

Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La “necesidad de vivienda”

Beatriz Verdera Izquierdo

Profesora Titular de Universidad
Facultad de Derecho
Universidad de las Islas Baleares

Abstract

En el presente trabajo se estudia la cuestión de la adjudicación de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial, y se lleva a cabo un análisis de las últimas tendencias legislativas, doctrinales y pronunciamientos jurisprudenciales. Se examinan los distintos criterios que suponen unos cambios significativos respecto a la regulación del Código Civil primando, en determinados casos y con ciertos matices, la situación patrimonial de los cónyuges sobre principios de Derecho de familia. El Derecho de familia actual es reflejo del mayor individualismo imperante en nuestra sociedad el cual, como es sabido, al tener que abordar determinados aspectos de la vida privada de los sujetos y tratarse de relaciones personales, dispone de unas connotaciones que le alejan del derecho patrimonial y tiende a conjugar los intereses implicados. A consecuencia de ello, la regulación del Derecho de familia respeta la autonomía de la voluntad de las partes y pretende involucrarse lo menos posible en las relaciones entre los cónyuges, en tanto se salvaguarden unos límites y, consiguientemente, se respeten los principios generales que lo impregnan. En la materia que nos incumbe, de acuerdo con los intereses concurrentes, el principio del interés del menor y la necesidad de vivienda son los pilares sobre los que se sustentan los pronunciamientos judiciales en la actualidad. Dicha tendencia muestra la necesidad de reformar el art. 96 CC a pesar de que, como se comprobará a lo largo del estudio, se trata de uno de los preceptos que, en mayor medida, se han adaptado a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado.

This article addresses the allocation of the family home in the context of a marital crisis, analyzing latest case-law and trends in legislation. The study also focuses on the different applicable criteria bringing about meaningful changes as to the current regulation in the Civil Code where the scheme of the spouses' assets prevails, in certain cases and with some nuances, over principles in Family Law. The increasing dominant individualism in our society is, therefore, reflected in current Family Law which since it deals, as we know, with particular aspects of an individual's private life and it is about personal relationships, entails a dimension absent in Property Law and tends to balance all interests involved. In the light of all the above, regulation in Family Law observes the autonomy of the will of the parties and seeks the least possible involvement in the relationship between the spouses, as long as certain limits are not surpassed and, subsequently, general principles permeating Family law are complied with. As to the issue at hand, depending on the concurring interests, the principle of the best interest of the child and the need for housing become, then, the foundations upon which current jurisprudence is built. This trend shows a current need for the amendment of s.96 of the CC despite that, as this study will prove, it is one of the legal rules which, to a large extent, has been able to adjust to the social reality of the times.

Title: Survey on latest advancements on legal doctrine as to the allocation of the family home possession. "The need for housing"

Palabras clave: vivienda familiar, crisis matrimonial, derecho de alimentos, menores, derecho de uso
Keywords: family home, marital crisis, maintenance obligation, minors, occupation right.

Sumario

1. Introducción
2. El principio del interés del menor frente al interés familiar más necesitado de protección
 - 2.1 El interés del menor
 - 2.2 El interés de la familia frente al interés familiar más necesitado de protección
 - 2.3 El mejor interés para las relaciones familiares
3. La vivienda familiar
 - 3.1 Concepto
 - 3.2 Necesidad de reforma del artículo 96 CC
4. Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar
 - 4.1 Acuerdo de voluntades de los cónyuges aprobado judicialmente. Pactos en previsión de una ruptura. Convenio regulador
 - 4.2 Atribución a quién corresponda la guarda de los hijos
 - 4.3 Atribución al cónyuge más necesitado de protección
 - 4.4 Atribución como pago de la pensión compensatoria o pensión de alimentos
 - a) Regulación prevista en el Anteproyecto de Ley en materia de corresponsabilidad parental
 - b) Referencia a la regulación contemplada en algunas leyes autonómicas
 - 4.5 Compensación económica por la pérdida del uso
 - 4.6 Otros criterios. La distribución
 - a) Existencia de segundas residencias
 - b) Otras viviendas. La “necesidad de vivienda”
 - c) Similar situación económica de los cónyuges. Distribución temporal de la vivienda
 - d) Posible división material del inmueble. Distribución física de la vivienda
5. Exclusión de la atribución del uso de la vivienda familiar
6. Límite a la atribución del uso de la vivienda: su carácter temporal
 - 6.1. Atribución consecuencia del otorgamiento de la guarda y custodia
 - a) Hijos menores de edad
 - b) Hijos mayores de edad
 - 6.2. Limitación temporal y atribución al cónyuge más necesitado de protección
7. Reflexión final
8. Tabla de Jurisprudencia citada
9. Bibliografía

1. Introducción

El presente estudio se centra en la adjudicación de la vivienda familiar debido a situaciones de ruptura matrimonial y, particularmente, en las últimas líneas doctrinales, legales y jurisprudenciales. Se pone de manifiesto la evolución interpretativa que ha experimentado el art. 96 CC, siendo uno de los preceptos 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*. De esta forma, se han admitido excepciones que no encontramos en la *ratio* de la norma. 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. Si bien, en ciertos casos, debido a los designios de la sociedad, a la atribución del uso de la vivienda familiar se le ha otorgado un excesivo carácter patrimonial y no asistencial, olvidando de este modo que el fundamento de la institución es la protección a la familia. Y todo ello debido a 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.

A su vez, en la actualidad encontramos un prolijo panorama normativo – el cual recogemos en el presente estudio- debido a que distintas Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus competencias y a partir de su regulación sobre la guarda y custodia compartida, han legislado pormenorizadamente sobre la adjudicación de la vivienda familiar.

2. El principio del interés del menor frente al interés familiar más necesitado de protección

Iniciamos el estudio con el tratamiento de distintos *intereses* que el juzgador debe conjugar y tener en cuenta al atribuir el uso de la vivienda familiar. Dicho apartado nos servirá como pilar para comprobar la evolución de la figura.

2.1 El interés del menor

Con carácter previo realizamos una referencia al principio del interés del menor el cual, siendo un concepto jurídico indeterminado, se configura como un principio general que debe informar la aplicación del Derecho siempre que se adopte una decisión que afecte a un menor. Los Tribunales han manifestado reiteradamente que se trata de un “principio de orden público” (STS, 1ª, 27.10.2014, Ar. 5183; MP: Eduardo Baena Ruiz; STS, 1ª, 11.12.2014, Ar. 6539; MP: Francisco Javier Arroyo Fiestas; STS, 1ª de 26.10.2012, Ar. 9730; MP: José Antonio Seijas Quintana), y por consiguiente de *ius cogens*, de insoslayable observancia por el Ordenamiento jurídico español, en todos aquellos procedimientos en los que se encuentre implicado un menor.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 23 de julio de 2015) confiere una nueva redacción al artículo 2 de la Ley 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, el cual recoge el principio del interés del menor. El legislador a partir de dicha regulación adopta un sistema de cláusula abierta otorgando una serie de *criterios* y *elementos* generales sobre los que se valorarán los hechos y servirán de instrumentos de integración al juzgador para determinar su contenido y extensión. Y todo ello “A efectos de interpretación y aplicación...” de dicho principio (art. 2.2). Pero, no sólo se configura como un principio interpretativo, sino también como un derecho sustantivo del menor y una norma de procedimiento, siguiendo de esta forma los diseños de las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas.

Es difícil establecer conceptos apriorísticos en relación con el interés del menor, al depender de diversos factores y circunstancias concurrentes que, en cierto sentido, el legislador ha pretendido aglutinar en la reforma del art. 2 de la Ley de menor. La doctrina y la jurisprudencia venían exigiendo el establecimiento de unos criterios generales con el objeto de facilitar su apreciación, en este sentido encontramos la STS, 1ª, 31.7.2009 (Ar. 4581) con una excelente redacción y fundamentación del ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos: “...como señala la doctrina sería necesario encontrar criterios, medios o procedimientos para averiguar, racionalmente, en qué consiste el interés del menor en los términos indicados y paralelamente determinarlo en concreto en los casos correspondientes. Es la alternativa metodológica más razonable al sistema o técnica jurídica de tipo inevitablemente casuista de nuestros tribunales por culpa y a consecuencia de las cláusulas generales y su necesaria determinación en cada caso concreto.”

A pesar de la concreción que otorga la nueva redacción, seguirá siendo un concepto indeterminado y abierto que se debe definir en cada caso particular según las circunstancias particulares. Se trata de un concepto relacional que se articula con otros conceptos como puede ser la guarda y custodia, el derecho de visitas, la adopción...y, en el caso que nos ocupa, con la vivienda familiar.

En la materia que nos incumbe, como es la adjudicación de la vivienda familiar, la regla general y prevalente, a falta de pacto entre los cónyuges, es la adjudicación de la vivienda a los hijos al ser el interés más necesitado de protección y de forma refleja al cónyuge al que se le concede la guarda y custodia de los menores, existiendo una relación directa entre dichos factores. Como es sabido, y se ha puesto de manifiesto por el Tribunal Supremo, la atribución de la vivienda familiar es una expresión de dicho principio (*favor filii*) y de acuerdo con el mismo se debe pronunciar el juez, no pudiendo limitar tal uso con la salvedad de los postulados del art. 96 CC. Al respecto cabe citar la STS, 1ª, 1.4.2011 (Ar. 3139; MP: Encarnación Roca Trías)¹; STS, 1ª, 14.4.2011 (Ar. 3590; MP: Encarnación Roca Trías); STS, 1ª, 17.10.2013 (Ar. 7255; MP: José Antonio Seijas Quintana); STS, 1ª, 3.4.2014 (Ar. 1950; MP: José Antonio Seijas Quintana).

¹ PÉREZ (2011, p. 1).

Los procesos de separación o divorcio suponen adoptar una serie de medidas afectantes a los menores. En particular el principio del interés del menor a los efectos de adjudicar la vivienda familiar, se traduce en la suma de una serie de factores a tener en cuenta como son: las circunstancias personales de los padres y afectivas de los hijos. Aunque no se ciñe a ellas sino que también se deben tener en cuenta otros factores o circunstancias de tipo familiar, material, social y cultural para valorar el entorno del menor, con el objeto de mantener su *status quo*; a pesar de que dicha interpretación ha experimentado una evolución, como con posterioridad comprobaremos. En este sentido se pronuncian, entre otras, la STS, 1ª, 17.6.2013 (Ar. 4375; MP: José Antonio Seijas Quintana) y la STS, 1ª, 2.6.2014 (Ar. 2842; MP: José Antonio Seijas Quintana).

Hasta fechas relativamente recientes, tal principio en este ámbito se reflejaba en la estabilidad de los menores que supone: “el mantenimiento de su entorno, sus referentes y su espacio de socialización”², STS, 1ª, 31.5.2012 (Ar. 6550; MP: Encarnación Roca Trías); STS, 1ª, 17.6.2013 (Ar. 4375; MP: José Antonio Seijas Quintana) y STS, 1ª, 19.11.2013 (Ar. 7447; MP: José Antonio Seijas Quintana). Se pretende que tras una ruptura conyugal, la estabilidad del menor no se vea sumamente afectada de manera que las relaciones con sus familiares, situación escolar, afectiva y su círculo social se mantenga. De este modo se configura como una medida de carácter y contenido asistencial³, derivada de la patria potestad y, concretamente, del deber de tenerlos en su compañía.

Aunque, cabe tener en cuenta las últimas líneas jurisprudenciales en las que el Tribunal Supremo considera que en tanto quede salvaguardada la “necesidad de vivienda” se estará protegiendo el interés del menor. A raíz de dicha nueva interpretación se permite la adjudicación no sólo de la vivienda familiar, sino también de las segundas residencias o de otras viviendas que pudieran tener los cónyuges y satisfagan dichas necesidades, STS, 1ª, 16.1.2015 (Ar. 355; MP: Xavier O’Callaghan Muñoz). En este sentido la Ley 7/2015, de 30 de junio de relaciones familiares del País Vasco en el art. 12.6 al regular la atribución del uso de la vivienda concreta: “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...” o el art. 223.20.6 CCCat.: “La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias idóneas para *satisfacer la necesidad de vivienda* del cónyuge y los hijos”.

2.2 El interés de la familia frente al interés familiar más necesitado de protección

El criterio del “interés de la familia” se incorporó al Código Civil mediante el art. 67 CC que al plasmar y formular los deberes de los cónyuges establece que deberán: “actuar en interés de la familia”, y el mismo también aparece contemplado en el art. 70 CC. Dicho

² En este sentido GUILARTE (2014, p. 52).

³ ROCA i TRÍAS (1984, p. 608).

interés se refiere a una familia concreta⁴ y a la familia nuclear (cónyuges e hijos), siendo un concepto particular y no abstracto, es decir, un interés de una familia como grupo o colectividad. Es el resultado de la suma de una serie de intereses particulares o individuales, si bien distinto a todos ellos, que nos sitúa ante un interés común. Se configura como un módulo de conducta, el cual, ante una disparidad de criterios en el seno familiar, debe prevalecer la opción más acorde con la igualdad de los cónyuges (art. 66 CC) y su interés común como familia.

En otro orden de consideraciones, cabe hacer referencia a otro concepto como es el recogido en el art. 103.2 CC. Dicho precepto al tratar las medidas provisionales en relación a la adjudicación del uso de la vivienda familiar alude al “interés familiar más necesitado de protección”. Al igual que el art. 96.3 CC, hace referencia a que “su interés fuera el más necesitado de protección.” Es decir, nos situamos ante un concreto núcleo familiar, y a partir de la conjugación de ambos preceptos y en virtud de las necesidades particulares y concurrentes de los componentes, se adjudicará el uso de la vivienda.

Como manifiesta RIVERO⁵ “cuando el interés del menor se halla integrado dentro de un grupo (familiar), el interés familiar no es supraindividual, contrapuesto al de cada uno de sus componentes, sino la suma de los intereses de los individuos que forman el grupo: hay tantos intereses individuales como personas, y cada uno debe ser valorado, aislado o en conflicto con otros.” DÍEZ-PICAZO y GULLÓN⁶ manifiestan que “la familia como tal no es un ente portador de ningún interés” y consideran que dicho interés se entiende desde el punto de vista negativo, es decir, desde la abstención de determinados comportamientos que pudieran perjudicar al núcleo familiar. Así, puede ser abordado desde un punto interno, desde el propio seno familiar, para evitar comportamientos arbitrarios de los miembros, o desde un punto de vista externo que nos lleva a salvaguardar los intereses colectivos del núcleo familiar.

El concepto del interés familiar lo encontramos desarrollado en la doctrina italiana⁷ y francesa⁸, donde se pone de relieve la existencia de un interés global diverso de los intereses particulares y singulares de los miembros de la familia. Se entiende que existe una estructura subjetiva autónoma y diferenciada que constituye el ente familia en cuanto

⁴ GARCÍA (1984, p. 244 y 277), manifiesta: “El interés de la familia es el criterio que ha de tener en cuenta el juez para resolver discrepancias entre los cónyuges, establecer cautelas o limitaciones tanto en los supuestos en que se mente por la ley esta expresión como en los demás, pues parece absurdo que los cónyuges, al actuar, tengan que tener en cuenta un interés de una determinada familia y en caso de conflicto no sea éste el criterio que ha de tener en cuenta el Juez”.

⁵ RIVERO HERNÁNDEZ (2007, p. 151).

⁶ DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN (2012, p. 94).

⁷ PERCHINUNNO (1982, p. 125); SANTORO-PASSARELLI (1972, p. 10); BIANCA (1975, p. 70).

⁸ HENRY (1979, p. 179); THERY (1972, p. 1 ss).

titular de un interés superior a sus miembros. Dicha tendencia se va quebrando y la doctrina parece definitivamente orientada hacia la protección jurídica de los miembros individuales de la familia, a pesar del reconocimiento de la familia como fenómeno natural y motor de la sociedad. Siendo la característica de la unión familiar la solidaridad. Por ello se considera que la familia no es portadora de un propio interés porque los intereses de la familia son fundamentalmente intereses de las personas. Aunque no cabe duda que se puede identificar con el interés que cada miembro de la familia tiene en común con otros para proteger la vida íntima del grupo. En consecuencia se diferencia entre: los intereses del grupo, los intereses comunes y los intereses de los componentes singularmente considerados.

De acuerdo con dicho principio se podrían adoptar soluciones globales, y no una aplicación automática e inflexible del art. 96 CC, teniendo siempre en cuenta el art. 117 CE referente al sometimiento al imperio de la ley de jueces y tribunales. En este sentido encontramos la STS, 1ª, 14.1.2010 (Ar. 2323, MP: Juan Antonio Xiol Ríos): “La vivienda familiar se configura como un patrimonio no al servicio de uno de los esposos (cualquiera que sea la titularidad que ostente) sino al servicio de la familia como colectividad que, por tanto, trasciende de los propios cónyuges”. Y la SAP de Ciudad Real, Civil, Sec. 2ª, 30.12.1995 (Ar. 2306; MP: Rosa Villegas Mozos) que recalca la idea del interés familiar: “Intentar definir o establecer qué ha de entenderse por vivienda familiar, en una correcta interpretación jurídica que trascienda al mero significado de las palabras, se ofrece necesario para establecer las bases sobre las que poder construir una argumentación eficaz en la cuestión planteada. Y así la Audiencia Provincial de Barcelona tuvo ocasión de pronunciarse sobre dicho concepto jurídico en la Sentencia de 15 de septiembre de 1989, considerando que “no es un bien adscrito a uno de los componentes de la familia sino un bien al servicio del conjunto familiar”. En suma, el concepto jurídico de vivienda familiar viene definido por la utilización conjunta, permanente y habitual que los miembros de una familia hacen de aquélla y donde priman los *intereses de la familia*, como entidad propia, frente a los particulares de uno de los cónyuges.”

2.3 El mejor interés para las relaciones familiares

Otro concepto al que se debe hacer referencia en este apartado es el contemplado en el Código del Derecho Foral de Aragón, Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo (art. 81) que aspira a atenuar los conflictos en materia de adjudicación de vivienda acudiendo a “el mejor interés para las relaciones familiares”⁹. Concepto indeterminado, ambiguo e indefinido por el cual se pretende conjugar el interés del menor y otros intereses dignos de protección otorgando amplias facultades y margen de discrecionalidad al juez. Todo ello hace que, en cierto sentido, pueda quebrar alguno de los postulados básicos del Derecho de familia. Con ello nos hacemos eco de las actuales líneas jurisprudenciales (SAP Zaragoza, Civil Sec.2ª, 11.6.2013, JUR 220016; MP: Julián Carlos Arqué Bescós) por las que se pretende limitar el rigorismo en la aplicación del tenor del art. 96 CC.

