



Revista de Derecho Civil
<http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>

ISSN 2341-2216

vol. I, núm. 3 (julio-septiembre, 2014)

Estudios, pp. 1-36

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASO DE CUSTODIA EXCLUSIVA DE UN CÓNYUGE: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y ANTEPROYECTO DE REFORMA

María José Santos Morón

Catedrática de Derecho civil
Universidad Carlos III

RESUMEN: Este artículo pretende poner de relieve los problemas que provoca la aplicación automática de la regla primera del art. 96 C.c., cuya modificación viene siendo reclamada desde hace tiempo por amplios sectores de la doctrina, la abogacía y la judicatura. Aunque algunas Audiencias Provinciales han interpretado este precepto de manera flexible, la tendencia mayoritaria, seguida por el TS, es la contraria. Recientes sentencias del Alto Tribunal, que se exponen en este trabajo, muestran, sin embargo, ciertos signos de apertura. Por otra parte, el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, pretende dar nueva redacción al art. 96 C.c. De ahí que se analice esta propuesta a la luz de las soluciones adoptadas en las leyes autonómicas y en el Derecho comparado, realizando una valoración crítica de la misma y ofreciendo posibles soluciones alternativas.

ABSTRACT: *This article aims to highlight the problems caused by the automatic application of art. 96.1 C.c., which reform is long demanded. Although some Provincial Courts have interpreted this rule in a flexible way, the majority tendency –followed by the Supreme Court– is the opposite. However, some recent decisions of the Supreme Court, which are explained in this work, show some signs of opening. Moreover, the draft law on joint exercise of parental responsibility intends to amend the art. 96 C.c. This proposal is analyzed in the light of the solutions adopted in the Spanish Regional laws and Comparative law and, with regard to this, we make a critical assessment and offer possible alternative solutions.*

PALABRAS CLAVE: vivienda familiar; propiedad; derecho de uso; perjuicio patrimonial; valor económico; compensación; alimentos; prestación por desequilibrio económico.

KEY WORDS: *Family home; Property; Occupation Right; Pecuniary Damage; Economical value; Compensation; Maintenance; Allowance for economical unbalance.*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO: LA INEQUITATIVAS CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL ART. 96 C.C. 2. LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 96,1 EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA: ALGUNAS MEDIDAS CORRECTORAS. 3. LA REGULACIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL EN CASO DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. 4. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA REFORMA PROYECTADA Y PROPUESTAS ALTERNATIVAS. 4.1. *La atribución del uso al cónyuge custodio y su posible justificación.* 4.2. *Valoración económica del derecho de uso: La compensación al cónyuge privado del uso.* 4.3. *Conclusiones.* BIBLIOGRAFÍA.

1. PLANTEAMIENTO: LA INEQUITATIVAS CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL ART. 96 C.C.

La crisis matrimonial provoca habitualmente efectos negativos en la economía de aquellos que formaban una comunidad conyugal, puesto que, donde antes había un hogar, tras la crisis habrá dos. Estos efectos negativos se manifiestan de manera

particular en lo que respecta al destino de la vivienda familiar¹ que, como se sabe, no se resuelve por aplicación de las reglas del régimen económico del matrimonio –que, en principio, podría ser la solución– sino mediante la aplicación del art. 96 del Código civil. Dicho precepto regula la atribución del *uso* de la vivienda familiar “en defecto de acuerdo de los cónyuges”, sin hacer distinción alguna según que dicha vivienda sea común a ambos cónyuges (ganancial o en régimen de copropiedad) o privativa de alguno de ellos. El precepto sólo distingue según que existan o no hijos. En el primer caso el uso de la vivienda, independientemente de quién sea su propietario, corresponde “a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden” (art. 96,1), si bien se entiende que el titular del derecho de uso es el cónyuge, y no los hijos, que representan simplemente el interés más digno de protección². En caso de no existir hijos, la vivienda familiar, aun siendo privativa de un cónyuge, puede atribuirse al no titular “si su interés fuere el más necesitado de protección”, pero en este caso el derecho atribuido debe ser necesariamente de carácter temporal (art. 96,3)³.

Aun cuando lo establecido en la regla primera del art. 96 C.c. se explica por presuponerse que el interés de los hijos es el más necesitado de protección, lo cierto es que la aplicación del citado art. 96,1 C.c. lleva en la práctica a resultados frecuentemente injustos, derivados fundamental, aunque no exclusivamente, del hecho de que el uso de la vivienda se atribuye, según este precepto, al cónyuge beneficiario, sin que entre en juego ningún tipo de compensación⁴, ni siquiera cuando la vivienda es privativa del cónyuge privado del uso.

