de febrero (JUR 2010, 155218).
- SAP Valladolid núm. 46/2010, de 12 de febrero (JUR 2010, 134111).
- SAP Valladolid núm. 151/2001, de 3 de abril (JUR 2001, 171421).
- SAP Valladolid núm. 606/1995, de 22 de diciembre (AC 1995, 2449).

Vizcaya:

- SAP Vizcaya núm. 285/2016, de 4 de mayo (JUR 2016, 187870).
- SAP Vizcaya núm. 207/2016, de 29 de marzo (JUR 2016, 117610).
- SAP Vizcaya núm. 155/2016, de 7 de marzo (JUR 2016, 117484).

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- SAP Vizcaya núm. 72/2016, de 4 de febrero (JUR 2016, 80362).
- SAP Vizcaya núm. 18/2016, de 19 de enero (JUR 2016, 71393).
- SAP Vizcaya núm. 633/2015, de 27 de noviembre (JUR 2016, 60281).
- SAP Vizcaya núm. 408/2015, de 30 de junio (JUR 2015, 209436).
- SAP Vizcaya núm. 401/2015, de 25 de junio (JUR 2015, 207148).
- SAP Vizcaya núm. 373/2015, de 16 de junio (JUR 2015, 206947).
- SAP Vizcaya núm. 344/2015, de 2 de junio (JUR 2015, 207143).
- SAP Vizcaya núm. 280/2015, de 6 de mayo (JUR 2015, 178523).
- SAP Vizcaya núm. 228/2015, de 15 de abril (JUR 2015, 170813).
- SAP Vizcaya núm. 201/2015, de 31 de marzo (JUR 2015, 131942).
- SAP Vizcaya núm. 142/2015, de 12 de marzo (JUR 2015, 132181).
- SAP Vizcaya núm. 97/2015, de 26 de febrero (JUR 2015, 102101).
- SAP Vizcaya núm. 735/2014, de 23 de diciembre (JUR 2015, 65284).
- SAP Vizcaya núm. 711/2014, de 15 de diciembre (JUR 2015, 65522).
- SAP Vizcaya núm. 597/2014, de 30 de octubre (JUR 2015, 14468).
- SAP Vizcaya núm. 421/2014, de 26 de junio (JUR 2014, 240111).
- SAP Vizcaya núm. 322/2014, de 15 de mayo (JUR 2014, 231680).
- SAP Vizcaya núm. 138/2014, de 28 de febrero (JUR 2014, 183204).
- SAP Vizcaya núm. 536/2011, de 20 de julio (JUR 2012, 172052).
- SAP Vizcaya núm. 481/2009, de 3 de diciembre (JUR 2010, 139497).
- SAP Vizcaya núm. 560/2002, de 6 de septiembre (JUR 2003, 89219).
- SAP Vizcaya núm. 477/2002, de 10 de julio (JUR 2003, 88877).
- SAP Vizcaya núm. 293/2001, de 21 de marzo (AC 2001, 490).
- SAP Vizcaya núm. 45/2001, de 12 de marzo (JUR 2001, 299740).

Zamora:

- SAP Zamora núm. 63/2016, de 17 de marzo (JUR 2016, 98566).
- SAP Zamora núm. 175/2015, de 5 de noviembre (JUR 2015, 297626).
- SAP Zamora núm. 146/2015, de 25 de septiembre (JUR 2015, 274314).
- SAP Zamora núm. 143/2015, de 18 de septiembre (JUR 2015, 274315).
- SAP Zamora núm. 125/2015, de 28 de julio (JUR 2015, 274810).

- SAP Zamora núm. 45/2012, de 22 de marzo (JUR 2012, 141427).
- SAP Zamora núm. 379/2005, de 30 de diciembre (JUR 2006, 70454).
- SAP Zamora núm. 297/2004, de 19 de octubre (JUR 2004, 313849).
- SAP Zamora núm. 17/2003, de 22 de enero (JUR 2003, 67263).

Zaragoza:

- SAP Zaragoza núm. 330/2015, de 30 de junio (JUR 2015, 182566).
- SAP Zaragoza núm. 131/2015, de 24 de marzo (JUR 2015, 105905).
- SAP Zaragoza núm. 425/2014, de 7 de octubre (JUR 2015, 7324).
- SAP Zaragoza núm. 386/2014, de 16 de septiembre (JUR 2014, 260176).
- SAP Zaragoza núm. 375/2014, de 29 de julio (JUR 2014, 221689).
- SAP Zaragoza núm. 100/2014, de 25 de febrero (JUR 2014, 72423).
- SAP Zaragoza núm. 639/2013, de 20 de diciembre (JUR 2014, 18639).
- SAP Zaragoza núm. 70/2013, de 12 de febrero (JUR 2013, 111299).
- SAP Zaragoza núm. 285/2012, de 22 de mayo (JUR 2012, 191189).
- SAP Zaragoza núm. 212/2012, de 20 de abril (JUR 2012, 158628).
- SAP Zaragoza núm. 153/2012, de 20 de marzo (JUR 2012, 127201).
- SAP Zaragoza núm. 641/2005, de 14 de diciembre (JUR 2006, 24549).
- SAP Zaragoza núm. 130/2002, de 7 de marzo (JUR 2002, 118695).
- SAP Zaragoza núm. 74/2002, de 5 de febrero (JUR 2002, 100031).
- SAP Zaragoza de 23 de enero de 2001 (AC 2001, 749).
- SAP Zaragoza núm. 673/2000, de 7 de noviembre (AC 2001, 1492).

Dirección General de Registros y del Notariado:

- RDGRN núm. 4914/2015, de 8 de abril (RJ 2015, 1755).
- RDGRN núm. 2692/2015, de 20 de febrero (RJ 2015, 1226).
- RDGRN núm. 12221/2014, de 24 de octubre (RJ 2014, 6107).
- RDGRN núm. 8775/2013, de 9 de julio (RJ 2013, 6668).
- RDGRN núm. 8343/2012, de 19 de mayo (RJ 2012, 7934).
- RDGRN de 18 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 1667).

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- RDGRN de 14 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3006).
- RDGRN de 10 de octubre de 2008 (RJ 2009, 634).
- RDGRN de 27 de agosto de 2008 (RJ 2008, 8285).
- RDGRN de 19 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 6167).
- RDGRN de 6 de julio de 2007 (RJ 2007, 6161).
- RDGRN núm. 1/2005, de 28 de mayo (RJ 2005, 5493).
- RDGRN de 20 de febrero de 2004 (RJ 2004, 2376).
- RDGRN de 28 de noviembre de 2002 (RJ 2003, 151).
- RDGRN de 31 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2739).
- RDGRN de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7680).
- RDGRN de 25 de junio de 1998 (RJ 1998, 5240).
- RDGRN de 26 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1863).
- RDGRN de 12 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1113).
- RDGRN de 17 de febrero de 1993 (RJ 1993, 1411).
- RDGRN de 19 de enero de 1993 (RJ 1993, 444).

Otros tribunales:

- RDGDyEJ Cataluña núm. 917/2007, de 22 de marzo (JUR 2007, 236319).

II. TRIBUNALES ITALIANOS.

Corte cost.:

- Corte cost., 30 julio 2008, núm. 308, en *DeJure online*.
- Corte cost., 16 abril 1999, núm. 125, en *Dejure online*.
- Corte cost., 13 mayo 1998, núm. 166, en *DeJure online*.
- Corte cost., 18 abril 1997, núm. 99, en *Dejure online*.
- Corte cost., ord., 23 enero 1990, núm. 20, en *Dejure online*.
- Corte cost., 27 julio 1989, núm. 454, en *Dejure online*.