⁹ Véase LÓPEZ (2014, p. 92); BALDA (2011, p. 225).

La *ratio* de la norma es adoptar soluciones equitativas que no resulten atentatorias para los intereses implicados sin transgredir la ley y demás principios generales, en consecuencia, en caso de alcanzar dicho equilibrio se habrá conseguido la finalidad de la norma. Por consiguiente, se debe entender que el interés de las relaciones familiares es un concepto que se integra o subsume en el interés superior del menor¹⁰. El interés de las relaciones familiares se ha definido en un doble sentido: vertical, es decir la relación con los progenitores, y en sentido horizontal, para hacer referencia a las relaciones entre hermanos, abuelos y otros parientes y allegados. El juzgador debe tener en cuenta todas estas relaciones y, en consecuencia, para amparar las mismas es factible que la asignación de la vivienda familiar se desvincule del titular de la guarda y custodia¹¹.

De esta forma comprobamos que se pueden diferenciar distintos *intereses* en el seno familiar: el interés conyugal o de la pareja, el de los menores (como principio general y básico en Derecho de familia), y el interés familiar que nos conduce a un interés común, trascendente y transindividual¹², como mejor interés para las relaciones familiares. Es decir, un interés que se debe constatar de acuerdo con las circunstancias familiares concurrentes, y el interés más necesitado de protección. En caso de que haya niños menores o con capacidad judicialmente modificada directamente serán ellos el interés protegible y, en caso contrario, el cónyuge que tenga mayores dificultades de acceso a una vivienda. Al respecto cabe traer a colación la Exposición de Motivos de la Ley 7/2015, de relaciones familiares del País Vasco, que al hacer referencia al Capítulo sobre el uso de la vivienda familiar determina: “partiendo del interés de la persona menor de edad...”, es decir, deja apuntada la existencia de otros intereses protegibles al efectuar la atribución del uso de la vivienda.

Siendo estos *intereses* diversos en cada núcleo familiar, se otorgan al juez una serie de elementos y criterios que debe considerar a los efectos de adjudicar la vivienda. A todos estos intereses nos referiremos en las siguientes líneas al tener que ser atendidos y ponderados al atribuir la vivienda familiar primando, siempre y en todo caso, el interés del menor.

3. La vivienda familiar

3.1 Concepto

¹⁰ STSJ Aragón, Civil y Penal, Secc.1ª, 18.7.2014, Ar. 4293; MP: Ignacio Martínez Lasierra; STSJ Aragón, Civil y Penal, Secc.1ª, 1.7.2013, Ar. 6390; MP: Emilio Molins García-Atance; STSJ Aragón, Civil y Penal, Secc.1ª, 4.1.2013, Ar. 2884; MP: Carmen Samares Ara.

¹¹ TAMAYO CARMONA (2015, p. 278).

¹² Véase la Exposición de Motivos de la Ley de reforma del CC de 1975: “ésta, como institución más general que engloba al matrimonio y le dota de un sentido trascendente y transindividual, recibe el refrendo legislativo que se echa en falta en la anterior ordenación.”

El Código Civil en su articulado no utiliza un término unívoco sino que se refiere a la vivienda habitual con distintas acepciones: “vivienda”, “vivienda familiar”, “vivienda habitual”, “vivienda donde tuviese la residencia habitual”¹³, en particular nos estamos refiriendo a los artículos 90, 91, 96, 103, 1320 y 1406 CC.

El art. 40 CC recoge una definición de domicilio: “Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil.” El art. 70 CC se refiere al concepto domicilio conyugal: “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”. A dicho término también alude el art. 769 LEC. Una vez fijado el domicilio conyugal se concretará la vivienda habitual en tanto tenga las notas de habitualidad y permanencia derivadas de su carácter familiar. En este sentido la STS, 1ª, 31.5.2012 (Ar. 6550; MP: Encarna Roca Trías) la define como: “la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Es en este sentido que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar, que es un concepto no definido en el Código Civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el art. 70 CC, en relación al domicilio de los cónyuges”. Así, acudiremos al concepto más amplio de vivienda familiar para hacer referencia al lugar en el que desarrolla la convivencia el núcleo familiar, es decir, la pareja con los hijos ya sean o no comunes¹⁴.

La mayoría de textos legales no contemplan una definición de vivienda familiar. Se trata del lugar en que se desarrolla la vida familiar y en el que tienen la residencia habitual los miembros de la misma, como acabamos de apuntar, y debe contar con las notas de habitualidad y permanencia. Es el lugar donde se desarrolla la convivencia familiar, el espacio reservado a su intimidad, disponiendo de las notas de estabilidad y solidez, residencia de la familia efectiva y permanente, satisfaciendo de esta manera, de forma efectiva, la “necesidad de vivienda”. Es la sede o centro principal donde la familia cumple sus funciones en relación con los cónyuges y los hijos y desarrolla la mayoría de intereses,

¹³ En Cataluña, hasta la aprobación de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, se recogían los términos “vivienda familiar, a la que hacía referencia el Código de Familia (Ley 9/1998, de 15 de julio) y “vivienda común”, que era el término utilizado en la Ley de parejas estables (Ley 10/1998, de 15 de julio, d’ unions estables de parella). En la actualidad, el CCCat. en el art. 231-3.1 define el domicilio familiar: “Los cónyuges determinan de común acuerdo el domicilio familiar. Ante terceras personas, se presume que el domicilio familiar es aquel donde los cónyuges o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia conviven habitualmente.”

¹⁴ Sobre la diferencia entre domicilio conyugal, domicilio familiar y vivienda familiar, véase BERROCAL (2014, p. 1349); RODRÍGUEZ ALMEIDA (2013, 1133), la define como: “el lugar clave y necesario para el mantenimiento familiar y de la prole, donde todos los integrantes de la unidad familiar, y sobre todo los menores, deben alcanzar su plenitud como personas.”

tradiciones y aspiraciones familiares. Incluso, cierto sector doctrinal le otorga una dimensión “moral” a dicha vivienda¹⁵.

El concepto de vivienda familiar ha sido definido por la jurisprudencia, particularmente, la STS, 1ª, 16.12.1996 (Ar. 9020; MP: José Almagro Nosete), que la conceptúa como: “el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos” o, la STS, 1ª, 31.12.1994 (Ar. 10330; MP: Jesús Marina Martínez-Pardo) “Nuestro ordenamiento jurídico protege la vivienda familiar, tanto en situación normal del matrimonio como en los estados de crisis, separación o divorcio. La protección se manifiesta en primer lugar creando el concepto de vivienda familiar al que se refieren los artículos 87, 90 b), 91, 96 y 103.2 del Código Civil; bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, cualquiera que sea el propietario.” De esta última sentencia se debe recalcar la consideración de la vivienda familiar como *bien familiar*, no patrimonial, lo cual lo podemos conjugar con toda la idea de los intereses familiares que hemos expuesto en el apartado precedente.

3.2 Necesidad de reforma del artículo 96 CC

Una vez que acontece una ruptura matrimonial, por regla general, uno de los cónyuges abandona la vivienda familiar. En tanto se conceda un régimen de guarda y custodia compartida¹⁶, en la mayoría de ocasiones nos situaremos ante dos viviendas y a partir de ese momento se deberá salvaguardar jurídicamente el régimen de la conceptuada jurídicamente como vivienda familiar, siendo la otra, *de facto*, también una “vivienda familiar”.

El Anteproyecto de Ley en materia de corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio¹⁷ hacía referencia a: “el *lugar* o *lugares* de residencia de los hijos menores”, para hacer hincapié en el hecho de que a partir de la implantación -con carácter preferente- de la custodia compartida los menores tendrán dos lugares de residencia, en

¹⁵ En este sentido UREÑA CARAZO, (2015, p. 3 y 11), quien manifiesta que lo importante: es que se trate de: “un marco de convivencia, un punto de encuentro de los integrantes de una familia –padres, hijos, abuelos...-, donde cada uno de ellos pueda desarrollar libremente su personalidad y sentirse atendido, tanto material como moralmente. Y eso es lo que configura un “hogar” con independencia del espacio físico.”

¹⁶ Véase: VERDERA (2014, p. 453).

¹⁷ Aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de julio de 2013 a propuesta del Ministro de Justicia D. Alberto Ruiz-Gallardón. El 19 de septiembre de 2013 el Consejo General del Poder Judicial aprobó por unanimidad el informe al Anteproyecto y, con posterioridad, tras ser aprobado por el Consejo de Estado en pleno en sesión celebrada el 24 de julio de 2014, pasó a denominarse: Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia.

tanto no se generalice el uso alternativo de la denominada vivienda familiar. Si bien, de acuerdo con el enunciado de la norma, se produce un contrasentido porque de su tenor subyace que siempre hay una mayor relación con uno de los progenitores al establecer el art. 96.1 CC: “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*.”

Cabe resaltar que, hasta fechas recientes, los pronunciamientos judiciales debían recaer sobre la vivienda que había sido familiar hasta el momento de la ruptura. En cualquier caso, como comprobaremos posteriormente, en la actualidad se va abriendo el tenor del actual art. 96 CC y los Tribunales pueden tener en cuenta la existencia de otras viviendas que satisfagan los intereses de los menores.

En la actualidad, nos encontramos con problemas de interpretación y ejecución debido a la fragmentaria regulación de la guarda y custodia compartida la cual se incorporó a nuestro Ordenamiento (Ley 15/2005, de 8 de julio) sin la correspondiente y necesaria modificación del art. 96 CC. Por ello, en los supuestos de guarda y custodia compartida se viene aplicando de forma analógica el párrafo segundo de dicho precepto, debido a que en el primero no es posible subsumir la figura en su supuesto de hecho y los tribunales, haciendo una especie de “encaje de bolillos”, están resolviendo a partir del principio *favor filii*. Ahora bien, dicho párrafo segundo concede una gran discrecionalidad al juez al determinar: “*resolverá lo procedente*”.

De acuerdo con los pronunciamientos jurisprudenciales a los que a continuación haremos referencia, y a partir de determinados postulados doctrinales, se constata la necesidad de reforma del art. 96 CC. En función de las interpretaciones realizadas por los tribunales se comprueba que es uno de los preceptos que más se ha adaptado a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado. En la actualidad nos encontramos con una pluralidad de regulaciones sobre el particular por parte de distintas Comunidades Autónomas¹⁸, las cuales se han ido haciendo eco de las necesidades en la materia, recogiendo y regulando de forma pormenorizada la institución.

La anhelada reforma del art. 96 CC se debería realizar con mucho tiento al no ser conveniente dejar al arbitrio judicial determinados parámetros. A su vez, si se quiere establecer como prevalente o preferente el régimen de custodia compartida en el Código

¹⁸ Básicamente nos estamos refiriendo al Código Civil de Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio); Código del Derecho Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo); Ley de relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de la Comunidad Valenciana (Ley 5/2011, de 1 de abril), sobre la misma se interpuso un recurso de inconstitucionalidad por intromisión del legislador valenciano en las materias propias de Derecho Civil estatal (art. 149.1.8 CE) por lo que se suspendió la vigencia de dicha ley, dicha suspensión quedó levantada por el Auto TC 22.11.2011 (Pleno, RTC, 161), también se debe tener en cuenta la Ley de régimen económico matrimonial valenciano (Ley 10/2007, de 20 de marzo), modificada por la Ley 8/2009, de 4 de noviembre y la Ley 7/2015, de 30 de junio de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco.

Civil, siendo ésta un medio para la consecución de la corresponsabilidad parental, se debería concretar la adjudicación de la vivienda ya sea de forma exclusiva, compartida, alternativa o definir si se debe proceder a su transmisión, alquiler, compensación... porque la aplicación del actual art. 96 CC a dicho régimen de guarda está ocasionando diversos problemas de aplicación al no tener cabida en el mismo.

A la necesidad de reforma del art. 96 CC hacen referencia la STS, 1ª, 3.4.2014 (Ar. 1950; José Antonio Seijas Quintana); STS, 1ª, 2.6.2014 (Ar. 2842; MP: José Antonio Seijas Quintana): “Esta Sala valora (...) las críticas que desde distintos sectores se están haciendo contra el rigorismo de la medida de uso de la vivienda familiar que se realiza al amparo del 96 del Código Civil, especialmente en unos momentos de crisis económica en que se han puesto en cuestión algunos de los postulados que permitieron su inicial redacción y que se han complicado especialmente en los casos de guarda y custodia compartida, haciendo inexcusablemente necesaria una nueva y completa regulación.” En el mismo sentido se expresa la STS, 1ª, 18.5.2015 (Ar. 1919; MP: José Antonio Seijas Quintana).

Se puede afirmar que la regulación actual en materia de vivienda familiar conlleva determinadas situaciones no justificadas. Por ejemplo, es factible que el cónyuge custodio, a quién se atribuye el uso de la vivienda, disponga de un mayor patrimonio que el otro cónyuge quien debe abandonar dicha residencia y, en algunos casos, pagar la hipoteca y los gastos al ser la vivienda de su propiedad. En este sentido CUENA CASAS¹⁹ manifiesta que “de la mano del Derecho de familia, se produce una suerte de expropiación temporal, *sin justiprecio*, que puede conducir al dueño incluso a situaciones de exclusión social.” Siguiendo sus palabras, se ha “magnificado sobremanera el impacto que para los menores tiene un cambio de vivienda”²⁰, se debe tener en cuenta que los menores precisan una asistencia patrimonial y sobre todo emocional: apego, afecto, cariño de sus padres que se les puede ofrecer en una vivienda o en otra, en tanto cumpla unos mínimos y sea adecuada a tal fin, en este sentido se pronuncia la STS, 1ª, 26.12.2005 (Ar. 180; MP: Encarnación Roca Trías). Por consiguiente, es necesario el interés más necesitado de protección con los intereses derivados de la titularidad de la vivienda.

Todo ello hay que conjugarlo con las conclusiones de los IV Encuentros institucionales de Jueces y Magistrados de Familia, fiscales y secretarios judiciales que en el año 2009 concretaron: “Hasta que se produzca la reforma legal del art. 96 del Código Civil, se acuerda que el mismo sea interpretado de forma que la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos. En todo caso, la asignación del uso

¹⁹ CUENA (2014, p. 15); SANTOS (2014, p. 2), habla de los resultados frecuentemente injustos a los que lleva la aplicación automática del art. 96 CC; UREÑA CARAZO (2015, p. 5).

²⁰ CUENA (2014, p. 16); TAMAYO (2011, p. 3) quien observa que “la integridad moral de los hijos menores o minimizar las consecuencias inevitables de la ruptura de los padres no pasa necesariamente por la continuación en el uso de la vivienda familiar”; SANTOS (2014, p. 24), “continuar residiendo en el domicilio familiar no constituye un argumento válido”.

exclusivo de la vivienda familiar, en los supuestos que proceda, se hará siempre con carácter temporal.”

Sobre este particular, el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, con posterioridad denominado Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar la ruptura de la convivencia, y distintas leyes autonómicas sobre el particular, intentan paliar algunas de dichas situaciones mediante determinadas compensaciones, o por criterios o elementos más flexibles en manos del juez. Aunque, velando y haciendo primar siempre el interés del menor. De esta forma se introducen distintas variables como son: las necesidades de los progenitores y concretamente el interés familiar más necesitado de protección, la titularidad de la vivienda, la asignación con carácter temporal, y uno de los puntos de mayor relevancia o novedad como es la consideración del carácter patrimonial de la vivienda familiar, que nos puede conducir a determinadas compensaciones o aminoraciones de concretas pensiones.

Tal como recoge la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental (Punto VI): “El Juez acordará, en relación con la residencia de los hijos, aquellas medidas que basadas en su interés superior y que garanticen su derecho a una vivienda. No obstante, si bien se tiende a que la vivienda familiar, desde el inicio, se asigne de forma definitiva, se regulan las reglas que deben regir para la atribución de su uso, en el supuesto de que ello no se lograra.

Así, se procurará que en la asignación de la vivienda prevalezca *el interés superior de los hijos*, por encima de cualquier otra consideración, y se atiendan los *intereses del cónyuge* que más dificultades pueda tener para encontrar una nueva vivienda tras el cese de la convivencia, sólo siempre que dichos intereses sean compatibles con el de sus hijos.” Por tanto, en los procesos de familia se conseguirá evitar la litigiosidad en relación a la obtención de la guarda y custodia de los niños, donde subyacen cuestiones económicas y, concretamente, la obtención de la adjudicación de la vivienda familiar con todo lo que ello conlleva.

4. Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar

4.1 Acuerdo de voluntades de los cónyuges aprobado judicialmente. Pactos en previsión de una ruptura. Convenio regulador

Es factible establecer, con carácter prenupcial o constante matrimonio, pactos en previsión de una ruptura concretando el destino de la vivienda mediante el correspondiente acuerdo de los cónyuges, otorgando carta de naturaleza a la autonomía privada, aunque dichos pactos –en cualquier caso– deberán ser revisados y aprobados por el Juez.

Al respecto, cabe acudir al Código Civil de Cataluña que contempla cambios significativos en relación con la atribución de la vivienda familiar que son puestos de manifiesto en el propio Preámbulo del Libro Segundo (III. Estructura y contenido) destacando la importancia de valorar las circunstancias del caso concreto: "(...) Por ello, se prevé que, a solicitud del interesado, pueda excluirse la atribución del uso de la vivienda familiar si quien sería beneficiario tiene medios suficientes para cubrir sus necesidades y las de los hijos, o bien si quien debe cederlo puede asumir y garantizar suficientemente el pago de los alimentos a los hijos y la prestación que pueda corresponder al cónyuge en una cuantía que permita cubrir las necesidades de vivienda de este. Inversamente, si pese a corresponder a un cónyuge el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos es previsible que la necesidad de este se prolongue después de llegar los hijos a la mayoría de edad, la atribución del uso de la vivienda familiar puede hacerse inicialmente por este concepto...". El art. 233-21.3 CCCat recoge la posibilidad de establecer dichos pactos en previsión de una futura ruptura matrimonial: "puede pactarse sobre la atribución o distribución del uso de la vivienda y sobre las modalidades de este uso"²¹. Se otorga distinto tratamiento a la vivienda "durante" la convivencia de la pareja y "a la ruptura" de la misma, produciéndose mayor intervencionismo a lo largo de la unión conyugal, originándose una situación paradójica porque es en la ruptura cuando alguno de los miembros de la pareja puede resultar perjudicado²². Siendo, dicha regulación reflejo del Derecho de familia actual, el cual no pretende inmiscuirse en los acuerdos de los cónyuges, sino que adopta una posición externa salvaguardando unos mínimos y concretando unos límites formales y materiales. En cualquier caso, dichos pactos cuentan con dos límites, art. 233-21.3 CCCat.: "No son eficaces los pactos que perjudiquen el interés de los hijos, ni tampoco, si no se han incorporado a un convenio regulador, los que comprometan las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso", es decir, no es posible renunciar a determinadas pensiones en tanto se acuerde la atribución futura de la vivienda²³. Y como manifiesta EGEA²⁴ "la renuncia al derecho de uso de la vivienda familiar sólo es eficaz si en el momento de ejecución de esta estipulación, el cónyuge que resultaría beneficiado no ve comprometidas sus posibilidades de atender aquellas necesidades."