¹ Por lo general se entiende por vivienda familiar el lugar donde se materializa la vida en común de los cónyuges y se desarrolla la convivencia del grupo familiar. Sobre el concepto de vivienda familiar, vid. por todos, GIL MEMBRADO, *La vivienda familiar*, Madrid, 2013, pp. 9 y ss.; LUQUE JIMÉNEZ, *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Madrid, 2012, pp. 23 y ss.

² Pese a que dicho precepto concede el uso de la vivienda, textualmente, a los hijos y al cónyuge custodio, la DGRN ha mantenido repetidamente (entre otras, RR 27-8-2008 -RJ 2008/8285-; 10-10-2008 -RJ 2009/634- 18-11-2009 -RJ 2010/1667-) que los hijos son beneficiarios, pero no titulares del derecho de uso, de manera que será el cónyuge, en su caso, quien puede aparecer como titular registral del mismo. El derecho al uso de la vivienda familiar se atribuye en atención a los hijos, por considerarse su interés el más necesitado de protección, pero su titularidad corresponde al cónyuge (sobre ello vid. LUQUE JIMÉNEZ, ob. cit., pp.173 y ss.; Díez MARTÍNEZ, “Comentario al art. 96 C.c.”, en *Comentarios al Código civil*, dir. por Bercovitz, t. IV, Valencia, 2013, p. 1003).

También lo estima así gran parte de la doctrina porque lo contrario supondría que, cuando el cónyuge custodio es propietario de la vivienda, los hijos son titulares de un derecho de uso independiente. Por todos, vid. RAMS ALBESA, “Comentario al art. 96 C.c.”, en *Comentarios al Código civil*, coord. por Rams Albesa y Moreno Flórez, t. II, vol. 1º, Barcelona, 2000, pp. 1018, 1019; MARTÍN MELÉNDEZ, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Navarra, 2005, pp. 237 y ss.; CUENA CASAS, “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, en *Tratado de Derecho de la familia*, dir. por Yzquierdo Tolsada y Cuenca Casas, vol. III, Navarra, 2011, p. 381.

³ El art. 96, 3 presupone que la vivienda familiar pertenece a uno de los cónyuges pero dicha regla se considera aplicable, igualmente, en el supuesto en que la vivienda es común ya que de otro modo se estaría haciendo de mejor condición al cónyuge no titular que al que es cotitular de la vivienda familiar.

⁴ Inicialmente, en el Proyecto de Ley que dio lugar a la reforma de 1981, sí se preveía que la atribución del uso de la vivienda se hiciera “mediante las adecuadas compensaciones”, pero ese inciso se suprimió, desafortunadamente, durante la tramitación parlamentaria, debido a una enmienda del Grupo

La doctrina ha venido poniendo de relieve lo poco equitativo de las situaciones provocadas por la aplicación automática, por parte de los Tribunales, del párrafo primero de este precepto. No parece justo que el cotitular de la vivienda –o lo que es peor, el propietario exclusivo de ésta– deba verse privado de la misma, mientras su cónyuge, por ostentar la custodia de los hijos comunes, disfruta del inmueble. Especialmente si se piensa que con relativa frecuencia, aquél, además de abonar la correspondiente pensión alimenticia a los hijos y eventualmente una pensión compensatoria al ex cónyuge, se ve obligado a pagar el préstamo hipotecario asumido para adquirir la vivienda⁵ y, asimismo, proveer a su propia necesidad de alojamiento, circunstancias éstas que colocan al cónyuge no guardador en situaciones de tremenda asfixia económica⁶. Resulta asimismo injusto que se atribuya automáticamente la vivienda al cónyuge custodio, sin tener en cuenta la situación de enfermedad o discapacidad del otro cónyuge –con mayor razón si éste es el propietario del inmueble⁷, e igualmente inicuo que se asigne el uso de la vivienda familiar, común o privativa de un cónyuge, a quien es titular de otra vivienda. El perjuicio sufrido por el cónyuge privado del uso suele además prolongarse en el tiempo ya que, cuando la vivienda se asigna a uno de los cónyuges por motivo de la custodia de sus hijos menores, la atribución del uso se ha venido haciendo con carácter indefinido, dado que, hasta fechas recientes⁸, se ha entendido que si los hijos mayores de edad son dependientes económicamente ha de prolongarse el derecho de uso⁹.

Comunista. Recoge la discusión parlamentaria, VALLADARES, “Nulidad, separación, divorcio”, *Comentarios a la Ley de Reforma del matrimonio*, Madrid, 1982, p. 424.