Cass.:

- Cass., 9 febrero 2016, núm. 2506, en *DeJure online*.
- Cass., 14 julio 2015, núm. 14727, en *DeJure online*.
- Cass., 2 febrero 2015, núm. 1860, en *DeJure online*.
- Cass. Sez. Un., 29 septiembre 2014, núm. 20448, en *DeJure online*.
- Cass., 20 agosto 2014, núm. 18076, en *DeJure online*.
- Cass., 15 julio 2014, núm. 16171, en *DeJure online*.
- Cass., 18 septiembre 2013, núm. 21334, en *DeJure online*.
- Cass., 8 agosto 2013, núm. 18979, en *DeJure online*.
- Cass., 8 mayo 2013, núm. 10719, en *DeJure online*.
- Cass., 9 agosto 2012, núm. 14348, en *DeJure online*.
- Cass., 30 de marzo de 2012, núm. 5174, en *DeJure online*.
- Cass., 16 septiembre 2011, núm. 18992, en *DeJure online*.
- Cass., 21 enero 2011, núm. 1491, en *DeJure online*.
- Cass., 22 de marzo de 2010, núm. 6861, en *DeJure online*.
- Cass., 18 septiembre 2009, núm. 20144, en *DeJure online*.
- Cass., 17 julio 2009, núm. 16802, en *DeJure online*.
- Cass., 28 de enero de 2009, núm. 2184, en *DeJure online*.
- Cass., 23 abril 2008, núm. 10558, en *DeJure online*.
- Cass., 18 febrero 2008, núm. 3934, en *DeJure online*.
- Cass., 17 diciembre 2007, núm. 26574, en *DeJure online*.
- Cass., 14 diciembre 2007, núm. 26476, en *DeJure online*.
- Cass., 23 noviembre 2007, núm. 24407, en *DeJure online*.
- Cass., 16 mayo 2007, núm. 11305, en *DeJure online*.
- Cass., 22 marzo 2007, núm. 6979, en *DeJure online*.
- Cass., 3 marzo 2006, núm. 4719, en *DeJure online*.
- Cass., 13 febrero 2006, núm. 3030, en *DeJure online*.
- Cass., 7 febrero 2006, núm. 2627, en *Dejure online*.
- Cass., 2 febrero 2006, núm. 2338, en *DeJure online*.
- Cass., 26 enero 2006, núm. 1545, en *DeJure online*.
- Cass., 20 enero 2006, núm. 1198, en *DeJure online*.
- Cass., 19 septiembre 2005, núm. 18476, en *DeJure online*.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- Cass., 10 junio 2005, núm. 12296, en *DeJure online*.
- Cass., 4 mayo 2005, núm. 9253, en *DeJure online*.
- Cass., 22 abril 2005, núm. 8539, en *DeJure online*.
- Cass., Sez. Un., 21 julio 2004, núm. 13603, en *DeJure online*.
- Cass., 6 julio 2004, núm. 12309, en *DeJure online*.
- Cass., 18 septiembre 2003, núm. 13747, en *DeJure online*.
- Cass., 18 septiembre 2003, núm. 13736, en *DeJure online*.
- Cass., 29 agosto 2003, núm. 12705, en *DeJure online*.
- Cass., 8 abril 2003, núm. 5455, en *DeJure online*.
- Cass., 2 abril 2003, núm. 5067, en *DeJure online*.
- Cass., 28 marzo 2003, núm. 4753, en *DeJure online*.
- Cass., 7 marzo 2003, núm. 3434, en *DeJure online*.
- Cass., 17 enero 2003, núm. 661, en *DeJure online*.
- Cass., 9 septiembre 2002, núm. 13065, en *DeJure online*.
- Cass., Sez. Un., 26 julio 2002, núm. 11096, en *DeJure online*.
- Cass., 18 septiembre 2001, núm. 11696, en *DeJure online*.
- Cass., 17 septiembre 2001, núm. 11630, en *DeJure online*.
- Cass., 7 julio 2000, núm. 9073, en *DeJure online*.
- Cass., 23 febrero 2000, núm. 2070, en *DeJure online*.
- Cass., 12 enero 2000, núm. 266, en *DeJure online*.
- Cass., 28 enero 1998, núm. 822, en *DeJure online*.
- Cass., 18 agosto 1997, núm. 7680, en *DeJure online*.
- Cass., 7 julio 1997, núm. 6106, en *DeJure online*.
- Cass., Sez. Un., 28 octubre 1995, núm. 11297, en *DeJure online*.
- Cass., 26 enero 1995, núm. 929, en *DeJure online*.
- Cass., 15 mayo 1993, núm. 5567, en *DeJure online*.
- Cass., 17 octubre 1992, núm. 11424, en *DeJure online*.
- Cass., 5 junio 1991, núm. 6348, en *DeJure online*.
- Cass., 5 julio 1988, núm. 4420, en *DeJure online*.
- Cass., 29 julio 1987, núm. 6550, en *DeJure online*.
- Cass. Sez. Un., 28 abril 1987, núm. 4089, en *DeJure online*.
- Cass., 31 enero 1986, núm. 624, en *DeJure online*.

- Cass., 30 enero 1985, núm. 578, en *DeJure online*.
- Cass., 21 octubre 1981, núm. 5507, en *DeJure online*.
- Cass., 19 junio 1980, núm. 3900, en *DeJure online*.
- Cass., 18 diciembre 1978, núm. 6037.
- Cass., 19 mayo 1978, núm. 2462, en *DeJure online*.

Otros tribunales:

- Tribunale Benevento, sez. I, 16 diciembre 2015, en *Dejure online*.
- Tribunale di Viterbo 12 octubre 2006, en *DeJure online*.

III. TRIBUNALES PORTUGUESES.

Tribunal Constitucional portugués:

- Acórdão núm. 1221/96, de 4 de diciembre de 1996.

Supremo Tribunal de Justiça:

- Sentencia del Supremo Tribunal de Justiça de 15 de febrero de 2005 (proceso 04A3621).
- Sentencia del Supremo Tribunal de Justiça de 18 de marzo de 2004 (proceso 04B021).
- Sentencia del Supremo Tribunal de Justiça de 7 de octubre de 2003 (proceso 03A1945).
- Sentencia del Supremo Tribunal de Justiça de 11 de diciembre de 2001 (proceso 01A3852).
- Sentencia del Supremo Tribunal de Justiça de 12 de marzo de 1996 (proceso 96B019).
- Sentencia del Supremo Tribunal de Justiça de 7 de diciembre de 1995 (proceso 087034).
- Sentencia del Supremo Tribunal de Justiça de 19 de noviembre de 1991 (proceso 080789).

ANEXO: VERSIÓN EN LENGUA CASTELLANA DE LA INTRODUCCIÓN Y LAS CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

En estas líneas vamos a ofrecer al lector una somera visión del objeto de la investigación (atribución judicial del uso de la vivienda familiar en las crisis familiares), así como de los motivos que han justificado la elección del mismo y de la metodología empleada en la realización del trabajo. Finalmente, detallaremos brevemente el contenido de cada uno de los capítulos en los cuales se divide esta obra.

I. Objeto de la investigación: la atribución judicial del uso de la vivienda familiar en las crisis familiares.

El objeto del presente estudio es analizar la atribución judicial del uso de la vivienda familiar en las crisis familiares. Cuando se produce una crisis familiar, ya sea matrimonial o extramatrimonial, los miembros de la pareja suelen acudir a los tribunales para que éstos establezcan las medidas, de carácter personal (régimen de convivencia con los hijos, régimen de relaciones de otros parientes y allegados con los hijos, etc.) y económico (pensión compensatoria, pensión de alimentos, uso de la vivienda familiar, liquidación del régimen económico-matrimonial, etc.), que van a regir sus vidas desde el momento de la crisis en adelante.

De entre las medidas económicas que debe adoptar el juez, una de ellas reviste especial importancia: la relativa al uso de la vivienda familiar. En efecto, la vivienda familiar, por su dimensión sentimental (pertenencia y apego a un espacio) y económica (valor económico), es uno de los bienes más preciados (si no el que más) de los que dispone la familia, por lo que suele ser habitual que ambas partes pretendan, en la demanda de divorcio, la atribución de su uso. Máxime si se trata de familias de economía modesta o media, que no disponen de viviendas alternativas que permitan el realojamiento del cónyuge al que no se atribuya el uso.