Asimismo, es factible que se produzca una modificación de las circunstancias que conlleve que aquel pacto inicial no deba surtir efectos, al poder resultar gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (art. 231-20.5 CCCat.).

²¹ Los pactos en previsión de la ruptura, con carácter general, aparecen regulados en el art. 231-20 CCCat. EGEA (2014, p. 507), manifiesta que en los supuestos en que ya se ha producido la crisis también habrá que tener en cuenta; "els anomenats pactes de separació amistosa, i també mitjançant la conformitat del demandat, en contestar la demanda, a la pretensió de l'altra part."

²² Al respecto FERRER VANRELL (2011, p. 454); véase: LAMARCA MARQUÈS, (2013, p. 475).

²³ MOLL DE ALBA LACUVE (2014, p. 236).

²⁴ EGEA (2014, p. 519).

Al margen de dichos pactos, el primer criterio para asignar la vivienda será el acuerdo de los cónyuges plasmado en el correspondiente convenio regulador y, a falta de acuerdo o de su aprobación judicial, será el propio Juez quién acordará lo pertinente a partir de toda una serie de criterios determinados legalmente y hoy en día atemperados por la interpretación jurisprudencial. En este sentido el art. 96 CC expresamente determina: “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez...”. El contenido mínimo del convenio regulador se contempla en el art. 90 CC y, en particular, el apartado c) se refiere a: “la atribución de la vivienda y el ajuar familiar”²⁵. Como es sabido, en los procedimientos de mutuo acuerdo el Juez adoptará lo acordado por las partes, en tanto no perjudique el interés del menor o resulte gravemente perjudicial para uno de los cónyuges y, en los procedimientos contenciosos el Juez decidirá una vez determinada la guarda y custodia de los menores. Así, el Anteproyecto de Ley de corresponsabilidad recalca la adjudicación en virtud del concreto régimen de guarda y custodia, debiendo quedar garantizado el derecho a la vivienda.

Al respecto es interesante la STSJC 18.1.2010 (Ar. 1297; MP: Enrique Anglada Fors)²⁶ que aborda un supuesto donde las partes mediante convenio regulador acordaron una atribución conjunta del uso de la vivienda, lo cual en la práctica puede resultar una fuente inagotable de problemas. Se debe tener en cuenta que de acuerdo con la regulación del Código Civil, dicho convenio podrá ser impugnado si sus acuerdos “son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges” (art. 90 CC), en cambio, en el Codi de Família y posterior CCCat dicha impugnación sólo tendrá lugar si es perjudicial para los hijos. Ante tales hechos el Tribunal dispuso que “se otorgue a ambos cónyuges, comprometiéndose ambos a llevar vidas totalmente separadas sin inmiscuirse uno en la vida del otro”. Con posterioridad la mujer solicita una modificación de medidas al entender que, de acuerdo con el art. 83 Codi de Família (derogado por el CCCat.), la atribución debe realizarse a uno de los cónyuges. El tribunal manifiesta que se trata de una atribución anómala pero no ilegal, la idea que inspira el tenor de la norma es la atribución a uno de los cónyuges, si bien, en tanto ellos acuerden una atribución conjunta, la misma es factible de acuerdo con su autonomía de la voluntad. Lo que no excluye la admisibilidad de una modificación de medidas desde el momento en que uno de los cónyuges no quiera continuar compartiendo la vivienda, pero siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias.

²⁵ Al igual que el art. 4. c) de la Ley de relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no convivan de Valencia que establece el contenido mínimo del pacto de convivencia familiar, y en Cataluña el art. 233.2.3. b) y el art. 233-2.3 b) del CCCat en relación al contenido del convenio regulador.

²⁶ Véase: ESPIAU ESPIAU (2010, p. 245 ss), quien manifiesta que el problema se suscita debido a que el art. 84 CF no se trata de una norma dispositiva sino de una norma legal supletoria que opera en defecto de convenio. Por lo que entiende que la atribución de la vivienda de acuerdo con el tenor legal se debe atribuir a uno de los cónyuges porque, entre otros motivos, no estaríamos ante una “atribución” sino ante una “continuidad en el uso”.

4.2 Atribución a quién corresponda la guarda de los hijos

Tal como concreta el art. 96 CC, la regla general y preferente determina que la atribución de la vivienda se realizará a los hijos y, consecuentemente, al cónyuge a quién se le atribuya la guarda. Debido a la regulación actual de la custodia compartida, se viene considerando que el tenor del art. 96 CC en relación con la adjudicación de la vivienda al sujeto a quien le corresponda la guarda de los hijos, no tiene un carácter imperativo sino que es posible una interpretación correctora, de acuerdo con el interés más necesitado de protección²⁷.

De esta forma, a partir de distintos elementos se puede producir una diferente atribución de la vivienda, por ejemplo, en aquellos casos en que el sujeto disponga de otras residencias en las que alojarse, ya sean de dominio privativo o en copropiedad; en los supuestos en que no haga uso de la vivienda que se le ha adjudicado²⁸; en el caso de convivencia marital con un tercero en dicha vivienda²⁹...

A los efectos de aplicación del art. 96 CC habrá que analizar las circunstancias concurrentes que afectan a los menores y a los progenitores, de manera que se pueda conceder la solución más equitativa posible, evitando situaciones de abuso de derecho o enriquecimiento injusto³⁰. En este sentido es adecuada la regulación al respecto del CCCat. que siguiendo la senda del derogado art. 83 Codi de Família establece que la atribución se realizará “preferentemente” al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes³¹.

La regulación del Anteproyecto contempla “con carácter preferente”, el régimen de custodia compartida y modifica los criterios de atribución de la vivienda familiar. Así, en los casos de custodia compartida la redacción del Anteproyecto primaba un uso alternativo de la vivienda familiar. Ello debido a que en dicho régimen los períodos de estancia con los progenitores serán iguales o similares, pudiéndose establecer de forma alternativa el uso de la vivienda. Siendo “la casa nido” (*Bird's nest custody*) la solución más plausible teóricamente pero, más complicada en la práctica debido a que supone disponer de tres viviendas y puede conllevar una serie de problemas prácticos considerables. En tanto no se produzca dicha distribución de la vivienda en el resto de supuestos: “se atribuirá al

²⁷ QUESADA (1998, p. 191).

²⁸ SAP de Murcia, Civil Sec. 4ª, 19.2.2009 (JUR 189074; MP: Carlos Moreno Millán); SAP de Murcia, Civil Sec. 4ª, 27.1.2011 (JUR 117636; MP: Carlos Moreno Millán); SAP de Pontevedra, Civil Sec. 6ª, 13.7.2015 (JUR 192500; MP: Jaime Carrera Ibarzábal).

²⁹ Véase: VERDERA (2013, p. 1635).

³⁰ En este sentido se expresa la SAP de Madrid, Civil Sec. 22ª, 7.10.2005 (JUR 252353; MP: Eladio Galán Cáceres).

³¹ EGEA (2014, p. 508), pone de manifiesto que dicha preferencia se ha atemperado y la rigurosidad para su exclusión es menor.

progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda" (art. 96.2.3 CC). Si se acuerda una custodia exclusiva se atenderá a tres factores: "el interés superior de los hijos, a criterios de necesidad y a la titularidad de la vivienda", por consiguiente, dicha norma pretende acabar con el automatismo resultante de otorgar el derecho de uso a los hijos y reflejamente al cónyuge custodio. De acuerdo con una interpretación literal sería factible anteponer los intereses patrimoniales de los cónyuges a los intereses de los hijos. Aunque no se debe llegar a tal extremo, sino interpretar e integrar la norma de forma que sea compatible con el interés superior de los menores.

Al respecto, diferentes leyes autonómicas tratan el tema de la atribución alternativa, en dicho sentido, el Código Civil de Cataluña, Libro Segundo, art. 233.20.1 CCCat concreta: "...También puede acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados." Para disponer en el apartado segundo la atribución exclusiva de la vivienda: "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 quién corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure ésta."

El art. 81 del Código del Derecho Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo) una vez tratados los supuestos de custodia compartida en los que la norma determina que "se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda", en el apartado 2 establece: "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." La ley valenciana (Ley de relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, Ley 5/2011, de 1 de abril) en el art. 6.1 contempla similar criterio: "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 fuese compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda." No hace referencia expresa al interés más necesitado de protección sino utiliza otro concepto como el referente al sujeto que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a una vivienda, que se deberá concretar en cada supuesto particular pudiendo no coincidir con el interés más necesitado de protección referido a los cónyuges. Y, el art. 12.4 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco, dispone la atribución alternativa como atribución inicial.

En dichas leyes no se tiene en cuenta, exclusivamente, el interés del menor sino también otros factores o criterios como pueden ser: la dificultad de acceso a una vivienda por parte de uno de los progenitores en tanto tal adjudicación no menoscabe el interés del menor. Y, otro concepto más amplio como es "el mejor interés para las relaciones familiares", el cual puede ser objeto de una interpretación extensiva, apreciando el juzgador diversos intereses.

4.3 Atribución al cónyuge más necesitado de protección

De acuerdo con el Código Civil, en el supuesto de que el matrimonio no tenga hijos se establece, de forma subsidiaria, una regla en la que se tiene en cuenta la situación del cónyuge más necesitado de protección, art. 96.3 CC: “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.” Y el Anteproyecto de Ley, para casos de parejas sin hijos o cuando la custodia no les fuera otorgada a uno de ellos, establece que “el Juez, para atribuir el uso de la vivienda familiar, prestará especial atención a su titularidad y a criterios de necesidad” (art. 96.2.4 CC).

El Anteproyecto hace referencia a dicho criterio: “el cónyuge más necesitado de protección”, no sólo en los casos en que no haya hijos, sino que también se deberá tener en cuenta en los supuestos de custodia exclusiva y compartida, siempre que quede salvaguardada la necesidad de una vivienda y el principio del interés superior del menor. Siendo, por consiguiente, un concepto jurídico indeterminado que se deberá valorar en cada supuesto particular de acuerdo con las circunstancias concurrentes. El art. 96.2 CC del Anteproyecto en su redacción originaria (julio 2013) no diferenciaba expresamente la adjudicación de la vivienda en los casos de custodia exclusiva y compartida. Concretaba que en el supuesto de no ser atribuido el uso por periodos alternos a ambos progenitores, y en tanto sea compatible con los intereses de los hijos: “se atribuirá al progenitor que tuviera mayores dificultades de acceso a otra vivienda”. Para ello, el matrimonio debía estar incurso en uno de los tres supuestos contemplados: que la guarda y custodia sea compartida, que no tuvieran hijos o que los hijos fueran mayores de edad.

El criterio más novedoso era el establecido en el art. 96.2.3 CC del Anteproyecto de Ley en su redacción de julio de 2013: “Excepcionalmente, aunque existan hijos menores o con la capacidad judicialmente completada dependientes de los progenitores, el Juez puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda y custodia si es el más necesitado y el progenitor a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su *necesidad de vivienda* y la de los hijos.”³²

Al respecto el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto (de 19 de septiembre de 2013) observó que podía acarrear un coste económico adicional para el progenitor custodio, lo que a la postre puede repercutir en los intereses de los hijos. Por lo que consideraba necesario establecer una cautela a los efectos de no perjudicar los intereses del menor. Dicho informe también puntualizó que se debían incorporar los supuestos en que la guarda y custodia se atribuya a un pariente o allegado o, en su caso a la entidad pública de protección del menor. En consecuencia, debido a que el menor vivirá con dichos

³² Que recoge la redacción del art. 233.20.4 CCCat cuyo tenor es el siguiente: “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.”

parientes o en un centro de acogida, la vivienda se podría otorgar al más necesitado de protección.

La posterior redacción del art. 96.2 CC en el Anteproyecto de Ley (julio 2014), suprime los tres supuestos que debían acontecer para otorgar la vivienda al progenitor que tuviera objetivamente dificultades de acceso. A su vez, respecto a los supuestos de custodia exclusiva (art. 96.2.1) es factible que el sujeto que no tiene atribuida la guarda y custodia se le otorgue la vivienda: “si el otro progenitor a quien corresponde 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 los casos de custodia compartida (art. 96.2.3) si la vivienda familiar no se ha adjudicado por periodos alternos a ambos “se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda.”

En la actualidad, el Tribunal Supremo -al interpretar el art. 96 CC- se ha pronunciado sobre la posible concurrencia de distintos factores o parámetros que eliminan el rigor de la norma cuando no se ha producido el acuerdo entre los cónyuges. Dichos factores nos sitúan ante el uso que se realice de la vivienda, o el hecho de que no se precise la vivienda porque se encuentran satisfechas las necesidades de habitación mediante otros medios, STS, 1ª, 5.11.2012 (Ar. 10135; MP: José Antonio Seijas Quintana)³³.

Respecto al interés más necesitado de protección se pronuncia la STS de 5.9.2011 (Ar. 5677; MP: Juan Antonio Xiol Ríos) y STS, 1ª, 12.2.2014 (Ar. 2090; MP: Francisco Javier Orduña Moreno): “si bien estos hechos podrán ser valorados atendidas las circunstancias del caso, junto con otras que pudieran concurrir, el mantenimiento del uso de la vivienda o su modificación deberá estar justificado, necesariamente, en el interés más necesitado de protección que, como concepto jurídico indeterminado, deberá ser objeto de un juicio de ponderación en el que, al lado de las circunstancias señaladas, se contrasten directamente (plano de igualdad) las circunstancias e intereses dignos de protección o consideración que presente la situación de cada cónyuge. Todo ello dentro de una clara flexibilidad valorativa que permite dicho concepto en orden a valorar aspectos tanto de índole práctica como de orden social, particularmente el referido a las circunstancias económicas del cónyuge más desfavorecido, por un tiempo prudencialmente fijado por el Juez.” La STS, 1ª, 25.3.2015 (Ar. 1165; MP: Eduardo Baena Ruiz) adjudica la vivienda al marido al considerar la Sala que es el interés más necesitado de protección. La esposa está viviendo en otra residencia realizando labores de asistencia y cuidado de familiares dependientes por lo que tiene cubierta tal necesidad, en cambio, el marido no dispone de ningún otro domicilio donde residir. La STS, 1ª, 17.6.2015 (Ar. 164932; MP: Francisco Javier Arroyo Fiestas) establece que la esposa debería haber probado su posición de mayor necesidad porque de acuerdo con los documentos aportados “Consta en las actuaciones que ella es funcionaria, él pensionista

³³ Al respecto son interesantes la SAP de Zaragoza de 12.2.2013 (JUR 110731; MP: Julián Carlos Arqué Bascos); STSJ Aragón, Sala Civil y Penal, 1ª, 7.2.2013 (Ar. 3143; MP: Ignacio Martínez Lasierra); SAP de Zaragoza de 7.11.2012 (JUR 110869; MP: Julián Carlos Arqué Bascos); SAP de Huesca de 18.10.2012 (JUR 396666; MP: Santiago Serena Puig); STSJ Aragón de 15.12.2011 (Ar. 55, MP: Ignacio Martínez Lasierra).

(con minusvalía) y que la vivienda es privativa del que fue su esposo, por lo que no se puede apreciar que el interés de ella sea el más necesitado de protección.”

Otro supuesto particular es el contemplado en la STS, 1ª, 23.6.2015 (Ar. 2546; MP: Francisco Javier Arroyo Fiestas) donde se recurre la atribución de la vivienda a la esposa que se ha realizado consecuencia de la existencia de una deuda pendiente de parte del precio de la vivienda: “cantidad sobre la que las partes mantienen discrepancias sobre el cómo y cuándo debe realizarse”. El Tribunal, debido a que los cónyuges disponen de una situación económica similar, considera que la adjudicación de acuerdo con el art. 96.3 CC se debe realizar al interés más necesitado de protección y no por circunstancias ajenas al tenor del precepto.

En cada separación o divorcio se deberá analizar la situación patrimonial de los cónyuges y, en virtud de los datos concurrentes obtenidos se adjudicará la vivienda al más necesitado en tanto se respeten las otras máximas expresadas. Ante ello se podría alegar la fábula de la cigarra y la hormiga de Esopo, es decir, debido a la excesiva patrimonialización de las medidas no es conveniente que se favorezca al sujeto que no dispone de medios como consecuencia de su dejadez, holgazanería o falta de previsión. Aunque, en cualquier caso, se tendrán que tener en cuenta las circunstancias personales y socioeconómicas de los cónyuges concretando: la posibilidad de acceso a otra vivienda, la cualificación profesional de los cónyuges, la aptitud personal y las posibilidades de obtención de un empleo, teniendo en cuenta la edad, salud, la existencia de personas a su cargo...

En este sentido, la atribución de la vivienda al cónyuge más necesitado³⁴ también tiene su reflejo en el art. 233.20-3 CCCat al establecer una serie de excepciones referentes no únicamente a los casos que no haya hijos, sino también para los supuestos de custodia compartida o distribuida y cuando los hijos son mayores de edad: “No obstante lo establecido en el apartado 2, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado en los siguientes casos:

- a) Si la guarda de los hijos queda compartida o distribuida entre los progenitores.
- b) Si los cónyuges no tienen hijos o éstos son mayores de edad.
- c) Si pese a corresponderle el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos es previsible que la necesidad del cónyuge se prolongue después de alcanzar los hijos la mayoría de edad.”

³⁴ Sobre el particular cabe citar las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sec. Única, 22.9.2003 (Ar. 7128; MP: Ponç Feliu i Llansa); 4.10.2006 (Ar. 6178; MP: Carlos Ramos Rubio); 7.5.2007 (JUR 296409; MP: Teresa Cervelló Nadal); 18.9.2008 (Ar. 1726; MP: Mª Eugenia Alegret Burgues); 24.11.2008 (JUR 295922); 3.12.2009 (Ar. 1438; MP: Mª Eugenia Alegret Burgues); 18.1.2010 (Ar. 1297; MP: Enrique Anglada Fors); Auto, 19.1.2012 (Ar. 4208; MP: José Francisco Valls Gombau); Auto, 26.4.2012 (Ar. 6363; MP: José Francisco Valls Gombau); 3.2.2014 (Ar. 1568; MP: Carlos Ramos Rubio); Auto de 26.1.2015 (JUR 72480; MP: José Francisco Valls Gombau).