⁵ Adviértase que en los casos de vivienda ganancial, lo habitual será que cada cónyuge abone la mitad del préstamo hipotecario, ya que, según la doctrina sentada por el TS en la S. 28 marzo 2011 (RJ 2011/939) – que viene a reiterar lo indicado en la de 5 de noviembre de 2009 (RJ 2009/3)– el préstamo hipotecario no debe ser considerado como “carga del matrimonio”, sino como deuda de la sociedad de gananciales, incluida en el art. 1362 C.c.

La misma regla aplica la STS de 26 de noviembre de 2012 (RJ 2012/97) a una vivienda perteneciente en copropiedad a un matrimonio casado en régimen de separación de bienes. Dispone la sentencia que la deuda hipotecaria debe satisfacerse por los titulares del dominio de acuerdo con lo estipulado en el contrato, y por consiguiente por mitad.

⁶ En este sentido, SERRANO CASTRO, *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*, Madrid, 2010, p. 29; CUENA CASAS, ob. cit., p. 401; GIL MEMBRADO, pp. 116, 117.

⁷ Ejemplos de esta situación encontramos en la SAP Vizcaya de 10 de enero de 2002 (JUR 2002/24348), en la que se atribuye la vivienda común a la madre, que ostenta la custodia de los hijos menores, pese a que el padre es tetrapléjico y le resulta imposible encontrar una vivienda adaptada a su situación. En la SAP Zaragoza de 2 de enero de 2001 (JUR 2001/81391) la vivienda familiar era privativa de la esposa que había sufrido un accidente cerebro vascular que la hacía dependiente de una silla de ruedas, pero se atribuyó su uso al marido quien tenía también la custodia de los hijos.

⁸ La doctrina sentada en la STS de 5 de septiembre de 2011 (RJ 2011/5677), a la que nos referimos en el epígrafe siguiente, ha venido, sin embargo, a modificar en cierta medida esta situación.

⁹ RAMS ALBESA, ob. cit., p. 1022; CERVILLA GARZÓN, *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Barcelona, 2005, p. 39; ROCA TRÍAS, “Comentario al art. 96 C.c.”, en *Código civil comentado*, dir. por Cañizares Laso y otros, vol. I, Navarra, 2011 p. 525; FERNÁNDEZ GIL, “Efectos comunes a los procesos de separación, divorcio y nulidad”, en *Derecho de Familia*, coord. por Díez-Picazo Gimenez, Navarra, 2012, p. 1408; GIL MEMBRADO, ob. cit., p. 114; DÍAZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 1008. Señala esta autora que algunas resoluciones judiciales optan por fijar una edad (por ej. 25 años) para la

También resulta difícil de aceptar, la posibilidad, que se plantea con relativa frecuencia, de que la nueva pareja del cónyuge beneficiario del uso (así como los hijos que en su caso tengan¹⁰) habite la vivienda común o propiedad del otro cónyuge, incluso cuando es titular de otra vivienda que aprovecha para poner en alquiler¹¹. Pero la falta de previsión del matrimonio o convivencia marital como causa de extinción del derecho de uso (cfr., en cambio, art. 101 C.c.), unida a la consideración de que el interés protegido por el art. 96,1 es el de los hijos menores, aboca a mantener esta situación¹² (salvo que de la convivencia con un tercero pueda resultar algún perjuicio para ellos) por poco equitativa que parezca¹³.

El perjuicio económico que sufre el cónyuge privado del uso puede subsistir, en caso de vivienda ganancial, incluso tras la liquidación de gananciales. Si bien una parte de la doctrina considera necesario tener en cuenta el valor económico del uso a efectos de proceder a las correspondientes compensaciones¹⁴, la jurisprudencia se inclina por lo contrario. Pese a que el derecho de uso se considera inscribible en el registro de la Propiedad¹⁵ (entre otras, RDGRN 20 febrero 2004 –RJ 2004/2376–; 10 octubre 2008 –RJ 2009/634–), siendo oponible “erga omnes”, y en concreto a los terceros que adquieren el inmueble en venta particular o en subasta consecuencia del ejercicio de la acción de división (v. gr. STSS 27 de febrero de 2012 –RJ 2012/3338–; 8 de mayo de 2006 –RJ 2006/2342)¹⁶, la jurisprudencia, de manera un tanto injustificada¹⁷, viene rechazando que tenga carácter de derecho real (entre las más recientes, STS 14 enero 2010 –RJ

extinción del derecho de uso, solución que considera poco práctica pues si los hijos carecen de independencia económica se instará antes los tribunales la prórroga del citado derecho.

¹⁰ Así, en el caso enjuiciado por la SAP Ciudad Real de 30 de marzo de 2012 (JUR 2012/162225) que consideró improcedente la extinción del derecho de uso.