A la hora de adoptar la medida, se debe distinguir entre dos situaciones, a la vista del art. 96 CC. La primera de ellas es que los cónyuges tengan hijos menores de edad (cuestión que se matizará a lo largo de la obra), en cuyo caso la atribución del uso de la vivienda familiar no será una medida que el juez adopte con carácter autónomo, sino que estará vinculada a una decisión anterior: la guarda y custodia de los hijos. En efecto, el art. 96.I CC parte de que el interés de los hijos a continuar residiendo en la vivienda es el interés más necesitado de protección, de suerte que el uso de la misma se atribuirá al cónyuge que quede a cargo de los mismos.

Tal planteamiento decae en la segunda situación que contempla el art. 96 CC, esto es, que los cónyuges no tengan hijos (cuestión que también se matizará más adelante). En este supuesto, y por mor del art. 96.III CC, el uso de la misma se puede atribuir al cónyuge no titular de la misma (y, con mayor razón, también al cotitular, aunque no lo diga el precepto), siempre que las circunstancias concurrentes “lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”.

Sin embargo, la realidad ha superado con creces el rigor del art. 96 CC, poniendo de manifiesto que su texto no puede abordar la amplia casuística que se puede dar en la práctica. Ello, de alguna forma, ha sido paliado en diversas legislaciones autonómicas (catalana, aragonesa, valenciana y vasca) sobre relaciones familiares, que han ampliado sus miras y contemplado de una forma más exhaustiva algunas de las situaciones que se producen en la práctica, y que el art. 96 CC no contempla; muy especialmente, la custodia compartida.

II. Justificación de la investigación.

En los últimos tiempos, la utilidad del art. 96 CC para resolver la totalidad de los supuestos planteados en sede de crisis familiares se ha puesto en tela de juicio, debido, en gran parte, a su rigidez para afrontar los cambios que, en la sociedad en general, y en el Derecho de familia en particular, se vienen produciendo de un tiempo a esta parte.

ANEXO

En efecto, una serie de cambios sociales (mayores posibilidades laborales de la mujer, independencia económica de éstas, rol más participativo y colaborativo del hombre en las tareas domésticas, descenso del periodo de duración media de los matrimonios y de la convivencia en general, convicción de que para un desarrollo integral de la personalidad del niño es absolutamente necesaria una relación habitual con ambos padres, etc.) ha aconsejado que en muchos supuestos se opte por atribuir a los ex cónyuges un régimen de custodia compartida de los hijos; régimen en el que, sin duda, para nada está pensando el art. 96.I CC, que parte de que la custodia de los hijos se concede en exclusiva a uno de los progenitores y, como consecuencia de ello, se le debe atribuir el uso de la vivienda familiar para garantizar que la necesidad de alojamiento de aquéllos quede cubierta satisfactoriamente.

A la vista de dicha situación, hemos considerado oportuno poner de manifiesto en el presente estudio las carencias del art. 96 CC para regular las crisis familiares actuales, partiendo, para una correcta comprensión lógico-secuencial del trabajo, de un exhaustivo análisis del derecho de uso de la vivienda familiar, cuyos contornos y caracteres han sido discutidos tradicionalmente en sede doctrinal y jurisprudencial, especialmente en cuestiones tales como la naturaleza (real o personal), su titularidad, su duración temporal y la eventual oponibilidad del mismo a terceros.

Asimismo, y dada la heterogeneidad del concepto actual de familia, nos ha parecido pertinente dedicar un capítulo a las uniones de hecho, cuya importancia en términos cuantitativos y cualitativos es, sin duda, muy relevante hoy en día en las sociedades occidentales. Aunque a las mismas les son aplicables algunas de las normas en materia de atribución del uso de la vivienda familiar, como por ejemplo el art. 96.I CC cuando existan hijos, el no sometimiento a los derechos y obligaciones de la institución del matrimonio, comporta un tratamiento diferenciado en algún aspecto: especialmente, en el supuesto de que no existan hijos, en cuyo caso no procede aplicar por analogía el art. 96.III CC, debiendo recurrirse a otros remedios (principalmente, principio de prohibición del enriquecimiento injusto) para compensar al conviviente perjudicado económicamente tras la ruptura.

III. Metodología de la investigación.

En cuanto a la metodología de la investigación, se ha utilizado principalmente la investigación jurídico-social. En efecto, el hecho de ser la atribución del uso de la vivienda familiar una medida sensible a la evolución sociológica de las familias, impone la necesidad de abordar la investigación no sólo desde un punto de vista jurídico, sino también atendiendo a la realidad social del tiempo en el que se ha llevado a cabo la investigación. En consecuencia, la terminología empleada no se reduce al ámbito de lo estrictamente jurídico, sino que también se utilizan términos empleados en el campo de la sociología, especialmente para denominar a los diferentes grupos sociales que se constituyen como alternativa a las familias tradicionales.

Desde luego, es precisamente la evolución de la sociedad y del Derecho de familia la que ha motivado la realización del presente estudio, por lo que había que atenerse a la misma. En este sentido, se han consultado fuentes estadísticas proporcionadas por el I.N.E. (“Instituto Nacional de Estadística”) relativas al número de separaciones, divorcios y nulidades en los matrimonios de los últimos años, al aumento de la proporción familias no casadas/familias casadas, a la pérdida de peso relativo de las custodias monoparentales frente a las custodias compartidas, etc., todo ello con el objetivo de tratar de establecer patrones de comportamiento social que justifiquen la necesidad de reformar el art. 96 CC.

En cuanto a la investigación jurídica en sí misma considerada, se ha realizado un análisis exhaustivo de la doctrina y jurisprudencia nacionales. En cuanto a la doctrina, se han tenido en cuenta tanto las aportaciones de autores clásicos sobre el concepto y contenido del derecho de uso (muchas de ellas aún hoy en día especialmente útiles y relevantes), como los estudios más recientes que, de algún modo, tratan de poner de manifiesto varias de las preocupaciones que analizamos en el presente estudio, alertando de la incapacidad del art. 96 CC para solucionar la atribución del uso de la vivienda familiar en determinadas situaciones. El análisis de la jurisprudencia no se puede considerar de menos exhaustivo, con un examen de más de mil resoluciones, correspondiente tanto a tribunales nacionales como extranjeros.

ANEXO

Respecto a la legislación, se ha realizado un análisis profundo de la norma fundamental en la materia, el art. 96 CC, al tiempo que se ha tratado de complementar con soluciones procedentes de otras normas, especialmente de la legislación autonómica existente en materia de relaciones familiares. A este respecto, se han tenido en cuenta: a) los Capítulos III (“Los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial”) y IV (“Convivencia estable en pareja”) del Título III (“La familia”) del Libro Segundo (“La persona y la familia”) del Código Civil de Cataluña; b) el art. 81 (“Atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar”) del Código de Derecho Foral de Aragón; c) la Ley núm. 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven; d) la Ley vasca núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores; y e) en menor medida, la Ley Foral navarra núm. 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.

Mención aparte merece el texto del “Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia”, el cual, de aprobarse, modificará sobremanera la estructura y contenido, en lo que aquí interesa, de los arts. 92 y 96 CC, introduciendo novedades, respectivamente, en materia de custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar. El texto adopta una posición moderna en la materia que estudiamos, contemplando muchas de las demandas doctrinales que de un tiempo a esta parte venían produciéndose. No obstante, especialmente en materia de atribución del uso de la vivienda familiar, a nuestro parecer no sigue un esquema lógico, sino que las diferentes soluciones (muchas de las cuales, como se verá, compartimos) se encuentran plasmadas en los distintos apartados del precepto cuya nueva redacción se propone (art. 96 CC) de una forma inconexa y, en ocasiones, aleatoria, lo que sin duda dificulta su comprensión.

En otro orden de cosas, hemos recurrido igualmente al método de analizar el Derecho comparado, realizando una prospección de los ordenamientos jurídicos italiano y portugués en búsqueda de soluciones que poder “exportar” a nuestro país. En el país

transalpino, la discusión doctrinal ha ido por los mismos cauces que en España, existiendo posiciones enfrentadas en relación con la naturaleza (real o personal) del derecho de uso. Sin embargo, la cuestión de la atribución del uso de la vivienda familiar no se encuentra especialmente desarrollada, con una legislación parca en soluciones (al estilo que la normativa española de Derecho común), que dista de la heterogeneidad de las soluciones propuestas por la normativa autonómica española en materia de relaciones familiares. Más novedosa es la legislación portuguesa, que, al estilo de la legislación francesa, concede el uso de la vivienda familiar en arrendamiento, debiendo el cónyuge no titular beneficiado por el uso pagar al otro una cuantía económica en concepto de renta.