Se comprueba que el Código Civil establece la posibilidad de adjudicación de forma facultativa, “podrá acordarse”, en cambio, el Código Civil de Cataluña de forma imperativa concreta que la autoridad judicial “debe atribuir”. Respecto al apartado c) transcrito del precepto del CCCat se ha manifestado que “técnicamente no está bien redactado ya que no se trata de un supuesto de excepción a la regla general de atribución (al cónyuge titular de la guarda), sino de una excepción a la regla general de la duración (no se termina al terminar la custodia).”³⁵ Se tratará de una atribución temporal siendo posible solicitar prórroga.

El art. 6.1 de la Ley Valenciana concreta la vivienda al cónyuge más necesitado, a pesar de la existencia de hijos, si tal adjudicación es compatible con el interés de los menores. Al igual que la Ley 7/2015, de 30 de junio del País Vasco, art. 12.3 y 4.

En el mismo sentido encontramos el art. 81.1 del Código del Derecho Foral de Aragón: “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.”

Se deja a la discreción del juez la posibilidad de atribuir la vivienda al cónyuge al que no se le ha otorgado la custodia, pero que se encuentra ante una situación más precaria económicamente hablando y, como segundo requisito, es necesario que el otro cónyuge disponga de medios económicos para hacer frente a sus necesidades de vivienda.

4.4 Atribución como pago de la pensión compensatoria o pensión de alimentos

a) Regulación prevista en el Anteproyecto de Ley en materia de corresponsabilidad parental

Como es sabido, la situación de crisis matrimonial puede ocasionar a uno de los miembros de la pareja un desequilibrio económico y por tal motivo, se fijará una pensión compensatoria en tanto se cumplan los criterios del art. 97 CC, conforme con una interpretación subjetivista de la institución. A su vez, puede surgir una relación obligatoria derivada del derecho de alimentos como es la pensión alimenticia, contando dicha prestación con la nota de patrimonialidad³⁶. Algunas leyes autonómicas, como detallamos en el siguiente apartado, concretan que en función de la atribución de la vivienda se adoptarán las medidas en relación con la pensión de alimentos y la pensión compensatoria, que servirá como parámetro para baremar la cuantía al estar contribuyendo en especie a dichas obligaciones. Cabe recordar que los arts. 93 CC y 97 CC tienen en cuenta –en cierto sentido- dicha medida.

³⁵ DÍAZ FRAILE (2011, p. 431).

³⁶ Al respecto tener en cuenta que CICU (1914, p. 443) negaba el carácter de patrimonialidad al derecho del alimentista.

Tal posibilidad la venían planteando los tribunales, un pronunciamiento al respecto ya se encuentra en la SAP de Murcia, Civil Sec. 1ª, 3.10.2005 (JUR 107942; MP: Álvaro Castaño Penalva) por la cual se aumenta la pensión de alimentos que el padre debe satisfacer. Ello, a consecuencia de una alteración de las circunstancias que ha llevado a la mujer a prescindir del domicilio conyugal que se le había atribuido en un primer momento, y proceder a alquilar un alojamiento. Al hilo de la cuestión el Auto de la AP de Madrid, Civil Sec. 22ª, 5.5.2000 (Ar. 1127; MP: Eduardo Hijas Fernández) se plantea la suspensión de la obligación alimenticia por compensación debido a que el recurrente está satisfaciendo la deuda hipotecaria que grava en ese momento la vivienda. El Tribunal concreta que dichas deudas no son compensables y, a su vez, se confundirían los derechos de los hijos con las deudas que entre sí mantienen los progenitores, debiéndose tratar como cuestiones independientes. Cuestión diversa es el caso que recoge la SAP de Madrid, Civil Sec. 22ª, 7.10.2005 (JUR 252353) que atribuye el uso de la vivienda al marido y la guarda y custodia de los hijos a la esposa. La vivienda, debido a sus amplias dimensiones, era objeto de alquiler parcial por parte del padre, en consecuencia, el Tribunal fija una pensión de alimentos mayor con el objeto de que la mujer pueda trasladarse a otra vivienda.

Sobre el particular, se pronuncia el Anteproyecto de Ley de corresponsabilidad parental, art. 96.4 CC: “La atribución a uno solo de los progenitores del uso de la vivienda *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.”³⁷ Si bien, no establece el concreto medio o método para fijar o calcular el derecho de uso en relación con las otras variables, como es la pensión de alimentos.

Al cónyuge al que no se le atribuye la vivienda y deba proceder al pago de las correspondientes pensiones se le imputa al “cumplimiento *in natura* de una parte de la obligación de alimentos: la que cubre las necesidades de habitación.”³⁸ Por consiguiente, dicho uso de la vivienda debe tener su reflejo en una disminución de la prestación económica que debe abonar el otro cónyuge; de este modo, en caso de que el cónyuge adjudicatario de la vivienda tuviese derecho a una pensión compensatoria o a una pensión por alimentos, el uso de la vivienda ya cubriría en parte dicha prestación. Según el nivel económico del alimentante es posible que se llegue a cubrir la prestación alimentaria con el uso de la vivienda, sin perjuicio de que debido a un cambio de circunstancias se pueda solicitar una modificación de medidas. Todo ello porque el concepto “alimentos” engloba: “todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica” (art. 142 CC) de donde se puede deducir tal computación sin necesidad de una regulación específica³⁹. Y también debido a la proporcionalidad determinada en el art. 146 CC: “La

³⁷ Tal compensación ya era recogida en el Proyecto de Ley de 1981, en relación a la reforma del CC, si bien, no llegó al texto definitivo.

³⁸ CERVILLA (2005, p. 162).

³⁹ En este sentido CUENA (2014, p. 20).

cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.” En este sentido CUENA⁴⁰ observa que para poderse considerar como “compensación patrimonial al cónyuge usuario por la vía de la reducción de la pensión alimenticia, la atribución del uso de la vivienda familiar debería someterse a la regla de la proporcionalidad propia de la pensión de alimentos, lo cual requeriría una regulación expresa.”

Dicho Anteproyecto prevé la modificación del art. 97 con relación a la pensión compensatoria y particularmente, introduce una circunstancia nueva (núm. 9) a los efectos de computar la cuantía de la pensión y hace referencia a: “La atribución que, en su caso, se haya hecho del uso de la vivienda familiar al acreedor de la pensión y el régimen de asunción de los gastos que la misma genere.” Asimismo de acuerdo con el proyectado precepto, art. 96.4 CC y a partir de una interpretación literal del mismo, en los procesos en que se reconozcan las dos pensiones se deberá proceder a disminuir ambas proporcionalmente. Aunque, en la práctica procesal resultaría más sencillo disminuir solamente la pensión por alimentos en caso de coexistencia de pensiones y, proceder a disminuir la pensión compensatoria cuando se haya atribuido la vivienda a uno de los cónyuges sin hijos menores y, por consiguiente, no se tenga reconocida una pensión por alimentos a favor de los mismos.

No obstante, el hecho de que se impute el derecho de uso como una forma de pago de la pensión por alimentos puede causar problemas prácticos. Ello debido a que el titular del derecho de uso es el hijo a quién se le involucra en los acuerdos de las partes, a pesar de ser un tercero en el proceso matrimonial. De esta forma se están uniendo conceptos y causas diferentes desde el momento que los destinatarios de la pensión por alimentos son los hijos y, de la pensión compensatoria, es el cónyuge al que la separación o divorcio provoque un desequilibrio económico que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio.

Siendo el titular del derecho de uso los hijos y reflejamente el cónyuge al que se le otorga la guarda y custodia, tendría más sentido disminuir la pensión por alimentos en caso de haberse atribuido la vivienda a los hijos y reflejamente al cónyuge custodio. En consecuencia, la disminución de la pensión compensatoria operaría en los casos en que se adjudique la vivienda al cónyuge sin hijos beneficiario de la misma que, a su vez, se encuentra en una situación de mayor debilidad o necesidad de protección y por ello se le adjudica la vivienda.

Además, cabría distinguir si la atribución de la vivienda se está concediendo en un supuesto de existencia de hijos menores de edad, siendo consecuencia en tal supuesto de

⁴⁰ CUENA (2014, p. 22), quien después de establecer una serie de ejemplos muy elocuentes y clarificadores, manifiesta: “deben establecerse y objetivarse los criterios para la computación del uso de la vivienda como contribución en especie”, en caso contrario, considera que la indefinición de la norma puede conllevar una gran inseguridad jurídica.

los deberes inherentes a la patria potestad. O si se trata de hijos mayores de edad, en tal caso dicha atribución es efecto del derecho de alimentos.

Ahora bien, en los procesos en que no haya hijos y no se reconozca una pensión compensatoria porque no se ha producido el desequilibrio económico necesario para su nacimiento, el cónyuge al que se le excluye del uso no verá compensada su situación. Al igual que los supuestos en que se reconozca una custodia compartida y no se concrete un uso alterno del inmueble sino que se otorgue al más necesitado de protección, debido a tal régimen de guarda no surgiría una pensión de alimentos y, a su vez, el otro cónyuge no tendría derecho a una pensión compensatoria. En estos casos, y con carácter general en la mayoría de supuestos, la mejor opción es acudir a la compensación económica por la pérdida de uso, que abordamos en el apartado siguiente, al otorgar una mayor seguridad jurídica⁴¹. En tanto no se proceda de este modo, el cónyuge sin hijos que, por ende, no debe abonar una pensión por alimentos y tampoco debe satisfacer una pensión compensatoria y al que no se le ha adjudicado la vivienda, quedaría perjudicado.

b) Referencia a la regulación contemplada en algunas leyes autonómicas

El Código Civil de Cataluña establece la posibilidad de que los cónyuges, por el correspondiente acuerdo, atribuyan el uso de la vivienda familiar 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.” (art. 233-20.1 CCCat.). Dicha atribución se está configurando como una forma de pago de la pensión compensatoria o los alimentos correspondientes a los hijos. Ahora bien, “la norma sólo puede interpretarse como indicativa”⁴², ya que dicha imputación se puede realizar a tal finalidad u a otras. En relación con la pensión compensatoria, de acuerdo con el art. 233-17 CCCat. se puede atribuir “en forma de capital, ya sea en bienes o en dinero, o en forma de pensión.” El precepto se debe relacionar con el art. 234-8 CCCat relativo a los efectos de la extinción de la pareja estable y concretamente, la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar.

Dicho Código, en contraposición al Anteproyecto, al determinar los parámetros para valorar la pensión compensatoria acertadamente no sólo tiene en cuenta los gastos que la vivienda genere, sino que en el art. 233-15 valora: “e) Los nuevos gastos familiares del deudor, si procede.” Es decir, no sólo los gastos que está abonando referentes a la vivienda de su propiedad que como consecuencia de la ruptura matrimonial ha tenido que desalojar, si bien, seguir pagando; sino también los gastos que se generan debido al alquiler de una nueva vivienda o incluso, la compra de otra residencia.

El último párrafo del art. 233-20.7 CCCat hace referencia a todos aquellos supuestos en que la atribución de la vivienda familiar ha sido acordada por el Juez y no por las partes en

⁴¹ En este sentido se pronuncia SANTOS (2014, p. 26).

⁴² YSÀS (2012, p. 1679).

virtud de su autonomía de la voluntad, “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.” Se debe relacionar con el art. 236-17.1 CCCat que expresamente determina el contenido de la patria potestad: “Los progenitores, en virtud de sus responsabilidades parentales, deben cuidar de los hijos, prestarles alimentos en el sentido más amplio...” y, el art. 237.1 CCCat establece el contenido de los alimentos, en los que se incluye la vivienda. En este sentido, se manifiesta que el fundamento de la exclusión del cónyuge titular de la vivienda se encuentra precisamente en los deberes inherentes a la patria potestad y, con ello, en el deber de “velar por ellos” (art. 154 CC)⁴³.

Si bien el Código Civil Catalán recoge tal supuesto, en ningún momento lo califica como compensación sino como “contribución en especie” (art. 233-20.7 CCCat), al tratarse de una relación no patrimonial. En este caso estamos compensando la pensión alimenticia con el derecho de uso, consecuencia del carácter de relación familiar y no patrimonial del que deriva, aunque, una vez reconocida y devengada la pensión tiene un carácter patrimonial.

Si acudimos al Código del Derecho Foral de Aragón comprobamos que no hace expresa referencia a dicha compensación en sede de atribución del uso de la vivienda (art. 81), aunque de la referida regulación se extrae una nueva orientación a favor del cónyuge más necesitado de protección y, de esta forma, una mayor patrimonialización de las medidas a adoptar. Por ello y de acuerdo con el pacto de relaciones familiares (art. 77) se debe concretar el destino de la vivienda junto con los gastos ordinarios y extraordinarios, lo que conducirá a la posibilidad de acordar tales extremos compensatorios.

4.5 Compensación económica por la pérdida del uso

La atribución del uso de la vivienda supone la constitución de un derecho de uso con múltiples connotaciones patrimoniales que, en determinadas fechas pasadas, quedaban soslayadas jurídicamente, lo que suponía una fuente inagotable de problemas prácticos y, consecuentemente, patrimoniales y emocionales. Cabe precisar que en este estudio no nos introduciremos en la naturaleza jurídica del derecho de uso, al exceder de la finalidad del mismo.

Lo que es indiscutible es que el derecho de uso supone un beneficio económico para uno de los cónyuges y un perjuicio, en ciertos casos, considerable para el otro. En consecuencia, se debe observar dicho agravio para poder llegar a una solución equitativa⁴⁴.

Ante la atribución exclusiva del uso a uno de los miembros de la pareja se produce un desequilibrio patrimonial, pudiéndose establecer una compensación por la exclusión del

⁴³ MARTÍN (2004, p. 3106).

⁴⁴ Véase: VELÁZQUEZ MARTÍN (2002, p. 343); SANTOS (2014, p. 25).

derecho de uso. Para ello, se tasará el valor de uso del inmueble de acuerdo con un determinado parámetro, como puede ser un arriendo.

Alguna ley autonómica al atribuir el uso de la vivienda a uno de los cónyuges, ya se encuentre la vivienda en régimen de cotitularidad o de titularidad exclusiva, concreta que dicha circunstancia se tendrá en cuenta para determinar una posible compensación. Estos son los postulados hacia los que tiende el derecho que se ven reflejados en algunas leyes autonómicas, es el caso de la Comunidad Autónoma Valenciana donde se debe acudir a la Ley de relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (Ley 5/2011, de 1 de abril) y a la Ley de régimen económico matrimonial valenciano (Ley 10/2007, de 20 de marzo). En la Ley de relaciones familiares se establece una compensación por la pérdida del uso (art. 6.1)⁴⁵. Es decir, no contempla la posibilidad de compensación con la pensión compensatoria o de alimentos, sino una compensación que se determinará por el precio de alquileres similares y se acordará de forma imperativa de acuerdo con el tenor del apartado. De esta manera, el titular de la vivienda al que se le excluye del uso podrá obtener una compensación de modo que se cubra el arriendo de una vivienda similar, tendiendo de esta manera hacia la patrimonialización de la medida, cediendo terreno al interés particular de uno de los cónyuges frente al interés familiar⁴⁶. En igual sentido se pronuncia la Ley 7/2015, de 30 de junio de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco, art. 12.7⁴⁷.

La Ley valenciana también concreta que dicha compensación se podrá computar como contribución a los gastos ordinarios⁴⁸ que abarcan los alimentos⁴⁹. Dicha ley recoge una opción (*ius eligendi*) a la que puede acceder el cónyuge ya sea: recibiendo una determinada

⁴⁵ “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 cónyuge 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”

⁴⁶ En este sentido: CERVILLA (2005, p. 161).

⁴⁷ “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.”

⁴⁸ De acuerdo con el art. 3 e) de la Ley de relaciones familiares valenciana se entiende por gastos ordinarios: “aquellos que los hijos e hijas menores precisen de forma habitual a lo largo de una anualidad y cuyo devengo sea previsible en dicho período. Se entenderán siempre incluidos los relativos a la alimentación, vestido, educación y cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales o que estén consolidados antes del cese de su convivencia.”

⁴⁹ “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. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores.” (art. 6.1. *in fine*)

cantidad de dinero por la exclusión del uso, o abonando una menor cantidad como pensión⁵⁰.

Con carácter previo estas situaciones son difíciles de tasar al depender de un factor aleatorio como es el momento en que los hijos obtienen la independencia económica (con las matizaciones que posteriormente realizaremos) o, en caso de no tener hijos, de que el sujeto titular del uso, es decir, “el cónyuge más necesitado de protección”, pase a una mejor situación económica, a partir de determinados parámetros.

Si acudimos, por ejemplo, al Código Civil portugués comprobamos que el art. 1793 al concretar la adjudicación de la “casa de morada da família” establece directamente la posibilidad de perfeccionar un arrendamiento en favor de uno de los cónyuges, siendo el Tribunal quién fijará la renta, plazo y demás cláusulas contractuales⁵¹. Al igual que el BGB alemán parágrafo 1568.5 y en el Code francés, art. 285.1.

4.6 Otros criterios. La distribución

a) Existencia de segundas residencias

El art. 96 CC sólo contempla la adjudicación del uso de una vivienda calificada como vivienda familiar. Hasta fechas recientes, aquellos matrimonios que disponían de dos o más viviendas una de ellas era calificada como vivienda habitual o familiar y sobre ésta recaían los pronunciamientos judiciales. Cuestión diversa es que al liquidar el régimen matrimonial se deberá acordar la atribución de dicha segunda residencia u otras residencias, art. 103.4 CC. En cambio, en el proceso matrimonial los tribunales únicamente adoptan medidas con relación al uso de la vivienda conyugal, no respecto la titularidad o adjudicación definitiva de la misma.

En los últimos años y a partir de la regulación adoptada en distintas Comunidades Autónomas, se viene planteando la necesidad de contar con las segundas residencias, que también se podrán asignar para salvaguardar las necesidades habitacionales de los cónyuges y de los menores. De esta forma se apartan de aquella línea jurisprudencial que

⁵⁰ Al respecto DE VERDA BEAMONTE, (2014, p. 14) recoge las reglas que ha venido recogiendo la jurisprudencia en relación a dicho precepto: “a) El juez no puede conceder de oficio la compensación...b) La petición no puede introducirse, como una nueva cuestión...c) La petición debe ir acompañada de la prueba del precio de los alquileres de la zona...d) El perjuicio, cuyo resarcimiento se pide, ha de ser significativo...e) El Tribunal no puede decidir sobre la pretensión de manera aislada...f) Los Tribunales suelen rechazar las pretensiones, encauzadas a través de procesos de modificación de medidas...”.