¹¹ Esta era la situación en el supuesto resuelto por la SAP de Navarra de 3 de noviembre de 2006 (JUR 2007/90760), que revocó la sentencia de primera instancia -que había declarado la extinción del derecho de uso atribuido a la esposa en la sentencia de separación- por considerar que la convivencia con un tercero que disponía de otra vivienda -vivienda que la pareja había decidido alquilar- no constituía una alteración sustancial de las circunstancias, ni podía considerarse un abuso de derecho.

¹² Sobre ello, LÓPEZ BREA MARTÍNEZ, “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial”, en *El Derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Madrid, 2010, pp. 275 y ss.; GIL MEMBRADO, ob. cit., pp. 127 y ss.; MARTÍN MELÉNDEZ, ob. cit., p. 156; PINTO ANDRADE, *La atribución del uso de la vivienda familiar*, Barcelona, 2011, pp. 90 y ss.; En el supuesto en que no existan hijos, esto es, en el caso previsto en el art. 96,3, la doctrina se muestra más favorable a que se decrete la extinción del uso en caso de convivencia con un tercero. CUENA CASAS, ob. cit., p. 407; CABEZUELO ARENAS, “Extinción de la atribución de uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con tercero. Comentario a la SAP de Almería de 19 de marzo de 2007”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2008-2, nº 21, p. 317.

¹³ En este sentido vid. CUENA CASAS, ob. cit., p. 407.

¹⁴ Por todos vid. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *Obligaciones de los cónyuges tras el divorcio o la separación*, Madrid, 2012, pp. 76, 77.

¹⁵ Sobre la inscribibilidad del derecho de uso puede verse, LUQUE JIMÉNEZ, ob. cit., p. 163 y ss.

¹⁶ Se exceptúa el supuesto en que el adquirente tenga la condición de tercero hipotecario. LUQUE JIMÉNEZ, pp. 220 y ss.; CUENA CASAS, ob. cit., p. 346.

¹⁷ Como señala CUENA CASAS, ob. cit., p. 346, dado que las consecuencias que se atribuyen al derecho de uso son las propias de un derecho real no tiene mucho sentido negar su carácter de tal.

2010/1274–). Sobre esa base, el TS ha negado que el derecho de uso pueda ser considerado como una carga susceptible de aminorar el valor atribuido al inmueble en el inventario (SSTS 29 de abril de 1994 –RJ 1994/366–; 4 de abril de 1997 –RJ 1997/2636–; 23 de enero de 1998 –RJ 1998/151–). Aunque las soluciones a las que llegan las sentencias señaladas son adecuadas en el caso concreto (en todos los casos la minusvaloración fue solicitada por la esposa beneficiada por el uso, a la que luego se adjudicó la propiedad de la vivienda familiar, de modo que aceptar su petición habría llevado a aumentar su participación en los bienes gananciales) el problema es que la negativa a tomar en consideración el valor económico del derecho de uso puede provocar el efecto contrario. Es decir, puede perjudicar al cónyuge no usuario en todos aquellos casos en que la propiedad de la vivienda no se adjudica al cónyuge custodio¹⁸. Tanto si en la liquidación de gananciales se adjudica al cónyuge no beneficiado por el uso la propiedad de la vivienda familiar –cosa que, obviamente, éste tenderá a evitar– como si se adjudica ésta a ambos cónyuges en régimen de proindivisión o se enajena a un tercero para resolver la situación, el cónyuge no usuario se verá perjudicado¹⁹ a menos que, como sostiene parte de la doctrina, al liquidar la sociedad conyugal se compute el valor económico del uso como un activo que recibe el cónyuge beneficiario del mismo²⁰.

2. LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 96,1 EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA: ALGUNAS MEDIDAS CORRECTORAS.

Como puede verse, la aplicación del art. 96,1 C.c. provoca consecuencias injustas, y claramente perjudiciales desde el punto de vista patrimonial para el cónyuge desposeído de la vivienda, al tiempo que el beneficiado por el “uso exclusivo, indefinido y gratuito” de la misma obtiene un derecho de alto valor económico²¹

Ante tal situación un sector de la doctrina sostiene que la regla del art. 96,1 del C.c. no debe considerarse imperativa, debiendo entenderse que el precepto se limita a

¹⁸ Es evidente que el cónyuge titular del uso carecerá de todo interés en que se le adjudique el pleno dominio del inmueble, cuyo uso ya disfruta, porque en tal hipótesis se verá obligado a abonar al otro cónyuge el exceso de adjudicación que resulte en su favor o bien a disminuir su porción en el resto de la masa ganancial. En este sentido LÓPEZ BREA, ob. cit., p. 302

¹⁹ Así se pone de manifiesto en la STS de 27 de junio de 2007 (RJ 2007/ 3865) que considera que el menor valor en venta obtenido en la subasta de la vivienda como consecuencia de la existencia del derecho de uso debe repercutir económicamente en ambos cónyuges, que deben repartirse el precio obtenido por mitad.