La elección de estos dos ordenamientos no ha sido caprichosa o antojadiza, sino que responde a las estancias llevadas a cabo por el autor de esta tesis doctoral, gracias a la obtención de diversas ayudas para la realización de periodos de investigación en el extranjero, concretamente: a) estancia en el “Dipartimento di Giurisprudenza” de la Università degli Studi di Catania (Italia), del 1 al 30 de septiembre de 2014; b) estancia en el “Dipartimento di Scienze Giuridiche” de la Università degli Studi di Salerno (Italia), del 2 de marzo al 1 de junio de 2015; y c) estancia en la “Faculdade de Direito” de la Universidade de Coimbra (Portugal), del 23 de octubre al 22 de diciembre de 2015.

IV. Estructura de la investigación.

El resultado de la investigación llevada a cabo se compone de siete capítulos, que pasamos a desglosar a continuación. Así, el Capítulo primero (“Consideraciones preliminares”) consiste en una introducción a los conceptos que se irán desarrollando a lo largo de la obra, advirtiéndolo al lector, antes que nada, de la situación económico-social que justifica la realización de una reflexión crítica de la utilidad del art. 96 CC en los tiempos que corren.

Hecha esta advertencia, se procede a un análisis de un concepto fundamental sobre el cual va a girar toda la obra: la vivienda familiar. A pesar de ser un concepto ya

delimitado tiempo atrás por la doctrina, la constante aparición, de tanto en tanto, de sentencias y opiniones doctrinales que ofrecen una distinta visión del mismo, considerando como vivienda familiar determinados inmuebles que *a priori* no deberían serlo, nos ha llevado a realizar una reafirmación de aquello que debe entenderse como “vivienda familiar”, a efectos de tener un punto de partido sólido desde el cual construir el resto de conceptos.

En último término, en este primer capítulo se realiza una reinterpretación del concepto de “interés superior del menor” (*favor filii*). En efecto, toda la construcción doctrinal y jurisprudencial del art. 96 CC ha girado tradicionalmente en torno a la importancia de mantener a los hijos menores de edad en la vivienda que habían venido habitando constante el matrimonio, al objeto de que éstos continúen desarrollándose en su “entorno habitual” (colegio, amistades, vecindario, etc.). Sin embargo, nos ha parecido pertinente cuestionar tan rígida solución, analizando las distintas situaciones en las que dicho interés a permanecer en la vivienda familiar carece de sentido (por ejemplo, cuando se trata de un bebé que aún no tiene conciencia de lo que le rodea). Y es que la permanencia del menor a toda costa en la vivienda familiar puede perjudicar gravemente los intereses del progenitor no custodio titular de la vivienda, por lo que hay que buscar una solución que, en el caso concreto, concilie de la mejor forma posible todos los intereses en juego.

El Capítulo segundo (“El derecho de uso de la vivienda familiar”) es uno de los ejes fundamentales de la obra. Y es que, si importante era definir con corrección cuál era el objeto del derecho de uso (la vivienda familiar), más relevante aún es saber en qué consiste dicho derecho de uso, su naturaleza y sus caracteres. En particular, se analiza el tradicional debate sobre si el derecho de uso constituye un derecho real o personal, concluyendo que no tiene sentido posicionarse de forma inamovible en una de dichas categorías, siendo más prudente reconocer que se trata de un derecho de uso que, según los casos, puede configurarse como un derecho real o personal. En cualquier caso, tanto si se considera que el derecho de uso de la vivienda familiar tiene carácter real, como personal, es susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad y, en consecuencia, oponible a terceros.

Asimismo, en este capítulo abordamos cuestiones como la titularidad y la duración del derecho de uso. Respecto de la primera, plantea dudas el hecho de que el art. 96.I CC atribuya el derecho del uso “a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”, pues, *prima facie*, parece atribuir aquél a los hijos.

En cuanto a la duración, hay que distinguir según existan, o no, hijos. En caso de que existan hijos, nada dice el art. 96.I CC, existiendo al respecto dos corrientes principales. Así, la primera de ellas entiende que el derecho de uso atribuido al cónyuge como consecuencia de serle atribuida la custodia de los hijos se extingue al cumplir éstos la mayoría de edad (o lo que es lo mismo, se prolonga hasta que el menor de los hijos alcance la mayor edad); la segunda corriente, en cambio, considera que dicho derecho de uso no cesa en tanto en cuanto los hijos sigan siendo económicamente dependientes de sus progenitores, siempre y cuando dicha dependencia no derive de causa imputable a ellos mismos. La situación es distinta si el uso de la vivienda familiar, en ausencia de hijos, se atribuye a uno de los cónyuges (que será el no titular o, a lo sumo, el copropietario de la misma) por razón de ser su interés el más necesitado de protección, en cuyo caso sí debe existir un límite de duración, si bien el precepto no fija un plazo concreto, dejándolo, así, indeterminado (“el tiempo que prudencialmente se fije”).

El capítulo concluye con una referencia a los distintos supuestos en que puede producirse la extinción del derecho de uso. Así, existen algunos que no merecen mayor atención, como por ejemplo la muerte del titular del derecho, la destrucción de la vivienda familiar o el cumplimiento del plazo de uso fijado. Entre los que suscitan más polémica, destaca la extinción por causa de que el cónyuge usuario de la vivienda contraiga segundas nupcias o conviva en situación de análoga afectividad a la matrimonial con otra persona. En cualquier caso, la jurisprudencia no accede a la extinción en los casos en que los hijos sigan cohabitando con el cónyuge custodio y su nueva pareja, lo que plantea, sin duda, una situación gravemente humillante para el cónyuge titular de la vivienda y despojado de su uso, el cual tiene que observar como en ella habita su ex cónyuge junto a un tercero extraño a la relación matrimonial.

ANEXO

En el Capítulo tercero (“Apuntes de Derecho comparado: el estado de la cuestión en ordenamientos jurídicos de nuestro entorno”) se ofrece una visión de los problemas que plantea la atribución del uso de la vivienda familiar en Italia y en Portugal. En el primer caso, muchas de las cuestiones suscitadas en España han tenido su reflejo en Italia, cuyas normas ofrecen soluciones muy similares al art. 96 CC, con la salvedad principal de que no existe en el país transalpino una norma equiparable al art. 96.III CC, por lo que no cabe la posibilidad de permitir continuar en el uso de la vivienda al cónyuge más perjudicado económicamente por la ruptura. Por su parte, en Portugal la regulación es distinta, similar a la existente en el Derecho francés. De esta forma, el art. 1793.1 CCP prevé la posibilidad de que el tribunal que conozca del divorcio dé a cualquiera de los cónyuges, a instancia de éstos, la vivienda familiar en concepto de arrendamiento, sea ésta privativa de uno de ellos o común a ambos.

En otro orden de ideas, y toda vez analizar principalmente, por su mayor importancia cuantitativa, los supuestos de separación, divorcio o nulidad, hemos creído conveniente reflejar en la obra una realidad que se encuentra cada vez más presente en las sociedades occidentales. Así, el Capítulo cuarto (“Atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis de la convivencia *more uxorio*”) aborda el destino de la vivienda familiar en caso de ruptura de una unión de hecho. Para ello, se parte de las especificidades propias de dicho fenómeno, caracterizado por el no sometimiento a una normativa imperativa como es el conjunto de derechos y obligaciones que derivan del matrimonio.

Así las cosas, en línea de principio hay que partir de la premisa de que no es aplicable a las mismas las normas relativas al matrimonio, si bien, en la materia estudiada, sí lo es el art. 96.I CC, y ello, no por la semejanza entre la ruptura de una pareja casada y una no casada, sino por la protección que se le debe dispensar a los hijos menores de edad, que es idéntica en ambos casos. Junto a dicho precepto, existen legislaciones autonómicas en materia de relaciones familiares que regulan también el supuesto de la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de la unión de hecho con descendencia, por lo que deberán aplicarse los preceptos contenidos en

ellas en los supuestos en que los miembros de la unión, o los hijos, tengan una determinada vecindad civil.