⁵¹ “1. Pode o tribunal dar de arrendamento a qualquer dos cônjuges, a seu pedido, a casa de morada da família, quer essa seja comum quer própria do outro, considerando, nomeadamente, as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos do casal.

2. O arrendamento previsto no número anterior fica sujeito às regras do arrendamento para habitação, mas o tribunal pode definir as condições do contrato, ouvidos cônjuges, e fazer caducar o arrendamento, a requerimento do senhorio, quando circunstâncias supervenientes o justifiquem.”

únicamente atendía a las mismas ante circunstancias excepcionales (SAP Barcelona, Civil, Sec. 12ª, 26.3.2004; JUR 121755; MP: Antonio López-Carrasco Morales).

Entrando en materia cabe decir que respecto a este tema encontramos dos líneas jurisprudenciales: una que considera que son una continuación de la vivienda familiar y de acuerdo con tal interpretación se debe efectuar la atribución de uso de acuerdo con el art. 96 CC, a los efectos de cubrir las necesidades de habitación. En este sentido se expresa la SAP de Madrid, Civil Sec. 24ª, 13.3.2003 (JUR 187703; MP: Rosario Hernández Hernández). Por el contrario, otra línea jurisprudencial entiende que no tienen cabida en el concepto vivienda familiar y por ello no se deben pronunciar los Tribunales en el proceso de separación sino en el de liquidación del régimen conyugal, es el caso de la SAP de Murcia, Civil Sec. 5ª, 2.6.2003 (JUR 34772; MP: Matías Manuel Soria Fernández-Mayoralas).

En la actualidad, la línea jurisprudencial predominante es su adjudicación con el objeto de salvaguardar las necesidades habitacionales del menor, con independencia de la calificación o denominación de la vivienda. En algunos casos, los Tribunales excusan su pronunciamiento debido a que no se pretende el uso habitual de un miembro de la pareja, sino el uso alternativo o compartido de la segunda residencia. Ante tal demanda los Tribunales consideran que tal media puede resultar una fuente inagotable de problemas al tener que compartir bienes y gastos, SAP de Barcelona, Civil Sec. 12ª, 14.2.2007 (JUR 204823; MP: José Pérez Tormo). Aunque cabe recordar que dicha opción (la alternancia en el uso o distribución) es la recogida en el Anteproyecto de corresponsabilidad parental para casos de custodia compartida en relación a la vivienda habitual.

Acudiendo a la legislación autonómica, el apartado 6 del art. 233-20 del CCCat consagra un supuesto de subrogación real: "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." El derogado Código de Familia de Cataluña en el art. 76, referente a los efectos de la nulidad, separación y divorcio recogía los aspectos objeto de regulación y en el punto 3 a) se refería a la atribución del uso de la vivienda familiar y, en su caso, de otras residencias. Tal supuesto se contempla con una idea finalista como es la protección del interés más necesitado de protección, ya sean los menores o uno de los cónyuges, por lo que quedará salvaguardada la necesidad de habitación.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por la sentencia, Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1ª, 30.7.2012 (Ar. 10035; MP: María Eugenia Alegret Burgues) establece que en dicha denominación tanto se pueden ubicar las que se usan a modo vacacional, transitoria o estacionalmente, como aquellas otras que son rentabilizadas por los cónyuges. Tal sentencia se basa en el art. 76.3 a) del Código de Familia de Cataluña e interpreta el precepto considerando que es factible la adjudicación de una segunda residencia si con la misma se están salvaguardando los intereses superiores necesitados de protección.

La Ley de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de Valencia, recoge en el art. 6 la necesidad de establecer un domicilio conyugal que será sobre el que recaerán los pronunciamientos judiciales y excluye expresamente estas otras residencias: “4. El régimen jurídico establecido en los párrafos anteriores no será de aplicación a las viviendas que se disfruten como segunda o ulteriores residencias.” Si bien en el párrafo segundo del art. 6 alude expresamente a los supuestos en que cualquiera de los cónyuges disponga de otra vivienda que pueda satisfacer sus necesidades (a dichas viviendas nos referimos en el siguiente apartado).

b) Otras viviendas. La “necesidad de vivienda”

Como ya hemos comentado, hasta fechas recientes venía siendo doctrina consolidada por los Tribunales el hecho de no poder atribuir otras viviendas distintas a la familiar, en este sentido se expresa la STS, 1ª, 31.5.2012 (Ar. 6550; MP: Encarnación Roca Trías) y, entre otras, la STS, 1ª, 9.5.2012 (Ar. 5137; MP: Encarnación Roca Trías) “en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar”.

Únicamente se permitía atribuir una vivienda distinta a la familiar en los casos en que la vivienda que se estaba ocupando fuera propiedad de terceros⁵² que la hubieran cedido en precario. En estos supuestos debido a que existe el riesgo de desahucio y por consiguiente, dicha vivienda no cuenta con la nota de permanencia y estabilidad, se admitía tal posibilidad. Por tanto, cuando se ha atribuido el uso de dicha vivienda cedida en precario al cónyuge custodio en proceso de separación o divorcio, para salvaguardar el interés de los menores ante un posible desahucio, era factible adjudicar una vivienda diversa a la habitual. En este sentido encontramos la STS, 1ª, 15.3.2013 (Ar. 2174; MP: José Antonio Seijas Quintana)⁵³, que alude a un procedimiento de separación a raíz del cual los abuelos maternos habían cedido de forma gratuita una vivienda de su propiedad pero, como manifiesta el tribunal: “...ello no indica sin más que pueda ponerse a su cargo una obligación continuada que corresponde a los progenitores”. A todo ello se debe puntualizar que de acuerdo con los principios procesales la sentencia matrimonial sólo produce efectos entre los propios cónyuges (*inter partes*) sin que pueda afectar a terceros⁵⁴. Y con mayor motivo, en un supuesto como el planteado en el cual el matrimonio dispone de una vivienda propiedad del esposo, en este sentido: “La asignación del uso responde a la necesidad de garantizar una vivienda segura a los menores y esto no se produce desde el

⁵² El Anteproyecto de Ley de corresponsabilidad concreta en el apartado 6 del art. 96: “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.” Véase, art. 233-21.2 CCCat: “Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de uso acaban cuando éste reclama su restitución”.

⁵³ GUILARTE (2013), p. 522 ss.

⁵⁴ Todo ello sin perjuicio de lo determinado en el art. 15 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre de arrendamientos urbanos.

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 ocupante. Ello perjudicaría a los menores, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda”, en consecuencia el tribunal asigna otra vivienda para salvaguardar la necesidad de vivienda y con ello, cierta estabilidad. Al igual que la STS, 1ª, 18.3.2011 (Ar. 935; MP: Xiol Ríos); STS 30.4.2011 (Ar. 3724; MP: Román García Varela) y STS 30.10.2015 (Ar. 262530; MP: José Antonio Seijas Quintana), entre otras.

Por la STS, 1ª, 10.10.2011 (Ar. 6839; MP: Encarnación Roca Trías) se afirma que puede atribuirse un inmueble distinto al familiar, para preservar el interés del menor, porque el que se estaba ocupando en tal concepto pertenecía a los abuelos: “De acuerdo con esta reiterada doctrina, la atribución de la vivienda que vienen ocupando la hija del matrimonio y su madre que ostenta la guarda y custodia, corre el riesgo de resultar inútil, puesto que sus propietarios pueden recuperarla mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que están legitimados por la inexistencia de contrato con la ocupante de la misma. Ello perjudicaría a la menor, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda.” Dicha sentencia ha sido cuestionada⁵⁵ al modificar el tenor literal del art. 96 CC al realizar una interpretación correctora (*contra legem*) del mismo a los efectos de adoptar una solución equitativa.

Cuestión diversa son aquellos casos en que, por ejemplo, la mujer tiene una nueva pareja y disponen de una residencia que están compartiendo, satisfaciendo dicha vivienda los intereses del menor. Pero, a pesar de ello, pretende mantener la vivienda familiar la cual le fue adjudicada a la ruptura de la convivencia. El Tribunal Supremo ha considerado que tal situación se podría calificar como expropiación y supondría un abuso de derecho al tratarse de una vivienda desocupada. En este sentido se pronuncia la STS, 1ª, 29.3.2011 (Ar. 3021; MP: Encarnación Roca Trías): “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 (...) La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación al propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso de derecho, que no queda amparado por el art. 96, ni en el art. 7 CC.” O, aquellos en que la persona a quién se le había adjudicado la vivienda familiar consecuencia de la atribución de la guarda y custodia, ha adquirido una vivienda en propiedad, no teniendo sentido mantener la adjudicación de la vivienda familiar que es propiedad del otro cónyuge, STS, 1ª, 5.11.2012 (Ar. 10135; MP: José Antonio Seijas Quintana), al igual que la STS, 1ª, 3.12.2013 (Ar. 7834; MP: Francisco Javier Arroyo Fiestas) y la STS, 1ª, 15.7.2015 (Ar. 3597; MP:

⁵⁵ Sobre esta sentencia véase: MORENO NAVARRETE (2012, p. 463) y MORENO VELASCO (2012, p. 4) quien manifiesta que supone una interpretación del precepto “no justificado por un interés del menor que puede ser atendido con otras medidas dentro de la legalidad” y considera que se produce una contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores en la que la misma ponente no realiza tal interpretación *contra legem*.

Francisco Javier Arroyo Fiestas) donde se establece una modificación de medidas debido a que la madre custodia ya no utiliza la vivienda familiar que se le había atribuido inicialmente, al igual que la SAP de Pontevedra, Civil, Secc. 6ª, 13.7.2015 (JUR 192500; MP: Jaime Carrera Ibarzábal).

También cabe citar la STS, 1ª, 16.1.2015 (Ar. 355; MP: Xavier O'Callaghan Muñoz) por la que se aborda un supuesto de modificación de medidas, en particular un cambio de la atribución de la vivienda propiedad exclusiva del padre, por la vivienda propiedad pro indiviso del padre y de la madre debido a que ha finalizado el contrato de arrendamiento que impedía su uso. El razonamiento de la sentencia de la Audiencia Provincial y que confirma el Tribunal Supremo se fundamenta en el principio del interés del menor el cual queda salvaguardado en la vivienda habitual o en cualquier otra, en tanto quede amparada su "necesidad de vivienda", y manifiesta que "no está justificado limitar las facultades de disposición del derecho de propiedad que ostenta el recurrente sobre la vivienda que actualmente ocupan el menor y su madre."

La Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco sigue dicha tendencia y alude expresamente a la posibilidad de otorgar otra vivienda en tanto quede salvaguardada la necesidad de vivienda, art. 12.6: "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."

La Ley valenciana en el art. 6.2 hace referencia a aquellos casos en que la vivienda es de carácter privativo o común de ambos progenitores y al cónyuge al que se le podría adjudicar la vivienda, en virtud del régimen de custodia, dispone de otra u otras residencias y posibilidad inmediata de cubrir sus necesidades habitacionales, en consecuencia, en dichos casos no se le adjudicará la vivienda. Asimismo, dicho precepto contempla el supuesto en que se puede producir una mejora en la situación económica del cónyuge adjudicatario: "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."

c) Similar situación económica de los cónyuges. Distribución temporal de la vivienda

Ante una similar situación económica de los cónyuges que nos sitúa ante la falta de un interés más necesitado de protección, en ausencia de hijos comunes menores de edad o mayores dependientes económicamente de sus progenitores, es factible distribuir el uso de la vivienda familiar entre ambos litigantes alternativamente con el objeto de salvaguardar los intereses de ambos. En el caso de tratarse de una vivienda de titularidad privativa de uno de los cónyuges se atribuirá automáticamente al cónyuge titular.

Como ya hemos manifestado, tal opción también es factible y conveniente en caso de existencia de hijos menores de edad y determinación de una guarda y custodia compartida en tanto que con la atribución se salvaguarden los intereses de los menores, en este sentido la SAP, Civil, Secc. 1ª, Valladolid 13.12.2011 (AC 224; MP: Francisco Salinero Román). La asignación de la vivienda a uno de los cónyuges no procederá cuando no exista un interés más necesitado de protección: "...de modo que se propicie el reparto del bien entre los cónyuges para que soporten igualmente las consecuencias patrimoniales de la crisis matrimonial del mismo modo que han sido iguales durante la situación llamémosla "normal" de la etapa matrimonial conforme a los derechos de igualdad de los cónyuges que proclaman el art. 66 del Código Civil y el art. 32.2 de la Constitución." De este modo la asignación temporal del bien, en tanto se proceda a la venta del mismo adoptando las compensaciones oportunas durante dicho período transitorio, será la forma más plausible de adoptar una solución equilibrada. La referida sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid establece: "La asignación temporal del uso y la posterior realización de la vivienda familiar permite a los progenitores disponer de medios suficientes para tener cada uno un nuevo domicilio familiar, adaptado a sus nuevas circunstancias económicas, con el que proporcionar habitación a los hijos que, como ya hemos resaltado, deberán acomodarse a la nueva situación patrimonial de la familia, igual que lo habrían tenido que hacer si la disminución de su potencial económico hubiese sido ajeno a la crisis matrimonial y no se hubiese desintegrado la unidad familiar."

Al respecto se pronuncia la STS, 1ª, 14.11.2012 (JUR 364593; MP: José Antonio Seijas Quintana) y, la SAP de Madrid, Civil, Sec. 22ª, 1.3.2013 (JUR 120471; MP: Rosario Hernández Hernández)⁵⁶ que manifiestan que ante similar edad, estado de salud, renta, posibilidad de atender al sustento y, ausencia de necesidad de propia vivienda, entre otros, se deben adoptar las soluciones más equitativas a partir de los criterios instaurados.

Por ejemplo la SAP Madrid, Civil Sec 22ª, 6.2.2015 (JUR 86666; MP: Eduardo Hijas Fernández), SAP Madrid, Civil Sec 22ª, 13.1.2015 (JUR 72389; MP: Eladio Galán Cáceres) y SAP Madrid, Civil Sec 22ª, 28.11.2014 (Ar. 19455; MP: Rosario Hernández Hernández), ante la inexistencia de un interés más necesitado de protección y similar situación económica de los cónyuges y ausencia de hijos en el primer caso e hijos mayores de edad en las demás sentencias, el Tribunal concreta el uso alternativo de la vivienda ya sea por meses o por años. Al respecto, la citada SAP Madrid, Civil Sec 22ª, 28.11.2014 (Ar. 19455) establece: "Esta atribución de uso alternativa sucesiva es solución común y ordinaria en el foro en situaciones como la presente, en evitación de comportamientos obstruccionistas a la liquidación o división, o a la venta, susceptibles de desplazar por el beneficiado en exclusiva con el uso, que hicieran irreales e ilusorios los derechos dominicales del legítimo cotitular." Las sentencias: SAP Alicante, Sec. 4ª, 11.4.2014 (JUR 254024; MP: Paloma Sancho Mayo) y SAP Madrid, Civil, Sec. 22ª, 4.5.2015 (JUR 149985; MP Eduardo Hijas Fernández) establecen un uso alternativo por periodos sucesivos de seis meses y un año respectivamente.

⁵⁶ Con anterioridad ya encontramos dicha línea jurisprudencial, por ejemplo, en la SAP Las Palmas, Civil 5ª, 5.4.2005 (Ar. 130388; MP: Mónica García de Yzaguirre).

El CCCat. 233-20.1 *in fine* se expresa en tal sentido: “También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por periodos determinados”, dicho precepto abre la Sección 4ª del Capítulo III, Título III del Código Civil de Cataluña con la denominación “Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar”, la referencia a la *distribución* se introdujo en la tramitación parlamentaria para recalcar estos supuestos. Si bien, el precepto con posterioridad se refiere a la *atribución* no concretando los medios, elementos o criterios para fijar dicha *distribución*, que será operada por el propio Juez en virtud de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Siempre teniendo en cuenta que dicha distribución alterna no se admite en los procedimientos contenciosos (SAP Barcelona, Secc. 18ª, 6.5.2015 (JUR.164880; MP: María Dolores Viñas Maestre) debido a que el tenor del precepto establece: “También pueden *acordar...*”⁵⁷. Todo ello, en consonancia con el art. 233-2.3 CCCat. que al tratar el contenido mínimo del convenio regulador se refiere a la atribución o *distribución* del uso de la vivienda familiar poniéndose de relieve el posible uso alterno. Y no exclusivamente en los casos que no haya hijos o sean mayores sino, de acuerdo con el tenor del precepto, también cuando hay hijos menores. A la figura de la *distribución* vuelve a hacer referencia el art. 233-23 al concretar las obligaciones por razón de la vivienda.

Asimismo, la ley de relaciones familiares de Valencia al abordar el pacto de convivencia familiar hace referencia al “destino” de la vivienda (art. 4.2 c) al igual que el Código del Derecho Foral de Aragón (art. 77 c), lo que puede englobar tanto una atribución, distribución, exclusión, venta... A dicho uso alternativo de la vivienda con carácter preferente igualmente se refiere la Ley 7/2015, de 30 de junio del País Vasco.

d) Posible división material del inmueble. Distribución física de la vivienda

Los Tribunales también se han pronunciado en relación con la división de una vivienda familiar. Ya sean viviendas compuestas por la unión de dos pisos o, ante supuestos de viviendas de grandes dimensiones que admiten división. Ante ello, como acabamos de observar en el apartado anterior, ha sido línea jurisprudencial consolidada -hasta fechas recientes- en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges el hecho de no poder atribuir una vivienda distinta de aquella que constituía la vivienda familiar.

En cambio, en otras ocasiones el Tribunal Supremo ha concretado que cabe la división material de una vivienda en tanto los inmuebles resultantes reúnan las condiciones exigibles de habitabilidad y respeten el interés de los menores: STS, 1ª, 30.4.2012 (Ar. 5235;

⁵⁷ Al respecto EGEA (2014, p. 512) manifiesta que un sector de la doctrina admite que el juez puede decidir de oficio la distribución, basando sus pronunciamientos en la propia rúbrica de la Sección Cuarta “Atribución o distribución...” o, realizando una aplicación analógica del art. 234-8.3 CCCat, en sede de pareja estable.