²⁰ CUENA CASAS, ob. cit., p. 412; VELÁZQUEZ Martín, “Contenido económico del derecho de uso en la liquidación de Gananciales. Compensación al cónyuge desposeído”, AC, 2002-1, pp. 343 y ss.; MARTÍN MELÉNDEZ, ob. cit., pp. 410 y ss., se plantea también la necesidad de tener en cuenta el valor económico del derecho de uso en la liquidación de la sociedad de gananciales, pero lo pone en conexión con la cuantía de las pensiones de alimentos o compensatorias que hayan podido establecerse en la sentencia de separación o divorcio.

²¹ Esto provoca, además, como observa LÓPEZ BREA, ob. cit., p. 261, que en muchos procesos matrimoniales la reclamación de la guarda y custodia exclusiva se haga con el fin de obtener el uso exclusivo de la vivienda, lo que supone un obstáculo para la consecución de acuerdos de guarda y custodia compartida.

establecer una presunción “*iuris tantum*” de que el interés más necesitado es el de los hijos²², postura ésta que permite tener en cuenta las circunstancias concurrentes para decidir sobre la asignación del uso de la vivienda familiar²³. De hecho, en la doctrina de las Audiencias hay casos, aunque excepcionales, en los que no se ha atribuido a los hijos y al cónyuge con el cual conviven la vivienda familiar, asignándose su uso al progenitor no custodio, por entenderse que, en el supuesto enjuiciado, no podía considerarse el interés de los hijos el más necesitado de protección. Así, por ejemplo, cuando el guardador dispone de vivienda adecuada, mientras que el propietario de la vivienda familiar carece de otra en que alojarse²⁴, cuando el esposo no guardador sufre una grave enfermedad²⁵, o cuando el cónyuge y los hijos que con él conviven han venido residiendo desde la ruptura en otra vivienda²⁶.

Sin embargo, tales resoluciones son minoritarias, y se enfrentan a la rigurosa postura que ha venido manteniendo el TS en torno a la interpretación de la regla primera del art. 96. Así, en la Sentencia de 30 de septiembre de 2011 (RJ 2011/7387), el Alto Tribunal rechazó la posibilidad –aceptada en la sentencia recurrida– de que los hijos menores y el cónyuge custodio habitaran en una vivienda de alquiler, de similares características que la vivienda familiar, a conveniencia de estos y costeadas por el padre (titular privativo de la vivienda familiar), afirmando que tal posibilidad alteraba “el sistema legalmente establecido en referencia al uso de la vivienda familiar, tal como aparece en el art. 96.1 C.c.”. Añadió que el citado precepto “no permite imponer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo”, y que la solución propuesta en la sentencia recurrida suponía “la vulneración de los derechos de los hijos menores”. Tales afirmaciones sólo se explican partiendo de una interpretación puramente literal del art. 96 porque, aun cuando se piense que la finalidad de dicho precepto no es sólo cubrir la necesidad de vivienda de los hijos, sino también mantenerlos en un entorno de vida similar al que tenían antes de la ruptura²⁷,

²² En este sentido MARTÍN MELÉNDEZ, ob. cit., pp. 152 y ss.; SALAZAR BORT, *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Navarra, 2001, pp. 90 y ss., 147-149; GONZÁLEZ POVEDA, “Vivienda familiar. Criterios para la atribución de su uso en los procesos matrimoniales”, AAVV, *Problemas candentes en los procesos de familia*, Madrid, 1995, pp. 163 y ss.; PINTO ANDRADE, “La atribución judicial de la vivienda familiar y su temporalización existiendo hijos menores de edad: actuales líneas jurisprudenciales y doctrinales”, AC, 2012, nº 21, p. 7; LUQUE JIMÉNEZ, ob. cit., p. 81.

²³ PINTO ANDRADE, “La atribución del uso” cit., pp. 64, 65; CUENA CASAS, ob. cit., pp. 382, 383.

²⁴ SAP Navarra 28 junio 2000 (AC 2000, 1677); SAP Navarra 5 mayo 1995 (AC 1995, 1067); SAP Barcelona, 24 marzo 2000 (JUR 2000, 183050).

²⁵ SAP las Palmas 1 julio 2003 (JUR 2004, 24306) SAP Badajoz, 30 abril 2003 (AC 2003, 602).