Sin embargo, lo anterior no es predicable de los casos en que la unión de hecho no haya tenido hijos, en cuyo caso no es posible aplicar por analogía el art. 96.III CC, por lo que habrá que ver, en primer lugar, si los miembros de la unión han celebrado un pacto que regule los aspectos económicos de su convivencia, algo que, en la práctica, no será frecuente, si se tiene en cuenta que estas parejas desarrollan su vida, generalmente, al margen del Derecho, como lo demuestra el hecho de no contraer matrimonio. Posteriormente, se analiza si existen soluciones en las normas autonómicas sobre uniones de hecho y relaciones familiares aplicables en defecto de pacto entre los convivientes, concluyendo que no es así. En último término, en defecto de todo lo anterior, habrá que recurrir a otros remedios para compensar al conviviente perjudicado económicamente por la ruptura: en general, al principio de prohibición del enriquecimiento injusto, y, en particular, a la consideración de que los convivientes habían pactado, de forma tácita, la constitución de una comunidad de bienes sobre la vivienda en la que tuvo lugar la convivencia.

El siguiente capítulo (Capítulo quinto: “La atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida”) pretende ser, igualmente, un capítulo de referencia de la obra, en la medida en que aborda la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida, que, como se explicará, están ganando peso relativo a costa de los supuestos en los que se concede la custodia monoparental, lo que justifica la necesidad de buscar criterios alternativos de atribución al contenido en el art. 96.I CC, que, al estar pensado para los supuestos de custodia monoparental, resulta inútil para regular los casos de custodia compartida.

En este capítulo se exponen los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar más habituales en los casos en que se concede una custodia compartida (uso alterno de la vivienda, atribución al progenitor que tenga más necesidad de la vivienda). Sin embargo, y como luego se justificará, habida cuenta que se suele tratar de matrimonios en los cuales la vivienda es propiedad de ambos cónyuges o tiene

naturaleza ganancial, la solución que se presenta como más razonable es la venta de la misma en los casos de copropiedad (lo que permitirá a cada uno de los cónyuges adquirir o arrendar otra vivienda con el producto resultante de la venta), o, si se trata de una vivienda ganancial y existen residencias alternativas en las que puedan vivir los cónyuges y garantizar de forma satisfactoria la necesidad de vivienda de los hijos, la no atribución del uso de aquélla, a efectos de facilitar las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales.

Siguiendo con la estructura lógica del trabajo, el siguiente capítulo (Capítulo sexto) hace referencia a “La atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de custodia monoparental”. Este supuesto, a nuestro juicio, merecía también un profundo análisis. Y es que, toda vez perder peso relativo frente a la custodia compartida (y ser previsible que lo siga perdiendo en los próximos años, especialmente si se aprueba el Anteproyecto), aún hoy en día sigue siendo el régimen de custodia más concedido por los jueces (en más de un 70% de los casos). Sin embargo, dicha importancia cuantitativa no se ve acompañada de una regulación adecuada, pues el art. 96.I CC no sólo se ha revelado inútil para regular los supuestos de atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida, sino que también resulta insuficiente en los casos de custodia monoparental, especialmente por la rigidez de la solución que contiene, que puede resultar injusta desde un punto de vista material en muchos casos.

En este sentido, en este capítulo estudiamos algunas de las soluciones propuestas para reducir el perjuicio que sufre el cónyuge propietario de la vivienda y no usuario de la misma, como pueden ser la limitación temporal del uso (que, como se explicará, nunca puede perjudicar la necesidad de vivienda de los hijos económicamente dependientes) o la compensación económica por el uso, contemplada ya en algunas normas autonómicas (valenciana y vasca) de relaciones familiares. Junto a dichas soluciones, están emergiendo otras, tanto en las legislaciones autonómicas, como en la jurisprudencia, que desmitifican el concepto de “vivienda familiar” y su importancia para el desarrollo de la personalidad de los hijos menores; entre ellas, la posibilidad de atribuir otras viviendas distintas a la familiar y la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio cuando el cónyuge custodio disponga de medios

suficientes para garantizar de forma satisfactoria la necesidad de vivienda propia y de sus hijos.

Por último, en el capítulo final (Capítulo séptimo) analizamos “La atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos económicamente dependientes”. Y es que el escaso rigor con el que se ha venido interpretando el art. 96.III CC (cuya expresión “por el tiempo que prudencialmente se fije” ha sido obviada por los tribunales, señalando plazos de uso de la vivienda familiar más bien extensos -o, incluso, indefinidos-), ha dado lugar a normas que tratan de proteger mejor los intereses del cónyuge propietario, como ocurre con el art. 233-20.5 del Código Civil de Cataluña, el cual hace especial hincapié en el necesario carácter temporal de la medida.

CONCLUSIONES

A) Sobre las premisas de las que parte el estudio

1ª) La necesidad de superar el criterio clásico de atribución de la custodia de los hijos menores y del uso de la vivienda familiar

La norma básica de atribución del uso de la vivienda familiar en Derecho español, el art. 96.I CC, se está revelando como claramente insuficiente para regular la totalidad de situaciones que se pueden producir tras la crisis matrimonial. Por un lado, resulta insuficiente porque está pensada para el caso de concederse una custodia monoparental de los hijos menores de edad, por lo que, en un contexto como el actual, de incremento de la concesión de custodias compartidas, el criterio contemplado en dicha norma no resulta aplicable. Además, en los casos de concesión de una custodia monoparental, la norma también resulta insuficiente si se tiene en cuenta el excesivo coste financiero que supone para el cónyuge titular de la vivienda, el cual, en el periodo actual por el que pasa España, caracterizado por la incertidumbre económica y la escasez de oportunidades laborales, tiene que hacer frente a numerosos gastos (entre ellos, las eventuales pensiones de alimentos y compensatoria que deba satisfacer, el arrendamiento de una nueva vivienda, el pago de las cuotas del préstamo hipotecario concedido para la adquisición de la vivienda familiar, etc.).

2ª) El concepto de vivienda familiar y su pérdida relativa de importancia en nuestros días

La vivienda familiar, en términos muy genéricos, se puede definir como aquella en la que se desarrolla la convivencia familiar de forma habitual y continuada hasta que sobreviene la crisis familiar. Tradicionalmente, ha existido dificultad para ofrecer una visión de la vivienda familiar que contuviera de forma inequívoca las notas de habitualidad y de desarrollo de la vida familiar, debido a diversas situaciones fácticas, como el hecho de que pudiera existir más de una vivienda en la que habitaran, durante ciertas partes del año, uno o más de los miembros de la familia. En otras ocasiones, para

ofrecer protección a los hijos menores de edad, se acababa considerando como vivienda familiar aquella adquirida pero no habitada aún por la familia.

En la búsqueda de un concepto objetivo de vivienda familiar, la doctrina acabó por considerar, con cierto consenso, que debía considerarse como vivienda familiar aquella que constituyera la sede del domicilio conyugal. De esta forma, se solventaba el problema teórico-práctico de tener que determinar cuál de entre las varias viviendas que reúnan los caracteres de habitualidad, habitabilidad y desarrollo de la convivencia familiar, merece el calificativo de “vivienda familiar”.

Sin embargo, la acotación de dicho concepto, e igualmente su carácter “sagrado” en la materia, están perdiendo peso relativo, como consecuencia de la necesidad de buscar criterios alternativos de atribución del uso de la vivienda familiar que puedan compadecerse mejor con todos los intereses en juego y que puedan resultar más equitativos desde el punto de vista de la justicia material.