MP: Encarnación Roca Trías)⁵⁸, siendo dicho pronunciamiento loable debido a las dificultades de acceso a la vivienda con las que se encuentran muchos progenitores: “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.” Siguiendo tal línea jurisprudencial se pronuncia la SAP Pontevedra, Civil Sec.1ª, 24.7.2015 (JUR 211645; MP: Fco Javier Menéndez Estébanez), que admite dicha división a pesar de la mala relación de los progenitores. La STS, 1º, 27.10.2015 (Ar. 4787; MP: Eduardo Baena Ruiz), recoge la doctrina sentada en la sentencia citada de 2012, si bien, en la presente sentencia el recurrente solicita una modificación de medidas considerando como circunstancia relevante y sustancial que una de las hijas ha alcanzado la mayoría de edad. Por ello solicita que la vivienda familiar constituida por dos pisos sea dividida y atribuido el piso mayor a la madre y a la hija menor y el piso menor al padre, a lo que el Tribunal manifiesta: “se ha de tener en cuenta que esas circunstancias ya existían cuando se acordó la medida, que ahora se pretende modificar, al dictarse la sentencia de separación y la posterior de divorcio. El piso reúne ahora y reunía entonces amplitud y condiciones de habitabilidad tanto para la madre y una hija como para aquella y dos hijas y, a pesar de ello, no se llevó a cabo la división material de la vivienda familiar sumamente amplia.” Debido a que las medidas adoptadas tras una ruptura de la convivencia son inalterables salvo que concurran nuevas circunstancias no previstas en el momento de adoptar las medidas.

A *sensu contrario* no se permitirá dicha división en tanto no reúna la característica de habitabilidad: SAP de Pontevedra, Civil Sec. 5ª, 30.10.2002 (Ar. 42225; MP: Inmaculada de Martín Velázquez); SAP Cáceres, Civil 1ª, 7.11.2002 (Ar. 42422; MP: Salvador Castañeda Bocanegra) y SAP de Barcelona, Civil Sec. 12ª, 13.3.2003 (Ar. 197539; MP: José Luis Valdivieso Polaino).

5. Exclusión de la atribución del uso de la vivienda familiar

En este apartado queremos hacer referencia a la figura recogida en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, en particular, el art. 233-21 lleva por rúbrica: “Exclusión y límites de la atribución del uso de la vivienda”.

A partir de la regulación actual en materia de vivienda familiar se debe diferenciar entre “atribución”, “distribución” y “exclusión de la atribución”. En este sentido se expresa el novedoso art. 233-21 CCCat que contempla dos supuestos en su tenor: “1. La autoridad judicial, a instancia de uno de los cónyuges, puede *excluir la atribución* del uso de la vivienda familiar en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Si el cónyuge que sería beneficiario del uso por razón de la guarda de los hijos tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.

⁵⁸ Sobre el particular véase: FERNÁNDEZ (2012, p. 67).

- b) Si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos y, si procede, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de éstos.”

El Juez no adoptará dicha exclusión de oficio, sino que la misma debe ser solicitada a instancia de uno de los cónyuges. Por dicho precepto se están contemplando dos realidades diversas. En primer lugar, el caso del cónyuge que sería beneficiario de la atribución del uso al corresponderle la custodia de los hijos, dispone de medios para tener una vivienda o directamente es titular de otros bienes inmuebles. En segundo lugar, el supuesto del cónyuge que debería ceder el uso de la vivienda al otro progenitor por ser custodio o por ser el más necesitado de protección, pero prefiere usar y disfrutar de la vivienda de su propiedad y otorgar una pensión que cubra las necesidades de vivienda del cónyuge e hijos⁵⁹. De esta forma se adoptan soluciones más flexibles suavizando, de este modo, la línea jurisprudencial mantenida⁶⁰.

Cabe recalcar que en la primera hipótesis el cónyuge debe tener medios “suficientes” y en la segunda, garantizar “suficientemente”...y cubra “suficientemente”, es decir, el legislador recalca la necesidad de quedar salvaguardados unos mínimos que se debe relacionar con la definición de alimentos del propio texto (art. 237.1 CCCat) que determina por alimentos “todo cuanto es indispensable...” y con la regla de proporcionalidad derivada de dicha figura.

Siendo el contrapunto del supuesto recogido en el art. 233-20.7 CCCat donde la atribución se imputa a la pensión compensatoria o alimenticia y difiere, aunque con ciertos paralelismos, del art. 233-20.4 CCCat en el que se produce la atribución a quién no tiene la guarda de los niños y ello por motivos de necesidad. Un precepto se refiere a casos de exclusión y otro de atribución y nos podemos encontrar ante supuestos de exclusión sin atribución y viceversa⁶¹. Otro hecho de exclusión debido a la finalización de la tolerancia de un tercero se recoge en el art. 233- 21.2 *in fine*⁶².

⁵⁹ Tener en cuenta la Disposición Transitoria 3ª, apt. 3, de la Ley 25/2010, que hace extensible dicha previsión a las atribuciones acordadas con anterioridad, si bien, para ello es necesario acudir a un procedimiento de modificación de medidas.

⁶⁰ EGEA (2014, p. 515).

⁶¹ DÍAZ (2011, p. 436), “puede haber exclusión sin paralela atribución cuando la vivienda familiar pertenezca al cónyuge más necesitado que no recibe la custodia de los hijos. Mientras que hay atribución y no exclusión cuando la vivienda pertenece al cónyuge que recibe la custodia de los hijos y que no se considera en situación de necesidad.”

⁶² “Si los cónyuges detectan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando éste reclama su restitución.”

6. Límite a la atribución del uso de la vivienda: su carácter temporal

La atribución de la vivienda familiar tendrá un carácter temporal, provisional y limitado en el tiempo⁶³, en función de distintos parámetros. Evitando, de este modo, situaciones indefinidas de dependencia derivadas de sociedades patriarcales que no casan con los tiempos y la realidad social actual. Cuestión diversa son los casos de incapacidades o discapacidades que nos pueden llevar a la necesidad de realizar una interpretación correctora de dicha norma limitadora, como comprobaremos posteriormente.

Sobre dicho carácter temporal el art. 96.3 del Anteproyecto de corresponsabilidad determina: “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 fuera exclusiva o compartida, y aquélla fuera privativa del otro progenitor o común a ambos, tendrá el uso hasta que cese la obligación de prestarles alimentos.”

A dicha temporalidad⁶⁴ también se refiere el Código Civil de Cataluña y, particularmente, el Preámbulo establece: “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.” De esta forma se pretende salvaguardar, en la medida de lo posible, al cónyuge titular quién con anterioridad a dicha regulación veía sumamente limitados sus derechos dominicales. Ahora bien, como manifiesta EGEA⁶⁵, de acuerdo con el CCCat, si dicha atribución deriva del acuerdo de los cónyuges el derecho de uso será el que libremente hayan concretado, siendo posible acordar una duración indefinida o vitalicia a partir de las circunstancias concurrentes.

A tales efectos, se deberá diferenciar si la atribución de la vivienda se ha realizado en virtud de acuerdo de las partes o por atribución judicial y, a su vez, si la misma ha sido como consecuencia del otorgamiento de la custodia de los hijos menores o, resultado de la atribución al cónyuge más necesitado de protección.

⁶³ Como manifiesta PINTO (2012, p.10) ya sea inicial o sobrevenidamente; FERNÁNDEZ (2012, p.67); DE LA IGLESIA (2011, p. 3451).

⁶⁴ Sobre el carácter temporal de la atribución de la vivienda encontramos la STS, 1ª, 11.12.1992 (Ar. 10136; MP: José Almagro Nosete); STS, 1ª, 22.4.2004 (Ar. 2713; MP: Pedro González Poveda); STS, 1ª, 10.2.2006 (Ar. 549; MP: Pedro González Poveda); SAP Guipúzcoa, Civil Sec. 3ª, 31.12.1998 (AC 2381; MP: Juan Piqueras Valls); SAP de Navarra, Civil Sec. 3ª, 21.5.1999 (AC 6613; MP: José Francisco Cobo Sáenz); SAP de Valencia, Civil Sec. 10ª, 21.2.2005 (JUR 84882; MP: Carlos Esparza Olcina); SAP de Las Palmas de 22.3.2005 (JUR 107421; MP: Mª del Pilar de la Fuente García); SAP de Barcelona, Civil Sec.5ª, 12ª, 10.4.2008 (JUR 180086; MP: Paulino Rico Rojo); STSJ de Valencia, Civil Sec. 10ª, 25.7.2012 (JUR 810; MP: Carlos Esparza Olcina); STSJ de Aragón de 4.1.2013 (Ar. 2884; MP: Carmen Samares Ara); STS, 1ª, 9.9.2015 (Ar. 4179; MP: Francisco Javier Arroyo Fiestas).

⁶⁵ EGEA (2014, p. 510).

6.1. Atribución consecuencia del otorgamiento de la guarda y custodia

La adjudicación de la vivienda como consecuencia de la atribución de la guarda y custodia tendrá un carácter temporal, inicialmente indefinido, ya que dependerá del momento en que los hijos dispongan de recursos suficientes para poder independizarse, subsistiendo si dicha situación de necesidad no les es imputable. Dicha afirmación debe ser matizada porque esta cuestión debe relacionarse con la regulación del derecho de alimentos previsto en el art. 142 ss CC, de esta forma, cuando los hijos sean menores de edad su derecho quedará amparado por el art. 96.1 CC. Una vez cumplan la mayoría de edad estarán protegidos por el art. 142 CC, de manera que el progenitor no custodio podrá hacer valer el *ius eligendi* implícito en el derecho de alimentos (art. 149 CC), ya sea fijando una cantidad o recibiendo y manteniendo a dichos sujetos en su propia casa.

Al respecto, el Código Civil de Cataluña explícitamente establece la limitación temporal de la atribución de la vivienda derivada de la guarda de los hijos, por lo que se extinguirá dicho uso por la finalización de la misma. Así, el art. 233-20.2 CCCat establece: “al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure ésta”, y el art. 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.”

a) Hijos menores de edad

En el supuesto de existencia de hijos menores, en principio, no se podrá limitar el uso al ser el interés protegible los menores y no el derecho de propiedad. En este sentido, de forma reiterada el Tribunal Supremo considera que no debe limitarse la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad porque tal norma es un reflejo o manifestación del principio del interés superior del menor, el cual no permite interpretaciones temporales limitadoras. Tal como recogen las SSTs, 1ª, 29.3.2011 (Ar. 3021; MP: Encarnación Roca Trías); STS, 1ª, 5.11.2012 (Ar. 10135, MP: José Antonio Seijas Quintana); STS, 1ª, 3.4.2014 (AR. 1950; MP: José Antonio Seijas Quintana); STS, 1ª, 16.6.2014 (Ar. 3073; MP: José Antonio Seijas Quintana), como concreta la STS, 1ª, 3.4.2014 (Ar. 1950; MP: José Antonio Seijas Quintana)⁶⁶, 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 todo ello la limitación temporal a pesar de poderse tratar de “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)”. En este sentido se expresa: STS, 1ª, 18.5.2015, (Ar. 1919; MP: José Antonio Seijas Quintana); STS, 1ª, 29.5.2014, (Ar. 3889; MP: José Antonio Seijas Quintana); STS, 1ª, 1.4.2011, (Ar. 3139; MP: Encarnación Roca Trías); STS, 1ª, 14.4.2011, (Ar. 3590; MP: Encarnación Roca Trías); STS, 1ª, 21.6.2011, (Ar. 7325; MP: Encarnación Roca Trías); STS, 1ª, 30.9.2011 (Ar. 7387; MP:

⁶⁶ Comentada por MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS (2015, p. 117).

Encarnación Roca Trías); STS, 1ª, 10.10.2011 (Ar. 6839; MP: Encarnación Roca Trías) y, entre otras, STS, 1ª, 26.4.2012 (Ar. 6102, MP: Encarnación Roca Trías).

Siendo la asistencia a los menores incondicional y derivante de un mandato constitucional: STS, 1ª, 1.4.2011 (Ar. 3139; MP: Encarnación Roca Trías); STS, 1ª, 14.4.2011 (Ar. 3590)⁶⁷; STS, 1ª, 21.6.2011 (Ar. 7325; MP: Encarnación Roca Trías); STS, 1ª, 13.7.2012 (Ar. 8658; MP: Encarnación Roca Trías).

Ahora bien, los últimos postulados jurisprudenciales tratan de salvaguardar la “necesidad de vivienda” y en tanto la misma quede cubierta, admiten tal limitación. Cuestión contemplada en la STS 17.10.2013 (Ar. 7255; MP: José Antonio Seijas Quintana) donde se solicita una limitación temporal de tres años. El Tribunal observa que la limitación del uso de la vivienda deja indeterminada la situación del menor al transcurrir dicho período y obliga a una modificación de medidas a los efectos de incrementar la pensión de alimentos. De acuerdo con dicho soporte fáctico se dictamina una atribución temporal de la vivienda familiar por los tres años solicitados, contemplándose la adjudicación de otra vivienda al finalizar la adjudicación de la primera, de forma que quede salvaguardado el interés del menor. En este sentido también se pronuncia la STS, 1ª, 29.5.2014 (Ar. 3889; MP: José Antonio Seijas Quintana) o, la más reciente STS 22.7.2015 (Ar. 223743; MP: Francisco Javier Arroyo Fiestas), que trata sobre la temporalidad en la atribución de una vivienda familiar a una madre custodia no propietaria y unos hijos menores, en tal caso y de acuerdo con las circunstancias concurrentes, el Tribunal acuerda dicha limitación al estar cubierta la necesidad de vivienda debido a la próxima disponibilidad de otra vivienda de su propiedad que en el momento del procedimiento se encuentra arrendada.

El interés protegido no es el derecho de propiedad sino los derechos del menor ante una situación de crisis matrimonial. En el caso de atribuir dicha vivienda por un tiempo limitado o concreto se cercenarían los referidos derechos. Ahora bien, ante un determinado supuesto de hecho pueden acontecer factores que eliminen el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: “uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor...”, STS, 1ª, 17.6.2013 (Ar. 4375; MP: José Antonio Seijas Quintana).

Así, esta línea jurisprudencial emergente contempla la posibilidad de limitación temporal en tanto quede salvaguardado el interés del menor, STS, 1ª, 18.5.2015 (Ar. 1919, MP: José Antonio Seijas Quintana) siguiendo la línea mantenida por la citada STS, 1ª, 17.6.2013 (Ar. 4375; MP: José Antonio Seijas Quintana) que determina que puede limitarse temporalmente

⁶⁷ UREÑA (2012, p. 1815).

el uso del domicilio aunque se esté en presencia de hijos menores y argumenta que la atribución preferente que establece “el art. 96 del Código Civil, no puede, en determinados supuestos, condicionar la indefinida privación al cónyuge no beneficiario del uso del conjunto de las facultades dominicales que, en principio, le reconoce el art. 348 ya en orden a la ocupación futura de la vivienda, ya a los fines de lograr en un plazo razonable, la efectiva, que no meramente formal o nominal, liquidación del patrimonio común.”

Por la STS, 1ª, 10.10.2011 (Ar. 6839; MP: Encarnación Roca Trías) se produce una atribución temporal a la hija y a la madre debido a que el matrimonio vivía en precario consecuencia de la cesión de los padres del esposo de una vivienda de la que eran copropietarios: en un 67% los padres del esposo y en un 33% el propio esposo. Los cónyuges habían comprado por mitad un piso en una urbanización en Madrid, el cual se encontraba arrendado a un tercero en el momento de la crisis matrimonial. Por dicho motivo, se produce la atribución temporal hasta que se resuelva el arrendamiento de vivienda propiedad de los litigantes.

También cabe hacer referencia a la STS, 1ª, 24.10.2014 (Ar.5180; MP: José Antonio Seijas Quintana) por la misma el alto tribunal, ante un caso de custodia compartida, establece un plazo prudencial de dos años a los efectos de que la mujer rehaga su vida: “Se trata de un tiempo suficiente que va a permitir a la esposa rehacer su situación económica puesto que si bien carece en estos momentos de ingresos, cuenta con apoyos familiares y puede revertir, por su edad y cualificación la situación económica mediante al acceso a un trabajo, que incrementa los ingresos que recibe tras la ruptura personal definitiva de su esposo, y le permita, como consecuencia, acceder a una vivienda digna.”⁶⁸

Al respecto, el art. 6.1 de la Ley Valenciana alude expresamente al carácter temporal de la atribución de la vivienda a pesar de la existencia de hijos menores cuestionando cierto sector doctrinal dicha redacción porque podría llevar a una inconstitucionalidad debido a la necesidad de preservar el derecho de habitación de dichos menores⁶⁹. Al igual que la legislación aragonesa, art. 81.3, a partir del cual se relativiza la adjudicación de la “vivienda familiar” en tanto se mantenga el bienestar de los menores, así mediante pactos abiertos y formulaciones con un supuesto de hecho amplio y no tanto ambiguo se consigue quitar lastre a la tal discutida y anhelada vivienda familiar. De forma que no se erige la vivienda como “caballo de batalla” por el cual luchar encarecidamente en el proceso de separación o divorcio, consiguiendo con ello un mayor entendimiento de las partes, siempre partiendo de formas más igualitarias.

b) Hijos mayores de edad

En los supuestos en que los hijos han alcanzado la mayoría de edad, el fundamento de la atribución de la misma no se basa en el art. 96.1 CC sino en el art. 96.3 CC en virtud del interés más necesitado de protección. Los hijos quedarán salvaguardados por el derecho de alimentos, art. 142 CC, de forma que el progenitor dispondrá del *ius eligendi* (art. 149 CC),

⁶⁸ GOÑI (2013, p. 1141) y DE LA IGLESIA (2012, p. 2305).

⁶⁹ Véase DE VERDA (2014)

tal como hemos manifestado en la introducción del apartado. Es decir, a partir de la mayoría de edad de los hijos se produce una situación de igualdad de los progenitores, quienes deberán fijar el interés más necesitado de protección y concretar, en tanto sea necesario, la asignación de la vivienda, de acuerdo con los intereses implicados. Como manifiesta la SAP de Madrid, Civil Secc. 22ª, 14.7.2015 (Ar. 203256; MP: Rosario Hernández Hernández): “En el supuesto que los hijos necesitaran alimentos, incluyendo la vivienda, el obligado a prestarlos puede efectuar la elección que le ofrece el art. 149 CC y decidir proporcionarlos “manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.”