²⁶ SAP Cáceres, 24 febrero 2000 (JUR 2000, 109735) SAP La Coruña, 23 marzo 2000 (JUR 2000, 280768); SAP Barcelona, 20 octubre 2003 (JUR 2003, 259674); SAP León, 12 mayo 2006 (JUR 2006/187991).

²⁷ Un sector de la doctrina afirma de que la atribución de la vivienda familiar a los hijos y el cónyuge custodio se explica por la necesidad de dotar de estabilidad a los menores garantizándoles el entorno social y escolar que les permita preservar los vínculos establecidos con lugares y personas, SALAZAR BORT, *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: El interés protegido*, Valencia, 2000, pp. 48 y ss.; LUQUE JIMÉNEZ, ob. cit., p. 58.

no se ve qué perjuicio puede causarles el cambio de domicilio si la nueva vivienda se encuentra en el mismo entorno geográfico y tiene similares características a la anterior.

También se ha mostrado contrario el TS a la posibilidad, aceptada por algunas Audiencias provinciales, de limitar temporalmente el uso de la vivienda familiar como medio de preservar los derechos del progenitor no custodio²⁸. Así la Sentencia del TS de 14 de abril de 2011 (RJ 2011/3590), revocó la SAP Valladolid, que había atribuido el uso al menor y la madre titular de la custodia hasta que se llevara a cabo la liquidación de la sociedad conyugal afirmando que el art. 96,1 “no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo”, añadiendo que una interpretación correctora de la norma que permita la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual “implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores”²⁹. En sentido similar se manifiesta la Sentencia del TS de 21 de junio de 2011 (RJ 2011/7325), que revoca igualmente una sentencia de la AP de Las Palmas –que había atribuido el uso de la vivienda familiar a la recurrente y su hijo por el plazo de 3 años y mientras no se liquidara la sociedad de gananciales– declarando que la atribución del uso de la vivienda es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez. Tal doctrina ha sido reiterada en sentencias posteriores como la de 13 julio 2012 (RJ 2012/8358), o la de 17 de octubre de 2013 (RJ 2013/7255), y, como fácilmente puede colegirse, revela una postura proclive a interpretar el art. 96,1 de manera literal.

El Alto Tribunal sólo ha admitido la posibilidad de limitar temporalmente el uso de la vivienda atribuida al cónyuge custodio en dos casos concretos: a) en un supuesto en que los progenitores, por razones de trabajo (eran respectivamente, piloto y azafata), tenían cada uno su propia vivienda en distintas ciudades aunque habían fijado subsidiariamente un domicilio común en la vivienda litigiosa, supuesto en el cual se entendió que la misma no podía considerarse realmente como “vivienda familiar” (STS 19 noviembre 2013 –RJ 2013/7447–)³⁰ y b) en un supuesto en que el domicilio familiar estaba ubicado en una finca de 7 hectáreas, en la que existían numerosas instalaciones –restaurantes, cuadras de caballos, etc.– de forma que la prolongación del uso de tal vivienda imposibilitaba la liquidación de un importante patrimonio ganancial, siendo

²⁸ Adviértase que cuando no existen hijos, la atribución del uso de la vivienda al cónyuge más necesitado de protección ha de ser, conforme al art. 96,3, necesariamente temporal. La STS de 30 de marzo de 2012 (RJ 2012/4585) dice en este sentido que “la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular debe ser la excepción y, en el caso de que se atribuya, debe limitarse en el tiempo”.

²⁹ Tal doctrina había sido expresada previamente en la STS de 1 de abril de 2011 (RJ 2011/3139), si bien en una hipótesis en que la pareja en litigio no había contraído matrimonio y la vivienda les pertenecía en régimen de copropiedad ordinaria, lo que no impidió la aplicación del art. 96,1 porque, como se sabe, la jurisprudencia viene aplicando analógicamente dicho precepto a la disolución de las parejas de hecho cuando existen hijos comunes.

³⁰ Por tal motivo el TS, partiendo de que ninguno de los progenitores habitaba habitualmente en dicha vivienda, sostiene que “no es posible atribuir a la hija y al progenitor custodio en calidad de domicilio familiar un inmueble que no sirve a estos fines, más allá del tiempo que se necesita para liquidar la sociedad legal de gananciales”.

además propietarios ambos cónyuges de otra vivienda en la que podía habitar el menor (STS 17 junio 2013 –RJ 2013/4275–)³¹.

Fuera de estas hipótesis, muy específicas, las afirmaciones vertidas por el TS en las sentencias previamente enunciadas hacen difícil aceptar un amplio margen de apreciación judicial que permita a los tribunales apartarse, atendiendo a las circunstancias concretas, del criterio fijado en el art. 96,1 C.c., ya que las indicadas resoluciones presuponen una aplicación automática del citado precepto sin posibilidad de ponderar los intereses concurrentes³².

