

**REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO (ISSN:1132-0044), núm. 107, octubre-diciembre 2018, pág. 153 a 234**

**PROTECCIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR EN LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR\***

*Henar Álvarez Álvarez  
Profesora titular de Derecho Civil  
Universidad de Valladolid*

**SUMARIO**

- I.- Planteamiento introductorio.*
- II.- El interés del menor.*
- III.- La atribución del uso de la vivienda familiar.*
- IV.- La atribución del uso de un inmueble distinto.*
- V.- Modificación o sustitución de la atribución del uso.*
- VI.- Extinción de la atribución del uso.*
- VII.- Supuestos de custodia compartida.*
- VIII.- Limitación del uso.*
  - a) ¿Es posible?*
  - b) Análisis de la STS de 18 de mayo de 2015*
- IX.- Existencia de hijos mayores de edad.*
- X.- La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en el anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio.*
- XI. A modo de conclusión.*

**I.- PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO.**

A efectos de delimitar el objeto de esta exposición, debo referirme con carácter previo a qué debe entenderse por vivienda familiar. El legislador utiliza expresiones distintas en numerosos artículos (90, 91, 96, 103, 1320, 1406 del CC, por ejemplo), como son “vivienda familiar”, “vivienda habitual”, “domicilio familiar” y “vivienda donde la familia tiene su residencia habitual”, pero en ninguno de ellos define lo que es la vivienda familiar. El artículo 40 CC es el que se refiere al domicilio de las personas físicas, entendiéndose que es aquel en el que se tiene la residencia habitual. Y el artículo 70 CC, en relación con el domicilio conyugal, establece que “los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal, y en caso de discrepancia, resolverá el juez, teniendo en cuenta el interés de la familia”. Cuando hay matrimonio, además los cónyuges tienen, salvo supuestos excepcionales, motivados sobre todo por cuestiones laborales el mismo domicilio, entendido como residencia habitual, por lo que se habla de domicilio familiar como el lugar de residencia habitual de los cónyuges en el que ejercen sus derechos y cumplen sus obligaciones, tanto las patrimoniales como las derivadas de la relación conyugal, y especialmente, su deber de vivir juntos. Cuando existe matrimonio, los cónyuges tienen el mismo domicilio, y se denomina por ello

domicilio conyugal. Y cuando se tienen otros intereses, como el de los hijos, se habla de domicilio familiar<sup>1</sup>.

Por tanto, teniendo en cuenta lo anterior, vivienda familiar es aquella en la que con carácter estable se desarrolla o se desarrollaba (en los casos de crisis de pareja) la convivencia entre los cónyuges o convivientes e hijos si los hubiere. Por supuesto podrán existir otras viviendas propiedad conjunta de los cónyuges pero que no tienen el carácter especial de vivienda familiar, como pueden ser segundas residencias, y por tanto, en principio no quedan incluidas dentro de las previsiones del art. 96 CC, aunque como se verá posteriormente, algunos tribunales no ven obstáculo para atribuir su uso<sup>2</sup>.

En este sentido, la vivienda familiar goza de una especial protección dada la función social que cumple en el seno de la familia. El TS se ha referido a ella como “*un bien no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, con independencia de a quien corresponda la titularidad de la misma*” y como “*un reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias y protección de su intimidad, a la vez que, cuando existen hijos, se convierte en auxilio indispensable para el amparo y educación de estos*” (STS de 31 de diciembre de 1994 y 16 de diciembre de 1996<sup>3</sup>). También se ha señalado que la vivienda familiar “*es la que constituye la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Es en este sentido que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar, que es un concepto no definido en el CC, pero que debe integrarse con lo establecido en el art. 70 CC en relación al domicilio de los cónyuges*” (STS de 31 de mayo de 2012<sup>4</sup>).

La vivienda familiar en todo caso debe reunir una serie de condiciones. Así, deberá tratarse de un lugar destinado a ser habitado, por lo que quedan excluidas aquellas construcciones que no pueden destinarse a residencia porque no reúnen las condiciones mínimas de habitabilidad, como almacenes, chozas, cabañas, establos, casas en ruina, aunque conviene señalar que no hay acuerdo doctrinal al respecto<sup>5</sup>. Y además deberá ser el lugar donde efectivamente se ha producido la convivencia de la familia hasta el momento de la ruptura matrimonial, pues el TS ha establecido en relación con las segundas residencias, que en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que

---

\* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación “La influencia del tiempo en las relaciones jurídicas”, DER2015-69718-R (MINECO/FEDER), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

<sup>1</sup> Cfr. 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, nº 7843, Sección Tribuna, 23 de abril de 2012, Ref. D-167, LA LEY 4044/2012.

<sup>2</sup> Cfr. PÉREZ MARTÍN, A. J.: “Comentario al art. 96 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, VV. AA., Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 203. En contra se manifestó el TS en Sentencia de 30 de marzo de 2016.

<sup>3</sup> RJ 1994\10330 y 1996\9020, respectivamente.

<sup>4</sup> RJ 2012\6550.

<sup>5</sup> Para MARTÍN MELÉNDEZ no es necesario que la vivienda reúna unas condiciones mínimas de habitabilidad, ya que ello supondría excluir de este concepto las chozas o los edificios ruinosos, a pesar de haber sido la morada del grupo familiar antes de la crisis matrimonial. MARTÍN MELÉNDEZ, M. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC), Teoría y práctica jurisprudencial*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, pág. 40.