En este sentido se expresa la STS, 1ª, 5.9.2011 (AR. 5677; MP: Juan Antonio Xiol Ríos) que dispone que la atribución del uso de la vivienda familiar, en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del art. 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge cuyo interés fuera el más necesitado de protección y cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable, concretando la siguiente doctrina jurisprudencial: “La prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda mientras sea menor, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes del CC (...) la decisión del hijo mayor sobre con cuál 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 conllevará la exclusión del otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que le pudiera corresponder.” Sigue dicha doctrina la STS, 1ª, 11.11.2013 (Ar. 7262; MP: José Antonio Seijas Quintana); STS. 1ª, 29.5.2015 (Ar. 146344; MP: José Antonio Seijas Quintana). Por consiguiente, será factible que el domicilio conyugal pudiera “atribuirse a la ex esposa, las razones habrían de estar fundadas en su propia necesidad e interés, debidamente probado, no en el de los hijos mayores que el art. 96 CC no tutela; sin que la posible convivencia que pueda perpetuarse con la madre tras la mayoría de edad, constituya un interés digno de protección de acuerdo con el art. 96.3 CC, ya que éstos no tienen derecho a ocupar la vivienda que fue domicilio habitual durante el matrimonio de sus padres.” SAP de Madrid, Civil Secc. 22ª, 14.7.2015 (JUR 203256; MP: Rosario Hernández Hernández). En igual sentido se pronuncia la SAP de Madrid, Civil Secc. 22ª, 16.12.2014 (JUR 49945; MP: Rosario Hernández Hernández); SAP de Madrid, Civil Sec. 22ª, 28.11.2014 (JUR 19455; MP: Rosario Hernández Hernández) y la SAP de Madrid, Civil Secc. 22ª, 18.5.2015 (JUR 159158; MP: Eladio Galán Cáceres): “Por tanto, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y concordantes, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar, con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir.”

No se debe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el art. 93.2 CC respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos, sino con el art. 142 y siguientes del CC. Al respecto encontramos la STS, 1ª, 12.2.2014 (Ar. 2090; MP: Orduña Moreno) y STS, 1ª, 30.3.2012 (Ar.

4584; MP: Encarnación Roca Trías): “Debe señalarse que la ausencia de los requisitos del artículo 93, párrafo segundo, del CC, esto es, la inexistencia de la convivencia familiar de hijos mayores de edad o emancipados que ya obtienen ingresos propios, no comporta, per se, una aplicación en clave automática de la denegación del uso de la vivienda, ni tampoco puede ser interpretado como un factor determinante a la hora de privar al cónyuge del derecho a usar el domicilio familiar. En parecidos términos, respecto de la decisión de los hijos mayores de convivir con el progenitor que no ostenta el uso del domicilio familiar, que tampoco debe considerarse como factor determinante en orden a la modificación del uso establecido”.

La regla general hasta fechas recientes mantenía la adjudicación de la vivienda hasta que los hijos obtuviesen la independencia económica⁷⁰, de manera que pudieran atender sus necesidades básicas y fueran independientes económicamente. En la actualidad, las Audiencias Provinciales limitan el uso de la vivienda a pesar de que los hijos mayores de edad no han alcanzado dicha independencia económica, por ejemplo: la SAP de Valencia, Civil Sec. 10ª, 21.2.2005 (Ar. 84882; MP: Carlos Esparza Olcina) otorga un plazo prudencial y se refiere a una mujer que convive con hijos mayores de edad, por tal motivo, se establece un límite temporal máximo de cinco años a los efectos de poder alcanzar tal independencia salvo, que la alcancen antes, en cuyo caso se extinguirá automáticamente el derecho de uso⁷¹. La SAP de Barcelona, Civil Sec. 18ª, 14.4.2014 (JUR 227428; MP: Francisco Javier Pereda Gámez), establece como limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar la mayoría de edad de los hijos o, en caso de producirse un cambio de guarda si se produce antes. Otro supuesto de hijos mayores de edad se plantea en la SAP de Asturias, Civil Sec. 6ª, 19.9.2014 (JUR 252755; MP: Elena Rodríguez-Vigil Rubio), en relación a un hijo que alcanzada la mayoría de edad, opta por vivir con el progenitor que no fue custodio. Ante tales hechos el Tribunal mantendrá en el uso al cónyuge que habitaba la vivienda como guardador de hecho por ser su interés el más necesitado de protección: “es doctrina absolutamente consolidada del TS...la que tiene declarado que la atribución de la vivienda en el caso de los hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor de lo dispuesto en el párrafo tercero del art. 96, que permite su adjudicación por el tiempo que prudencialmente se fije, que en este caso tendría como límite la efectiva liquidación con la venta a terceros de la vivienda familiar.”

La más reciente STS, 1ª, 29.5.2015 (Ar 2273; MP: José Antonio Seijas Quintana) determina que la no fijación de un límite temporal vulnera el art. 96.3 CC siendo dicha falta de limitación una especie de “expropiación de la vivienda” fundada en un inexistente

⁷⁰ SAP de Sevilla, Civil Sec. 2ª, 23.5.2014 (JUR 262705; MP: Andrés Palacios Martínez).

⁷¹ En el mismo sentido la SAP de Valladolid, Civil Sec. 1ª, 19.5.2008 (Ar. 322237; MP: José A. San Millán Martín); SAP de Valladolid, Civil Sec. 1ª, 5.9.2008 (Ar. 352519; MP: José-Ramón Alonso-Mañero Parda); SAP de Valladolid, Civil Sec. 1ª, 5.10.2009 (Ar. 459726; MP: Fco Salinero Román); SAP Las Palmas de Gran Canaria, Civil Sec. 3ª, 4.6.2008 (Ar.302706; MP: Ricardo Moyano García) y la SAP de Santa Cruz de Tenerife, Civil Sec. 1ª, 5.7.2010 (Ar. 417618; MP: Modesto Fernández del Viso Blanco); SAP de Alicante, Civil, Sec. 9ª, 8.7.2014 (JUR 254468; MP: José Manuel Valero Díez).

principio de “solidaridad conyugal” y sacrificio del “puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro”.

Si acudimos al Código del Derecho Foral de Aragón, art. 69.2, comprobamos que el legislador ha concretado una edad límite del deber de los padres de costear los gastos de los hijos mayores o emancipados que cifra en los 26 años⁷². Por su parte, la Ley del País Vasco con un carácter más amplio o abierto relaciona la duración del derecho de uso con la duración de la obligación de alimentos (art. 12.5.2)⁷³.

6.2. Limitación temporal y atribución al cónyuge más necesitado de protección

En los casos de adjudicación de la vivienda al cónyuge más necesitado de protección, el art. 96.3 CC establece: “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”. El art. 96.3 CC del Anteproyecto (redacción julio 2014) concreta: “Cuando el uso de la vivienda no se otorgase en consideración de 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”⁷⁴.

De acuerdo con el tenor del art. 96.3 CC la limitación temporal de la adjudicación del inmueble se produce en todo caso, de acuerdo con su carácter imperativo, incluso en casos de adjudicación de la vivienda a uno de los cónyuges de avanzada edad. Tal es el supuesto que recoge la SAP de Alicante, Civil, Sec. 4ª, 29.5.2014 (JUR: 254447; MP: Manuel Benigno Florez Menéndez), se considera que la esposa (no titular de la vivienda) es el interés más necesitado de protección debido a su estado de salud y porque cuenta con 84 años en el momento de dictarse la sentencia. Si bien, no se descarta la necesidad habitacional del esposo nacido en 1928. Por lo que se acuerda una limitación temporal de dos años. Por el contrario, no acontece la limitación temporal del reconocimiento de una pensión compensatoria a favor de aquellas mujeres de edad avanzada con dificultades de acceso a un trabajo remunerado, es el caso recogido en la STS, 1ª, 8.9.2015 (Ar. 3978; MP: Francisco

⁷² “El deber al que se refiere el apartado anterior se extinguirá al cumplir el hijo los veintiséis años, a no ser que, convencional o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos.”

⁷³ “En el caso de atribuirse el uso de la vivienda 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.”

⁷⁴ La redacción de julio de 2013 tenía la siguiente redacción: “En los demás supuestos lo será por un tiempo máximo de dos años, mientras se procede a la liquidación del inmueble en los términos indicados.”

Javier Arroyo Fiestas). Por ello, se ha planteado si cabría establecer el carácter indefinido de dicho uso en tanto se tenga conocimiento de la perdurabilidad de la situación de necesidad. Tal posibilidad la encontramos contemplada en sede de pensión compensatoria, si bien, a bote pronto parece que en sede de adjudicación de la vivienda prima el contenido económico del derecho de uso⁷⁵. En cualquier caso, se debe realizar una aplicación analógica de la regulación contenida en sede de pensión compensatoria y ante situaciones de discapacidad irreversible o enfermedad crónica poder acordar dicho carácter indefinido⁷⁶. Aunque en virtud del tenor literal del proyectado precepto se alude a “una prórroga”, en singular, por lo que se podría cuestionar la posibilidad de acordar una prórroga indefinida.

En igual sentido el art. 233.20.5 CCCat.: “La 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...”, excluyendo dos supuestos particulares como son los apartados 1 y 2 del precepto. Es factible no limitar el plazo, aunque una primera interpretación nos llevaría a pensar que no se puede acordar de forma indefinida o vitalicia, porque tal pacto se postularía contrario a las causas de extinción recogidas en el CCCat. 233-24.6⁷⁷. Ahora bien, como hemos manifestado en el párrafo anterior, será factible de acuerdo con las circunstancias concurrentes acordar una duración indefinida aplicando analógicamente las ideas contenidas en el tenor referente a la pensión compensatoria. Sobre el particular se pronuncia el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26.4.2012 (Ar. 6363; MP: José Fco Valls Gombau): “...la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular tendrá una limitación temporal siendo ésta la regla general y sólo excepcionalmente, cuando se prevea que la situación de necesidad será permanente e invariable y que se prolongará indefinidamente en el tiempo o que es altamente improbable su superación, estará justificado no fijar por adelantado un plazo determinado, en el bien entendido de que si la situación de necesidad finalmente desaparece o se modifica sustancialmente, el propietario de la vivienda podrá instar la extinción del derecho de uso...”. En igual sentido STSJ de Cataluña 10.11.2008 (Ar. 3142; MP: Carlos Ramos Rubio); STSJ de Cataluña 6.7.2009 (Ar. 5669; MP: Carlos Ramos Rubio); SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 13.9.2012 (AR. 395733; MP: Dolores Viñas Maestre).

En determinados casos la atribución temporal de uso de la vivienda familiar se establece en función del momento de liquidación de la sociedad de gananciales, SAP Alicante, Civil Sec. 4ª, 15.3.2013 (JUR 201492; MP: Paloma Sancho Mayo); SAP Pontevedra, Sec. 1ª, 23.10.2014 (JUR: 5260; MP: Fco Javier Valdés Garido); SAP A Coruña, Sec. 4ª 15.12.2014 (JUR: 46608; MP: Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández); SAP A Coruña 22.4.2015 (JUR 129679; MP: Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández) y SAP de Madrid, Sec. 22, 4.5.2015 (JUR 149985; MP: Eduardo Hijas Fernández).

⁷⁵ En sede de pensión compensatoria se recoge tal posibilidad en el art. 233-17.4 CCCat.

⁷⁶ En este sentido EGEA (2014, p. 511).

⁷⁷ En este sentido BAYO (2013, p. 361).

También recoge tal precisión el resto de legislaciones autonómicas. El Código del Derecho foral de Aragón en el art. 81.3 determina: “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 familiar.”⁷⁸ Por tanto, deja a la decisión judicial dicha limitación con las únicas limitaciones del respeto y protección a los intereses familiares. Por ejemplo, por la SAP de Zaragoza, Civil Secc. 2ª, 30.6.2015 (JUR 182566), se fija un plazo temporal de seis años, período coincidente con el tiempo en que la hija menor alcanzará la mayoría de edad.

El art. 6.3 de la Ley de relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de la Comunidad Valenciana concreta: “la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el período 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.” De acuerdo con la norma, comprobamos que el legislador valenciano no establece un criterio para concretar dicha limitación temporal pero, hace hincapié en el derecho de propiedad, haciendo alusión a la posibilidad de cese o modificación de tal derecho de uso temporal pero siempre, en favor del cónyuge propietario no poseedor del inmueble, quedando en un segundo plano las necesidades de vivienda de uno de los cónyuges que pueden llevar a una prórroga del uso.

La más reciente Ley de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco en el art. 12.5 expresamente limita el plazo a un máximo de dos años, en contraposición a las otras leyes que hacen referencia a una limitación temporal según las circunstancias concurrentes dejando al arbitrio judicial dicha limitación.

Determinadas legislaciones autonómicas contemplan la posibilidad de solicitar la prórroga del uso de acuerdo con un procedimiento de modificación de medidas en el que se ponderarán las circunstancias concurrentes en el caso concreto, art. 233-20.5 CCCat.: “(...) y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses después del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.” Y, el art. 12.5. 1 *in fine* de la Ley del País Vasco pone el acento en el carácter y relevancia patrimonial o de contenido económico del derecho de uso y, por consiguiente, de la concreta medida adoptada llegando a concretar que “el ejercicio abusivo o de mala fe del derecho a solicitar la revisión podrá dar lugar a responsabilidades civiles o de carácter patrimonial”. Ahora bien, lo que estará constatando dicha modificación de medidas es que se mantienen las mismas circunstancias existentes a la adjudicación de la vivienda.

⁷⁸ Véase LOPEZ (2014, p. 94 ss).

7. Reflexión final

Recapitulando, y a modo de cierre, podemos manifestar que el Tribunal Supremo, de acuerdo con las líneas jurisprudenciales que hemos ido plasmando, a pesar de no haberse aprobado el Anteproyecto de Ley de corresponsabilidad parental, interpreta y aplica el art. 96 CC a partir del espíritu de la reforma proyectada. Y, todo ello, a tenor de la realidad social actual cuya esencia la encontramos plasmada en la legislación de diversas Comunidades Autónomas. De esta forma, realizando una interpretación extensiva de la norma se pretende conjugar todos los intereses concurrentes, siendo posible: adjudicar una vivienda que no era la considerada “familiar” en tanto la necesidad de vivienda esté cubierta, la posibilidad de dividir un inmueble si el interés del menor queda salvaguardado, la liquidación o venta de dicha vivienda si partimos de una situación de igualdad, la compensación por la pérdida de uso o la limitación temporal para evitar o limitar en la medida de lo posible los efectos negativos de la adjudicación al cónyuge no titular, todo ello con ciertas matizaciones y salvedades puestas de manifiesto a lo largo de estas páginas. La relación familiar es la que consecuentemente el Ordenamiento quiere salvaguardar, la cual se puede desarrollar en cualquier vivienda, en tanto se tengan cubiertas las necesidades habitacionales o también denominadas “necesidades de vivienda”, y todo ello derivado del hecho de tratarse de un derecho de uso de carácter familiar. En cualquier caso, se debe poner de manifiesto que los menores –como regla general- disponen de una gran capacidad de adaptación a un nuevo entorno, por lo que se debe relativizar el concepto de vivienda familiar y la rigidez que rodeaba a la institución en los últimos tiempos.

Todo ello debido a una situación y consideración más igualitaria de los cónyuges, que tiene su causa en la Constitución y en el art. 66 CC: “Los cónyuges son iguales en derechos y deberes”, no debiendo mantenerse la injusticia material y expropiación *de facto* de una vivienda en tanto se salvaguarde el principio informador de Derecho de Familia, como es el interés del menor y, consecuentemente, sus necesidades de vivienda. En los procesos judiciales el Juez debe respetar la voluntad y las necesidades de las partes, especialmente de los menores, pero no debe dejar al margen la protección de los cónyuges (art. 90 CC “...serán aprobados por el Juez, salvo si son...gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”). En consecuencia, se deben proceder a distribuir de forma igualitaria las consecuencias de la crisis matrimonial tendiendo, en este punto, a equiparar el uso con la titularidad.

Por todo ello, comprobamos una mayor patrimonialización del Derecho de Familia y el otorgamiento de 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. Así, como es sabido, la familia tiene asignadas unas finalidades tuitivas y cumple un fin y función social. Ante tal *status quo*, se deberán adoptar y otorgar medios suficientes y oportunos para mantener una estructura social no basada en el modelo familiar estable, debido a que la solidaridad entre

los miembros de las familias, que cubre determinadas parcelas sociales de ayuda mutua, se está truncando.