Pese a lo dicho, no puede desconocerse que otras decisiones del TS han venido a suavizar algunas de las inequitativas consecuencias que ha venido provocando el reiterado art. 96,1 C.c. De un lado, a raíz de la doctrina sentada en las Sentencias del TS de 29 de marzo de 2011 (RJ 2011/3021)³³, y 5 de noviembre de 2012 (RJ 2012/10135)³⁴ –que declaran la extinción del derecho de uso tras la adquisición por el beneficiario de una vivienda– cabe mantener que no procede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio si éste dispone de otro inmueble apto para cubrir las necesidades de alojamiento del menor, conclusión ésta que hasta la fecha no resultaba nada clara partiendo de una interpretación rigorista del art. 96,1³⁵ pero que puede sustentarse de acuerdo con dichas sentencias, en la doctrina del abuso del derecho (art. 7,1 C.c.).

³¹ Se dice, así, en esta sentencia, que el uso de la vivienda familiar: “no puede perjudicar por largo o indefinido lapso temporal los intereses, también legítimos, del progenitor no custodio, considerando además que el valor de la finca ha de permitir, mediante su enajenación futura y distribución del precio entre ambos litigantes, dotar al menor de otra vivienda de, al menos, el mismo nivel, aunque ello le prive de la utilización de las demás instalaciones y anejos que no son imprescindibles para cubrir sus necesidades de alojamiento”. Considera procedente, por tanto la limitación del uso a un periodo máximo de 3 años, habida cuenta, se dice en esta sentencia, que en esta hipótesis la limitación del uso no deja al hijo menor “en un escenario de absoluta incertidumbre sobre su alojamiento” ya que sus padres eran asimismo propietarios de otra vivienda.

³² Así lo indica UREÑA MARTÍNEZ, en relación con la primera sentencia citada (“Comentario a la STS 14 abril 2011” *CCJC* 2011, nº 97, pp. 1825, 1825).

³³ En esta sentencia el TS declara la extinción del derecho de uso atribuido en la sentencia de separación a la madre guardadora, porque ésta había comprado una vivienda en copropiedad con su nueva pareja a la que se habían trasladado madre e hijo. Ante la pretensión de la recurrente, de mantener el derecho de uso sobre la vivienda, pese a haberla abandonado, el TS afirma que “cuando el hijo no precisa la vivienda familiar por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios... no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar...” ya que ello “sería tanto como consagrar un auténtico abuso de derecho”.

³⁴ En este caso el marido solicitó, en la demanda de divorcio, que se extinguiera el uso de la vivienda familiar, de su exclusiva propiedad, que había sido atribuido a la madre custodia al haber adquirido ésta un piso en el que podía habitar con la hija menor. El TS afirma que la atribución del uso al menor y al progenitor “se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso de derecho”.

³⁵ De hecho, con posterioridad, la citada STS 17 junio 2013 (domicilio familiar ubicado en una finca de 7 hectáreas), recordando la doctrina sentada en estas sentencias, señala que el hecho de que el hijo tenga

De especial relevancia resulta, por otro lado, la Sentencia del TS de 5 de septiembre de 2011 (RJ 2011/5677), que sostiene que la protección que el art. 96.1 dispensa a los hijos no debe extenderse más allá de la mayoría de edad. Se trata ésta de una cuestión que había sido debatida en la doctrina, que discutía si, en caso de existir solo hijos mayores de edad a la extinción del vínculo, era aplicable la regla primera o la tercera del citado art. 96³⁶. Por otra parte, como ya se indicó³⁷, doctrina y tribunales han venido entendiendo que, en caso de alcanzar los hijos menores la mayoría de edad, no se extingue automáticamente el derecho de uso, ya que, si los hijos carecen de independencia económica y siguen siendo acreedores de alimentos, toda vez que éstos comprenden el alojamiento, debe prolongarse el derecho de uso. De ahí, como se ha dicho antes, que lo habitual hasta la fecha haya sido atribuir el derecho de uso al cónyuge custodio con carácter indefinido.

En el supuesto enjuiciado en la mencionada sentencia los hijos eran mayores de edad y decidieron vivir con el padre. En primera instancia se había atribuido el uso de la vivienda familiar a la mujer porque carecía de recursos económicos, formación profesional y experiencia laboral (art. 96,3). La Audiencia revocó la sentencia adjudicando el uso de la vivienda al marido, a cuyo cargo quedaban los hijos, por entender que, dado que éstos, aun siendo mayores de edad, no eran independientes económicamente, seguía siendo su interés el más necesitado de protección. El TS afirma, por el contrario, que no cabe extender la protección del art. 96.1 C.c. a los mayores de edad. La necesidad de habitación de los hijos mayores de edad debe ser satisfecha “a la luz de los arts. 142 y ss. C.c.” por lo que la mencionada sentencia concluye afirmando que ningún alimentista mayor de edad tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise (la habitación) mediante la atribución del uso de la vivienda familiar. Estima por consiguiente que en el caso de autos la cuestión debía resolverse aplicando el párrafo 3º del art. 96, que, a falta de hijos atribuye el uso al cónyuge cuyo interés es el más necesitado de protección (en este caso la mujer).