Ello se puede comprobar en las recientes legislaciones autonómicas, algunas de las cuales prevén la posibilidad de que el juez pueda otorgar viviendas distintas a la familiar, posibilidad que ha sido utilizada por la jurisprudencia para justificar la atribución del uso de viviendas alternativas a la familiar en aquellos casos en que la atribución del uso de la vivienda familiar pudiera suponer que el cónyuge custodio se viera desahuciado, como ocurriría en el caso de vivienda propiedad de los suegros de aquél que hubiera viniendo sido ocupada en precario por la familia. Por otra parte, cabe también la posibilidad, igualmente contemplada expresamente en algunas legislaciones autonómicas, e incluso en el “Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia”, de que se atribuya el uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio cuando el cónyuge custodio disponga de medios suficientes para garantizar de forma satisfactoria la necesidad de vivienda propia y de sus hijos; una medida que trata de reequilibrar todos los intereses en juego, perjudicando en cierto modo el interés de los hijos menores a continuar en la vivienda familiar a cambio de no hacer soportar al cónyuge no custodio una excesiva carga financiera.

3ª) La reformulación del concepto del interés superior del menor (*favor filii*)

El interés superior del menor es el concepto en torno al cual giran la mayoría de las decisiones *post* crisis familiar, entre ellas, y como no puede ser de otro modo, la atribución del uso de la vivienda familiar. Muy sucintamente, dicho concepto se puede definir como la primacía de los intereses de los menores sobre cualquier otro interés en juego.

Tradicionalmente, en la materia que nos ocupa, se entendía que al interés superior del menor se le ofrecía mejor cobertura si los hijos, sobrevinida la crisis familiar, continuaban habitando la vivienda familiar, pues de este modo se evitaba un cambio brusco de entorno (colegio, amistades, vecindario, etc.) que pudiera suponer un perjuicio para el desarrollo de su personalidad. No obstante, lo recién explicado debe cuestionarse a la luz de ese reequilibrio de todos los intereses en juego en el que venimos insistiendo.

En este sentido, el mantenimiento a toda costa del menor en su entorno habitual puede ocasionar perjuicios desmedidos al progenitor titular de la vivienda familiar, algo que se puede paliar con la atribución de otra vivienda de que disponga la familia, a pesar de suponer ésta un cambio de entorno del menor. Y es que la presunción de que el cambio de vivienda es perjudicial para los menores no puede sostenerse en muchas ocasiones: piénsese, por ejemplo, en el caso de que el hijo sea todavía un bebé, en cuyo caso no tiene aún conciencia del entorno espacio-temporal que le rodea; o que la vivienda alternativa en la que pudiera residir estuviera en una finca contigua o muy próxima a la de la vivienda familiar.

Así las cosas, ponderando todos los intereses en juego, parece razonable desmitificar el concepto del interés superior del menor. Ello no quiere decir que deba pasar a un segundo plano; antes al contrario, se debe partir del hecho de que debe seguir siendo atendido con carácter preferente, si bien su observación no debe conllevar como contrapartida un sacrificio excesivo de otros intereses o derechos en juego.

B) Sobre la naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar

4ª) La dificultad para ofrecer una naturaleza jurídica única del derecho de uso de la vivienda familiar y su posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad

La naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar ha generado debate en la doctrina, existiendo multitud de posiciones al respecto. Entre las más compartidas, predominan la de que se trata de un derecho real, personal, y de un derecho *sui generis*, que combina rasgos de los derechos reales y personales. Al calor del debate ha contribuido la jurisprudencia oscilante y contradictoria tanto del Tribunal Supremo como de la DGRN.

A la vista de lo anterior, y en lugar de decantarnos por una postura extrema, consideramos más sensato adoptar una más flexible, reconociendo que el derecho de uso, según los casos, puede configurarse como un derecho real o como un derecho personal; teniendo en cuenta que en la práctica, y dándose el supuesto del que parte el art. 96.I CC (vivienda común o privativa de uno de los cónyuges), su configuración tendrá carácter real, siendo ésta la regla general.

En cualquier caso, se opte por la interpretación que se opte (tanto si se considera un derecho real, como personal), el derecho de uso es susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad y, por tanto, oponible a terceros. Así lo han entendido tanto la doctrina, valiéndose de diversos cauces para ello (arts. 1.I L.H., 2.2º L.H., 26.2ª L.H., o 7 R.H.), como la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la DGRN. Incluso, la posibilidad de inscripción del derecho de uso de la vivienda familiar en el Registro de la Propiedad ha sido contemplada legalmente (art. 233-22 CCCat.), y está prevista también en la redacción del nuevo art. 96.8 CC dada por el Anteproyecto.

5ª) Algunas consideraciones en relación con la adjudicación del uso de la vivienda familiar al cónyuge no arrendatario

ANEXO

No es infrecuente que, producida la crisis matrimonial, se atribuya el uso de la vivienda familiar arrendada al cónyuge no titular del contrato de arrendamiento. A este respecto, se planteó la cuestión de saber si la atribución del uso de la vivienda familiar arrendada al cónyuge no arrendatario consistía en una mera cesión del uso de la vivienda, o si, por el contrario, existía una auténtica subrogación en el contrato de arrendamiento. Decantarse por una opción u otra tenía relevantes efectos prácticos: entre otros, saber quién tiene que abonar la renta, a quién puede dirigirse el arrendador en caso de incumplimiento del contrato o quién puede ejercitar el derecho de tanteo o retracto en caso de que el arrendador quisiera enajenar la vivienda.

A pesar de que la cuestión fue planteada ya bajo la vigencia de la L.A.U. 1964, la nueva L.A.U. 1994 no la solventó, continuando, en consecuencia, el debate. Sin embargo, en la actualidad, la nueva redacción del art. 15.1 L.A.U., dada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, ha aclarado en parte la cuestión, si bien deja algún cabo todavía sin atar. Así, dicho precepto contempla la subrogación en el contrato de arrendamiento del cónyuge “a quien se haya atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento”. Esta situación viene a salvar, desde luego, la posibilidad de no renovación del contrato por el cónyuge titular del arrendamiento no usuario de la vivienda.

En cualquier caso, y a pesar de lo deseable de la aclaración, la reforma del precepto no se puede calificar de completamente satisfactoria, pues no contempla el supuesto de que la atribución del uso de la vivienda arrendada se haga por un periodo inferior al periodo que resta para la finalización del contrato de arrendamiento, en cuyo caso habrá de concluirse, de una lectura *a sensu contrario* del precepto, que en dicho supuesto únicamente tendrá lugar una mera cesión del uso de la vivienda arrendada, y no, en cambio, una subrogación contractual.

6ª) El derecho de uso de la vivienda familiar derivado de una situación de precario

En la práctica, y por efecto de la crisis económica, se ha agudizado una situación no infrecuente anteriormente, cual es la de cesión por parte de los padres del uso de una vivienda a su hijo/a para que conviva en ella junto a su cónyuge e hijos (nietos de los cedentes). El problema surge cuando se produce la crisis familiar y el juez atribuye el uso de la vivienda familiar al cónyuge del hijo de los cedentes, en cuyo caso, y en buena lógica, éstos querrán recuperar el uso de la misma, pues en ella ya no habita su hijo, que era la persona en consideración a la cual, principalmente, habían cedido el uso de la vivienda.

A este respecto, han existido siempre dificultades para la calificación jurídica de la cesión como un contrato de comodato o de precario, habida cuenta la dificultad para delimitar ambos contratos. Y la cuestión no es baladí, porque las consecuencias jurídicas de optar por una consideración u otra son relevantes: así, de optar por el comodato, y considerar que la vivienda sigue estando destinada al uso como vivienda familiar, el familiar que ha cedido el uso no podría recuperarlo (salvo que acreditara una urgente necesidad para sí, algo difícil si se tiene en cuenta que quien cede una vivienda es porque tiene la necesidad básica de alojamiento ya cubierta); en cambio, si se considera que la situación que se origina es la de un precario, por ser el uso de la vivienda familiar meramente tolerado, el propietario de la misma puede, a su sola voluntad, recuperar la posesión instando un juicio de desahucio por precario.

A la calificación como comodato ayudaba, además, una consideración de tipo social: si se optaba por el precario y los abuelos recuperaban el uso de la vivienda, se corría el riesgo de dejar sin techo a sus propios nietos. Sin embargo, la lógica jurídica ha acabado imponiéndose, y el Supremo finalmente consideró que este supuesto prototípico de cesión de vivienda para destinarla al uso de vivienda familiar constituía un precario, por lo que los abuelos pueden, a su sola voluntad, instar un juicio de desahucio y recuperar el uso de aquélla.