8. Tabla de Jurisprudencia citada

Sentencias del Tribunal Supremo

<i>Sala y fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 1ª, 11.12.1992	Ar. 10136	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 31.12.1994	Ar. 10330	José Marina Martínez Pardo
STS, 1ª, 16.12.1996	Ar. 9020	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 22.4.2004	Ar. 2713	Pedro González Poveda
STS, 1ª, 26.12.2005	Ar. 180	Encarnación Roca Trías
STS, 1ª, 10.2.2006	Ar. 549	Pedro González Poveda
STS, 1ª, 31.7.2009	Ar. 4581	Juan Antonio Xiol Ríos
STS, 1ª, 14.1.2010	Ar. 2323	Juan Antonio Xiol Ríos
STS, 1ª, 18.3.2011	Ar. 935	Juan Antonio Xiol Ríos
STS, 1ª, 29.3.2011	Ar. 3021	Encarnación Roca Trías
STS, 1ª, 1.4.2011	Ar. 3139	Encarnación Roca Trías
STS, 1ª, 14.4.2011	Ar. 3590	Encarnación Roca Trías
STS, 1ª, 30.4.2011	Ar. 3724	Román García Varela
STS, 1ª, 21.6.2011	Ar. 7325	Encarnación Roca Trías
STS, 1ª, 5.9.2011	Ar. 5677	Juan Antonio Xiol Ríos
STS, 1ª, 30.9.2011	Ar. 7387	Encarnación Roca Trías
STS, 1ª, 10.10.2011	Ar. 6839	Encarnación Roca Trías
STS, 1ª, 30.3.2012	Ar. 4584	Encarnación Roca Trías
STS, 1ª, 26.4.2012	Ar. 6102	Encarnación Roca Trías

STS, 1ª, 30.4.2012	Ar. 5235	Encarnación Roca Trías
STS, 1ª, 9.5.2012	Ar. 5137	Encarnación Roca Trías
STS, 1ª, 31.5.2012	Ar. 6550	Encarnación Roca Trías
STS, 1ª, 13.7.2012	Ar. 8658	Encarnación Roca Trías
STS, 1ª, 26.10.2012	Ar. 9730	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 5.11.2012	Ar. 10135	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 14.11.2012	Ar. 364593	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 15.3.2013	Ar. 2174	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 17.6.2013	Ar. 4375	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 17.10.2013	Ar. 7255	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 11.11.2013	Ar. 7262	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 19.11.2013	Ar. 7447	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 3.12.2013	Ar. 7834	Fco Javier Arroyo Fiestas
STS, 1ª, 12.2.2014	Ar. 2090	Fco Javier Orduña Moreno
STS, 1ª, 3.4.2014	Ar. 1950	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 29.5.2014	Ar. 3889	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 2.6.2014	Ar. 2842	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 16.6.2014	Ar. 3073	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 2.7.2014	Ar. 4250	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 22.10.2014	Ar. 5023	Francisco Javier Arroyo Fiestas
STS, 1ª, 24.10.2014	Ar. 5180	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 27.10. 2014	Ar. 5183	Eduardo Baena Ruiz
STS, 1ª, 11.12.2014	Ar. 6539	Francisco Javier Arroyo Fiestas
STS, 1ª, 16.1.2015	Ar. 355	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS, 1ª, 25.3.2015	Ar. 1165	Eduardo Baena Ruiz
STS, 1ª, 29.4.2015	Ar. 129932	Francisco Javier Orduña Moreno

STS, 1ª, 18.5.2015	Ar. 1919	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 29.5.2015	Ar. 2273	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 17.6.2015	Ar. 164932	Francisco Javier Arroyo Fiestas
STS, 1ª, 23.6.2015	Ar. 2546	Francisco Javier Arroyo Fiestas
STS, 1ª, 15.7.2015	Ar. 3597	Francisco Javier Arroyo Fiestas
STS, 1ª, 22.7.2015	Ar. 223743	Francisco Javier Arroyo Fiestas
STS, 1ª, 9.9.2015	Ar. 215131	Francisco Javier Arroyo Fiestas
STS, 1ª, 8.9.2015	Ar. 3978	Francisco Javier Arroyo Fiestas
STS, 1ª, 9.9.2015	Ar. 4179	Francisco Javier Arroyo Fiestas
STS, 1º, 27.10.2015	Ar. 4787	Eduardo Baena Ruiz
STS, 1ª, 30.10.2015	Ar. 262530	José Antonio Seijas Quintana

Sentencias Tribunales Superiores de Justicia

<i>Sala y fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STSJ Cataluña 22.9.2003	Ar. 7128	Ponç Feliu i Llansa
STSJ Cataluña 4.10.2006	Ar. 6178	Carlos Ramos Rubio
STSJ Cataluña 7.5.2007	Ar. 296409	Teresa Cervelló Nadal
STSJ Cataluña 18.9.2008	Ar. 1726	Mª Eugenia Alegret Burgues
STSJ Cataluña 24.11.2008	JUR 295922	Mª Eugenia Alegret Burgues
STSJ Cataluña 6.7.2009	Ar. 5669	Carlos Ramos Rubio
STSJ Cataluña 3.12.2009	Ar. 1438	Mª Eugenia Alegret Burgues
STSJ Cataluña 10.11.2008	Ar. 3142	Carlos Ramos Rubio
STSJ Cataluña 18.1.2010	Ar. 1297	Enrique Anglada Fors
STSJ Aragón 15.12.2011	Ar. 55	Ignacio Martínez Lasierra
Auto TSJ Cataluña 19.1.2012	Ar. 4208	José Fco Valls Gombau
Auto TSJ Cataluña 26.4.2012	Ar. 6363	José Fco Valls Gombau

STSJ Cataluña 30.7.2012	Ar. 10035	M ^a Eugenia Alegret Burgues
STSJ Aragón 4.1.2013	Ar. 2884	Carmen Samares Ara
STSJ Aragón 7.2.2013	Ar. 3143	Ignacio Martínez Lasierra
STSJ Aragón 1.7.2013,	Ar. 6390	Emilio Molins García-Atance
STSJ Aragón 18.7.2014	Ar. 4293	Ignacio Martínez Lasierra
STSJ Cataluña 3.2.2014	Ar. 1568	Carlos Ramos Rubio
Auto TSJ Cataluña 26.1.2015	JUR 72480	José Francisco Valls Gombau
STSJ Aragón 4.2.2015	Ar. 427	Ignacio Martínez Lasierra
STSJ Cataluña 9.4.2015	Ar. 3327	Carlos Ramos Rubio

Sentencias Audiencias Provinciales

<i>Sala y fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SAP de Ciudad Real, Civil, Sec.2 ^a , 30.12.1995	Ar. 2306	Rosa Villegas Mozos
SAP Guipúzcoa, Civil Sec. 3 ^a , 31.12.1998	Ar. 2381	Juan Piqueras Valls
SAP Navarra, Civil Sec. 3 ^a , 21.5.1999	Ar. 6613	José Fco Cobo Sáenz
SAP Madrid, Civil Sec. 22 ^a , 5.5.2000	Ar. 1127	Eduardo Hijas Fernández
SAP Pontevedra, Civil Sec.5 ^a , 30.10.2002	Ar. 42225	Inmaculada de Martín
SAP Cáceres, Civil 1 ^a , 7.11.2002	Ar. 42422	Salvador Castañeda Bocanegra
SAP Barcelona, Civil Sec. 12 ^a , 13.3.2003	Ar. 197539	José Luis Valdivieso Polaino
SAP Madrid, Civil Sec. 24 ^a , 13.3.2003	JUR 187703	Rosario Hernández Hernández
SAP Barcelona, Civil, Sec. 12 ^a , 26.3.2004	JUR 121755	Antonio López-Carrasco

SAP Murcia, Civil Sec. 5ª, 2.6.2003	JUR 34772	Matías M. Soria Fernández-
SAP Valencia, Civil Sec.10ª, 21.2.2005	JUR 84882	Carlos Esparza Olcina
SAP Las Palmas, Civil Sec. 5ª, 22.3.2005	JUR 107421	Mª del Pilar de la Fuente García
SAP Las Palmas, Civil Sec. 5ª, 5.4.2005	JUR 130388	Mónica García de Yzaguirre
SAP Murcia, Civil Sec.1ª, 3.10.2005	JUR 107942	Álvaro Castaño Penalva
SAP Madrid, Civil Sec. 22ª, 7.10.2005	JUR 252353	Eladio Galán Cáceres
SAP Barcelona, Civil Sec. 12ª, 14.2.2007	JUR 204823	José Pérez Tormo
SAP Barcelona, Civil Sec. 12, 10.4.2008	JUR 180086	Paulino Rico Rojo
SAP Valladolid, Civil Sec. 1ª, 19.5.2008	Ar. 322237	José A. San Millán Martín
SAP Las Palmas, Civil Sec. 3ª, 4.6.2008	Ar.302706	Ricardo Moyano García
SAP Valladolid, Civil Sec.1ª, 5.9.2008	Ar. 352519	José-Ramón Alonso- Mañero
SAP Murcia, Civil Sec. 4ª, 19.2.2009	JUR 189074	Carlos Moreno Millán
SAP Valladolid, Civil Sec. 1ª, 5.10.2009	Ar. 459726	Francisco Salinero Román
SAP Sta Cruz de Tenerife, Civil Sec. 1ª, 5.7.2010	Ar. 417618	Modesto Fernández del Viso
SAP Murcia, Civil Sec. 4ª, 27.1.2011	JUR 117636	Carlos Moreno Millán
SAP Valladolid, Civil, 13.12.2011	Ar. 224	Francisco Salinero Román
SAP Valencia, Civil Sec. 10ª, 25.7.2012	JUR 357810	Carlos Esparza Olcina

SAP Barcelona, Civil Sec. 18ª, 13.9.2012	JUR 395733	Dolores Viñas Maestre
SAP Zaragoza, Civil Sec. 2ª, 7.11.2012	JUR 110869	Julián Carlos Arqué Bescós
SAP Huesca, Civil Sec. 1ª, 18.10.2012	JUR 396666	Santiago Serena Puig
SAP Zaragoza, Civil Sec. 2ª, 12.2.2013	JUR 110731	Julián Carlos Arqué Bescós
SAP Madrid, Civil Sec. 22ª, 1.3.2013	JUR 120471	Rosario Hernández Hernández
SAP Alicante, Civil Sec. 4ª, 15.3.2013	JUR 201492	Paloma Sancho Mayo
SAP Zaragoza, Civil Sec.2ª, 11.6.2013	JUR 220016	Julián Carlos Arqué Bescós
SAP Alicante, Civil Sec. 4ª, 11.4.2014	JUR 254024	Paloma Sancho Mayo
SAP Barcelona, Civil Sec. 18ª, 14.4.2014	JUR 227428	Francisco J. Pereda Gámez
SAP Sevilla, Civil Sec. 2ª, 23.5.2014	JUR 262705	Andrés Palacios Martínez
SAP de Alicante, Civil, Sec. 4ª, 29.5.2014	JUR: 254447	Manuel B. Flórez Menéndez
SAP Alicante, Civil Sec. 9ª, 8.7.2014	JUR 254468	José Manuel Valero Díez
SAP Asturias, Civil Sec. 6ª, 19.9.2014	JUR 252755	Elena Rodríguez-Vigil Rubio
SAP Cáceres, Civil Sec. 1ª, 10.10.2014	JUR 9398	Antonia M. González Floriano
SAP Pontevedra, Civil Sec. 1ª, 23.10.2014	JUR: 5260	Fco Javier Valdés Garido
SAP Madrid, Civil Sec.22ª, 28.11.2014	JUR 19455	Rosario Hernández Hernández
SAP Vizcaya, Civil Sec. 4ª, 15.12.2014	JUR 65522	Reyes Castresana García

SAP A Coruña, Civil Sec. 4 ^a 15.12.2014	JUR: 46608	Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández
SAP Madrid, Civil Sec. 22 ^a , 16.12.2014	JUR 49945	Rosario Hernández Hernández
SAP Madrid, Civil Sec. 22 ^a , 13.1.2015	JUR 72389	Eladio Galán Cáceres
SAP Madrid, Civil Sec. 22 ^a , 20.1.2015	JUR 72968	Eduardo Hijas Fernández
SAP Madrid, Civil Sec. 22 ^a , 6.2.2015	JUR 86666	Eduardo Hijas Fernández
SAP A Coruña, Civil Sec. 4 ^a , 22.4.2015	JUR 129679	Antonio Fernández- Montells
SAP Madrid, Civil Sec. 22 ^a , 4.5.2015	JUR 149985	Eduardo Hijas Fernández
SAP Barcelona, Civil Sec. 18 ^a , 6.5.2015	JUR 164880	María Dolores Viñas Maestre
SAP Madrid, Civil Sec. 22 ^a , 18.5.2015	JUR 159158	Eladio Galán Cáceres
SAP Zaragoza, Civil Sec. 2 ^a , 30.6.2015	JUR 182566	Julián Carlos Arqué Bescós
SAP de Pontevedra, Civil Sec. 6 ^a , 13.7.2015	JUR 192500	Jaime Carrera Ibarzábal
SAP de Madrid, Civil Sec. 22 ^a , 14.7.2015	JUR 203256	Rosario Hernández Hernández
SAP de Pontevedra, Civil Sec. 1 ^a , 24.7.2015	JUR 211645	Fco Javier Menéndez Estébanez

9. Bibliografía

María José BALDA MEDARDE (2011), “La vivienda familiar en la Ley 2/2010, de 26 de mayo de igualdad en las relaciones personales ante la ruptura de la convivencia de los padres”, *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, p. 217 a 230.

Joaquim BAYO DELGADO (2013), "Atribució o distribució l'ús de l'habitatge familiar. Prestació compensatòria i prestació alimentatària", en *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família*, Materials de les dissetenes jornades de Dret català a Tossa, Universitat de Girona, Girona, p. 355 a 374.

Ana Isabel BERROCAL LANZAROT (2014), "Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 743, p. 1347 a 1375.

Cesare Massimo BIANCA (1975), "Famiglia (diritti di)", *Noviss. Digesto italiano*, VII, Turín, p. 70.

María Dolores CERVILLA GARZÓN (2005), *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid.

Antonio CICU (1947), *El Derecho de Familia*, trad. S. Sentís Melendo, Ediar, Buenos Aires, edición italiana original 1914 (*Il Diritto di famiglia*, Athenaeum, Roma).

Matilde CUENA CASAS (2014), "Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", *Revista de Derecho Civil*, núm. 2 (abril-junio 2014), p. 1 a 39.

María Isabel DE LA IGLESIA MONJE (2011), "Atribución temporal del uso de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 728, p. 3403 a 3414.

--- (2012), "Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 732, p. 2298-2326.

José Ramón DE VERDA BEAMONTE (2014), "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*, nº 8299, p. 1 a 19.

Juan María DÍAZ FRAILE (2011), "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 Reyes BARRADA (Coord.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, p. 429 a 452.

Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN (2012), *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, Derecho de familia, Tecnos, Madrid.

Joan EGEA FERNÁNDEZ (2014) "Atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar", en Joan EGEA FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA, *Comentari al llibre segon del Codi Civil de Catalunya: família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, p. 502-536.

Santiago ESPIAU ESPIAU (2010), "L'atribució conjunta de l'ús de l'habitatge familiar en una situació de crisi matrimonial: comentari a la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 18 de gener de 2010", *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 11, p. 245-257.

Juan Manuel FERNÁNDEZ MARTÍNEZ (2012), "El uso de la vivienda familiar, su división material", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, p. 67 a 73.

M^a del Pilar FERRER VANRELL (2011), "Los paradójicos fundamentos de los derechos del cónyuge no propietario sobre la vivienda familiar. El caso Balear", en Reyes BARRADA (Coord.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, p. 453 a 470.

M^a Ángeles GARCÍA GARCÍA (1984), "El deber de actuar en interés de la familia", *Revista de Derecho Privado*, 1984, p. 243 a 277.

María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (2013), "La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el Derecho de cosas", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 736, p. 1133-1150.

Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO (2013), "Comentario a la sentencia de 15 de marzo de 2013. Atribución de la vivienda familiar en procedimiento de divorcio a los hijos menores y al progenitor custodio", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº93, p. 523-536.

--- (2014), *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Max HENRY (1979), *L'interêt de la famille réduit à l'interêt des époux*, París, Dalloz-Sirey.

Albert LAMARCA MARQUÈS (2013), "Pactes en previsió de crisi matrimonial i de la convivència", *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família*, Materials de les dissetenes Jornades de Dret català a Tossa, Universitat de Girona, Girona, p. 445-477.

Aurora LÓPEZ AZCONA (2014), "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 María del Carmen BAYOD y José Antonio SERRANO (Coord.) *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar?*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, p. 87 a 118.

María Teresa MARTÍN MELÉNDEZ (2004), "Fundamento de la atribución del uso de la vivienda familiar al esposo no titular y de su privación al titular en los casos de separación, divorcio y nulidad del matrimonio", en José Manuel GONZÁLEZ (Director), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, T. II, Secretariado de Publicaciones, Murcia, p. 3099 a 3116.

Jesús Alberto MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS (2015), "Limitaciones a la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores", *La Ley Derecho de Familia*, nº6, 2015, p. 117-128.

Chantal MOLL DE ALBA LACUVE (2011), "La atribución y distribución del uso de la vivienda familiar", *El proceso de familia en el Código Civil Catalán: análisis de las principales novedades civiles y los aspectos fiscales*, Atelier, Barcelona, p. 92.

--- (2014), "Atribución y distribución del uso de la vivienda familiar en el Libro II del Código Civil de Cataluña", *Persona y familia: estudios de derecho civil catalán*, Difusión Jurídica, Madrid, p. 233.

Miguel Ángel MORENO NAVARRETE (2012), "Comentario a la sentencia 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", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº89, p. 463 a 476.

Víctor MORENO VELASCO (2012), "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, 23 de abril 2012.

Remigio PERCHINUNNO (1982), *Le obbligazioni nell' "interesse familiare"*, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles.

María PÉREZ GALVÁN (2011), "Vivienda familiar y crisis de pareja. Atribución del derecho de uso "a propósito de la STS de 1 de abril de 2011", *Diario La Ley*, núm. 7711.

Cristóbal PINTO ANDRADE (2012), "La atribución judicial de la vivienda familiar y su temporalización existiendo hijos menores de edad. Actuales líneas jurisprudenciales y doctrinales", *Actualidad civil*, núm. 21-22, p. 1 a 20.

María Corona QUESADA GONZÁLEZ (1998), *La vivienda familiar arrendada*, Barcelona, Cedecs, 1998.

Francisco RIVERO HERNÁNDEZ (2007), *El interés del menor*, Dykinson, Madrid.

Encarna ROCA TRÍAS (1984), *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Tecnos, Madrid.

María Goñi RODRÍGUEZ ALMEIDA (2013), "La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el derecho de cosas" *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 736, p. 1133.

Francesco SANTORO-PASSARELLI (1961), *Saggi di diritto civile*, Jovene, Nápoles.

María José SANTOS MORÓN (2014), “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma”, *Revista de Derecho Civil*, (julio-septiembre 2014), p. 1 a 36.

Juan Antonio TAMAYO CARMONA (2011), “¿Patrimonialización del Derecho de uso de la vivienda familiar?”, *Revista electrónica de Derecho Civil Valenciano*, nº10, p. 1 a 15.

--- (2015), “El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro”, *Revista boliviana de derecho*, nº 19, 2015, p. 265 a 290.

René THERY (1972), *L'interêt de la famille*, in *Semaine juridique*, nº 2485.

Belén UREÑA CARAZO (2015), “Vivienda familiar y custodia compartida (a propósito de la STS núm. 594/2014, de 24 de octubre)”, *La Ley Derecho de familia*, nº6, segundo trimestre 2015.

Magdalena UREÑA MARTÍNEZ (2012), “Comentario a la sentencia de 14 de abril de 2011”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 87, p. 1815 a 1828.

María Ángeles VELÁZQUEZ MARTÍN (2002), “Contenido económico del derecho de uso en la liquidación de gananciales. Compensación al cónyuge desposeído”, *Actualidad Civil*, núm. 10, marzo, p. 343 a 359.

Beatriz VERDERA IZQUIERDO (2013), “Incidencia en la modificación de medidas de la convivencia con un tercero en la vivienda familiar”, en Matilde CUENA (Coord.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, p. 1635 a 1654.

--- (2014), “El ejercicio de la patria potestad en igualdad de condiciones. Valoración de la custodia compartida”, en Carolina MESA (Directora), *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Tirant lo Blanch, p. 453 a 479.

María YSÀS SOLANES (2012), “¿Han cambiado los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis de pareja? (Su regulación en el Libro II de CCCat)”, en Matilde CUENA (Coord.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, p. 1675 a 1696.