7ª) La temporalidad del derecho de uso de la vivienda familiar.

ANEXO

El derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho vitalicio, sino que se concede por un determinado lapso de tiempo al objeto de garantizar la necesidad de vivienda de los hijos, o, en su caso, del cónyuge más necesitado de protección tras la ruptura.

En el supuesto de que existan hijos, existen dos tesis mayoritarias: la primera de ellas, seguida por el Tribunal Supremo, es que el derecho de uso se extiende hasta la mayoría de edad del último de los hijos; la segunda, por su parte, entiende que la mera mayoría de edad no es óbice para que pueda prolongarse (o, incluso, concederse *ab initio*) dicho derecho de uso si sigue existiendo dependencia económica de los hijos respecto de los padres (en esta línea se pronuncian la ley vasca de relaciones familiares y el Anteproyecto, los dos textos más recientes), siempre y cuando dicha dependencia no sea imputable al descuido y a la desidia de los hijos en su propia formación y/o búsqueda de empleo. En nuestra opinión, la segunda postura es más acertada, pues hoy en día la necesidad de vivienda no desaparece con la adquisición de la mayoría de edad; al contrario, la situación de dependencia económica se suele prolongar durante varios años más, en los cuales los hijos finalizan su formación universitaria o profesional.

De no convivir hijos con la pareja al tiempo de la ruptura, bien por no haberlos tenido o por ser éstos ya independientes, la duración del derecho de uso se fijará, dice el art. 96.III, por un “tiempo prudencial”. Tradicionalmente, esta expresión era poco tenida en cuenta por los tribunales, atribuyéndose el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado de protección (generalmente, la mujer, que se había dedicado al cuidado de los hijos y a la realización de labores domésticas) por un tiempo más o menos indefinido. Sin embargo, tal limitación del derecho de propiedad no puede mantenerse hoy en día, dado el cambio de los patrones familiares: suelen trabajar ambos cónyuges y los matrimonios son de duración más breve, por lo que no llegan a consolidarse especiales situaciones de necesidad. Es por ello que resultan acertadas las limitaciones temporales concretas contenidas en algunas normas autonómicas y en el Anteproyecto (en general, de dos años), que permiten saber con exactitud el tiempo de privación de uso de la vivienda al cónyuge titular (o cotitular). En cualquier caso, parece razonable, como hacen algunos textos (el CCCat. y el Anteproyecto), permitir la prórroga, también

temporal y concreta, en el uso de la vivienda familiar, siempre que se verifique que la situación de necesidad persiste y que no se ha podido superar a pesar de los esfuerzos del cónyuge necesitado.

C) Sobre el estado de la cuestión en ordenamientos jurídicos de nuestro entorno

8ª) La atribución del uso de la vivienda familiar en Italia

La atribución del uso de la vivienda familiar en Italia no ofrece grandes diferencias en relación con España. Al igual que ocurre en España, ha existido debate en torno a la naturaleza real o personal del derecho de uso, relativizado, también, por la oponibilidad a terceros del mismo.

Más clara se encuentra la protección de los hijos económicamente dependientes, excluidos por un sector doctrinal español del tenor del art. 96.I CC. Así, se ha entendido en Italia que el art. 337 *sexies*, párrafo primero, CCI, al hablar de los intereses “de los hijos”, no distingue entre menores y mayores de edad, por lo que se incluyen en el ámbito de aplicación del precepto los hijos mayores de edad económicamente dependientes.

En cuanto a las diferencias entre ambos ordenamientos jurídicos, ha de hacerse hincapié, principalmente, en dos. La primera de ellas es la parquedad y rigidez de las soluciones que ofrece el Derecho italiano, al no tener una normativa autonómica en materia de relaciones familiares como la existente en España (que, como se ha apuntado, contiene remedios alternativos al art. 96 CC).

La segunda de las diferencias tiene que ver con el régimen de protección del cónyuge perjudicado económicamente por la ruptura. En Italia, a diferencia de lo previsto en España, no existe una disposición similar al art. 96.III CC. Tal falta de previsión ha dado lugar a dos posturas opuestas: una de ellas entiende que el hecho de dar prioridad a los intereses de los hijos no excluye la posibilidad de que el uso de la

vivienda familiar pueda atribuirse al cónyuge más necesitado de protección en ausencia de hijos económicamente dependientes, lo que podría constituir una prestación *in natura* de la pensión compensatoria; la segunda (y mayoritaria) considera, en cambio, que la atribución del uso de la vivienda familiar únicamente viene justificada por la protección de los hijos, por lo que, en ausencia de éstos, y aun existiendo una situación de necesidad por parte del cónyuge no propietario, no es posible atribuirle el uso de la vivienda.

9ª) La atribución del uso de la vivienda familiar en Portugal

La situación en Portugal sí que es radicalmente distinta a la prevista por el Derecho común español. Así, el art. 1793.1 CCP permite al juez dar la casa en arrendamiento a cualquiera de los cónyuges, a instancia suya (con independencia del título de propiedad de la misma), y teniendo en cuenta para ello las necesidades de cada uno de los cónyuges y el interés de los hijos de la pareja. Si la vivienda fuera arrendada, lo anterior debe complementarse con las previsiones del art. 1105.1 CCP, que permite la subrogación en el contrato de arrendamiento del cónyuge, originariamente no titular, que solicite el uso de la vivienda tras la ruptura.

Otra diferencia considerable entre los regímenes portugués y español consiste en que el art. 1793 CCP desvincula la concesión del arrendamiento de la vivienda familiar de la atribución de la custodia de los hijos menores, al tener en cuenta para la atribución del arrendamiento, no sólo el interés de los hijos a continuar residiendo en la vivienda familiar, sino también la necesidad de los cónyuges, lo que, llegado el caso, podría suponer la atribución de la vivienda al cónyuge no custodio. En cualquier caso, es de suponer que, en la generalidad de los supuestos, el cónyuge más necesitado de protección será también aquel a quien se haya atribuido la custodia de los hijos menores, con lo que, en este sentido, se llegaría a la solución contemplada en el art. 96.I CC (con la diferencia de que aquí se da la casa en arrendamiento).

En fin, existe también una solución curiosa en el ordenamiento portugués. Y es que, a raíz de la reciente “Lei núm. 137/2015, de 7 de setembro”, en materia de

responsabilidades parentales, se ha de entender que el art. 1793.1 CCP (a pesar de que se refiera a los intereses de los hijos “de la pareja”) protege también los intereses de los hijos no comunes, por lo que los hijos del cónyuge propietario pueden pasar a residir con el otro cónyuge (no progenitor) cuando se le conceda a éste el arrendamiento de la vivienda.

D) Sobre las uniones no matrimoniales

10ª) La atribución del uso de la vivienda familiar en las uniones de hecho

La importancia cuantitativa y cualitativa del fenómeno de las uniones de hecho merece atención especial en el estudio. En general, se ha de partir de la premisa de que no le es aplicable a la unión de hecho, en conjunto y en su totalidad, el régimen jurídico (derechos y obligaciones) derivado del matrimonio, sin perjuicio de que sí pueda resultar, en algún aspecto concreto, aplicable alguna norma, que no exija necesariamente el vínculo matrimonial previo, por atender a otros intereses superiores. Ello es lo que ocurre con el art. 96.I CC, que resulta aplicable a las uniones de hecho debido a la no discriminación de la filiación por razón de nacimiento que impone el art. 14 CE; es decir, no se aplica por la semejanza que podría existir entre la ruptura matrimonial y la extramatrimonial, sino por la necesidad de protección de los hijos, que en ambos casos debe ser idéntica.

Por lo expuesto, no es posible aplicar analógicamente el art. 96.III CC al conviviente perjudicado económicamente por la ruptura, en cuyo caso habrá que acudir, bien a los posibles pactos que hayan celebrado los miembros de la unión (algo infrecuente en la práctica, por no querer regular estas parejas jurídicamente su relación, como lo demuestra el hecho de no contraer matrimonio); y, subsidiariamente, a lo que decidan los tribunales, quienes, a este respecto, en ocasiones han determinado que los convivientes habían pactado, de forma tácita, la constitución de una comunidad de bienes sobre la vivienda en la que tuvo lugar la convivencia.

En otro orden de ideas, lo que no sería posible, en ningún caso, es que una ley imperativa dispusiese una norma similar al art. 96.III CC; sí cabría, sin embargo, que dicha solución fuese alcanzada por los miembros de la unión para regir los efectos económicos de su convivencia, pero de forma libre, y, en ningún caso, impuesta por imperativo legal.

E) Sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en supuestos concretos

11ª) La atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida

El análisis de soluciones relativas a la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos en que se concede una custodia compartida ha sido uno de los objetivos del presente estudio, teniendo en cuenta la insuficiencia del art. 96.I CC a estos efectos.

Entre las diferentes soluciones posibles, en la jurisprudencia y en las legislaciones autonómicas sobre relaciones familiares se han usado principalmente dos: el uso alterno de la vivienda familiar y la atribución de ésta al cónyuge más necesitado de protección. Respecto al uso alterno, se trata de una medida que no nos convence, pues, al margen de la dificultad para gestionar conjuntamente los avatares de la vivienda, se trata de una solución que puede resultar excesivamente onerosa para los ex cónyuges, quienes, durante el periodo en que no habiten en la vivienda familiar, deberán procurarse otra; lo lógico será que lo hagan en concepto de arrendamiento, salvo que prefieran volver, si ello es posible, a casa de sus padres.

Mejor opinión nos merece la otra posibilidad referida, esto es, la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor que tenga más necesidad de ella. Desde luego, no se producirían roces entre los ex cónyuges como consecuencia de compartir un mismo espacio en periodos distintos, y solamente uno de los progenitores tendría que afrontar el gasto consistente en el arrendamiento de una nueva vivienda, lo que generaría un ahorro en el total de la economía familiar que permitiría satisfacer mejor

otros gastos (como, por ejemplo, el propio alquiler de otra vivienda, al que podría colaborar el cónyuge usuario de la vivienda familiar mediante la fórmula de la compensación). Por otro lado, el hecho de que el menor, en este supuesto, deba abandonar la vivienda familiar a temporadas, no nos parece que deba ser excesivamente traumático, más allá de la incomodidad de tener que desplazarse, cada cierto tiempo, de una vivienda a otra.

En otro orden de ideas, y en caso de ser prescindible el uso de la vivienda familiar por tener ambos cónyuges ya cubierta la necesidad de vivienda propia y de sus hijos, el juez podría no atribuir el uso de la vivienda familiar, una solución que se presenta como especialmente idónea al objeto de una mayor celeridad en la liquidación de la sociedad de gananciales.

En fin, siendo la vivienda familiar copropiedad de ambos cónyuges, el juez podría decretar su venta si así fuera aconsejable para unas relaciones familiares adecuadas (como prevé el art. 81.4 CDFA), lo que generaría unos ingresos que pueden contribuir a que cada uno de los cónyuges, en caso de no disponer de vivienda alternativa, adquiera una que les permita satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos durante los periodos de guarda.

12ª) La atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia monoparental

El art. 96.I CC no sólo se ha revelado insuficiente para regular los supuestos de custodia compartida, sino también, desde el punto de vista de la justicia material, los supuestos de custodia monoparental, por el excesivo gravamen que supone, para el cónyuge propietario o copropietario de la vivienda, la pérdida del uso y las limitaciones a su facultad de disposición de la misma.

Desde esta perspectiva, en las legislaciones autonómicas sobre relaciones familiares y en la jurisprudencia se han ido contemplando soluciones alternativas al rigor inmovilista del art. 96.I CC. Así, en primer lugar, se ha optado por consagrar en

ANEXO

algunas normas autonómicas una solución que en ciertos casos había aplicado la jurisprudencia menor, y que había sido criticada por algún autor por ir contra el espíritu del precepto, esto es: la limitación temporal del uso de la vivienda familiar. En nuestra opinión, tal limitación nunca puede perjudicar la necesidad de vivienda de los hijos económicamente dependientes, siempre y cuando dicha situación de dependencia no sea imputable a ellos mismos. Lo anterior, sin embargo, no quiere decir que no sea posible establecerla, pero sí exige que al tiempo de cumplirse el plazo de uso estipulado se deba verificar que la necesidad de vivienda de aquéllos está garantizada suficientemente por otras vías.

Otra de las fórmulas contempladas en determinadas leyes autonómicas (valenciana y vasca) para corregir las posibles injusticias a que puede dar lugar la aplicación del art. 96.I CC es la de la compensación. Tradicionalmente, los autores han otorgado al derecho de uso cierto valor patrimonial, al considerarlo como una prestación *in natura* de la obligación de alimentos, que debiera suponer una reducción de la cuantía de éstos. Sin embargo, la compensación aquí referida actúa como un valor económico positivo que se otorga al derecho de uso de la vivienda familiar, y que deberá ser satisfecha por el cónyuge usuario de la vivienda familiar. En cualquier caso, y habida cuenta que las leyes que introducen esta fórmula no la circunscriben a ningún supuesto en concreto, entendemos que la medida tendrá mayor virtualidad en los supuestos de custodia compartida (en los que, en principio, y salvo desproporción entre los patrimonios e ingresos de los progenitores, no deben satisfacerse alimentos), pues en los supuestos de custodia monoparental parece más razonable compensar el uso de la vivienda familiar mediante la correspondiente reducción del importe de la pensión de alimentos.

Por otra parte, existen también algunas medidas correctoras del tenor literal del art. 96.I CC que van, si cabe, un poco más allá, al abogar, en ciertas circunstancias, por la atribución del uso de viviendas distintas a la familiar. Ello debería valorarse seriamente si la vivienda familiar había sido cedida en precario por los suegros del cónyuge custodio, ante la posibilidad de que éstos interpusieran un juicio de desahucio por precario que pudiera suponer el desahucio de los menores y, en consecuencia, que

no pudieran tener garantizada su necesidad de vivienda. Esta solución tendría cabida dentro de la dicción de los arts. 233-20.6 del CCCat. y 12.6 de la Ley vasca de relaciones familiares.

De la misma manera, nada debiera obstar, a nuestro juicio, para la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio cuando el cónyuge custodio disponga de medios suficientes para garantizar de forma satisfactoria la necesidad de vivienda propia y de sus hijos, una solución a que, igualmente, se refieren, bien expresamente, bien de forma más genérica, los textos de las distintas leyes autonómicas. También se encuentra contemplada expresamente en la redacción del nuevo art. 96.2.II CC dada por el Anteproyecto.

En definitiva, consideramos dignas de elogio todas aquellas vías por las cuales se pueda limitar la lesión del derecho de propiedad que sufre el cónyuge titular (o cotitular) no usuario de la vivienda, siempre y cuando, desde luego, sean compatibles con el respeto a la necesidad de vivienda de los hijos económicamente dependientes.

13ª) La atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos económicamente dependientes

En relación con la atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos económicamente independientes, hay que partir de la discutible interpretación del art. 96.III CC llevada a cabo por los tribunales, los cuales, al objeto de proteger a la mujer de edad avanzada con dificultades para reintegrarse en el mundo laboral y procurarse su propia subsistencia, realizaban una aplicación “laxa” de la temporalidad consagrada en el precepto, estableciendo periodos de uso de la vivienda familiar dilatados, e, incluso, en algunas ocasiones indefinidos. A ello contribuía, sin duda, la falta de un plazo concreto de uso, que pudiera cercenar el arbitrio judicial.

Es por ello que nos parece acertada la limitación temporal concreta (de dos años) prevista en la redacción del nuevo art. 96.3.II CC dada por el Anteproyecto. Expirado dicho plazo, deberá comprobarse si permanece la situación de necesidad; de verificarse

ANEXO

la persistencia de la necesidad, parece razonable (como prevé el referido texto) prorrogar el plazo de uso, siempre y cuando quede acreditado que el cónyuge necesitado haya realizado esfuerzos para superar tal situación, algo que, en muchos casos, resultará difícil de probar.