Con posterioridad, la Sentencia del TS de 30 de marzo de 2012³⁸ (RJ 2012/4584) toma como base la doctrina sentada en la resolución anteriormente expresada y sostiene, igualmente, que los hijos mayores de edad no están protegidos por el art. 93.1 C.c., señalando además que, conforme a lo dispuesto en los arts. 142 y ss. C.c., el alimentante que deba prestar alojamiento (en este caso a los hijos mayores) puede

ya satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios es uno de los factores que *eliminan el rigor en la aplicación del art. 96,1*.

³⁶ Para una exposición de las distintas posturas vid. MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., ob. cit., pp. 172 y ss.; En particular, para una crítica de la opinión que considera comprendidos a los hijos mayores en el art. 96,1, SALAZAR BORT, *la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Navarra, 2001, pp. 57 y ss.

³⁷ Vid. autores citados en nota 9.

³⁸ En el supuesto enjuiciado la sentencia de divorcio había atribuido la vivienda familiar –propiedad del marido– a la madre y a las hijas, pese a ser éstas mayores de edad, si bien por el plazo de 1 año desde la fecha de la sentencia. La Audiencia modificó este último extremo declarando que el derecho de uso podía subsistir hasta la independencia económica de las hijas. El TS revocó la sentencia de la Audiencia en el sentido que se indica en el texto.

efectuar la elección que le ofrece el art. 149 C.c. y proporcionar los alimentos “manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”. De ahí que no proceda interpretar que la necesidad de habitación de los hijos mayores de edad debe ser resuelta atribuyéndoles o manteniéndoles en el uso de la vivienda familiar.

Queda claro, a raíz de estas sentencias, que cuando los hijos son mayores de edad, no es de aplicación el art. 96,1 sino el art. 96,3 C.c. Además, con base en dichas sentencias puede afirmarse que la emancipación o mayoría de edad de los hijos, con independencia de que sigan siendo o no acreedores de la prestación de alimentos, determina la extinción del derecho de uso que se les haya podido asignar con base en el art. 96,1 C.c. Tal postura, conviene resaltarlo, ha sido ya recogida en algunas resoluciones de Audiencias Provinciales³⁹.

Las sentencias señaladas vienen a mitigar algunas de las negativas consecuencias del art. 96,3, pues:

a) De un lado, se permite excluir la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio cuando éste dispone de otra vivienda y,

b) de otro, se limita temporalmente el derecho de uso hasta la mayoría de edad de los hijos, evitando así que el perjuicio que sufre el otro cónyuge, especialmente cuando la vivienda es privativa suya, se prolongue por tiempo indeterminado⁴⁰.

Dichas decisiones no garantizan, sin embargo, que los tribunales resuelvan la cuestión siempre en el sentido expresado. Muestra de ello es la Sentencia del TS de 30 de mayo de 2012 (RJ 2012/6547) que, contradiciendo la postura mantenida en la citada sentencia de 29 de marzo de 2011 (RJ 2011/3021) –postura que fue reiterada, sin embargo, en la también citada de 5 de noviembre de 2012 (RJ 2012/10135)–, consideró

³⁹ La SAP Santa Cruz de Tenerife, de 18 de septiembre de 2013 (JUR 2013/349470), en aplicación de las sentencias mencionadas, declara extinguido el derecho de uso atribuido a la madre por haber alcanzado el hijo la mayoría de edad. La SAP Madrid de 8 de marzo de 2013 (JUR 2013/1223011) acepta la solicitud del apelante de revoca limitar el derecho de uso de la vivienda hasta que la hija alcanzara 21 años, en aplicación, igualmente, de la señalada doctrina del TS. Y con anterioridad, la SAP de Navarra de 22 de noviembre de 2012 (JUR 2013/300336) consideró procedente atribuir el derecho de uso sólo hasta la mayoría de edad de la hija menor.

⁴⁰ De este modo, al alcanzar los hijos la mayoría de edad, el titular de la vivienda privativa recuperará su posesión. Siendo la vivienda ganancial o común, podrá procederse al ejercicio de la acción de división, sin el obstáculo que supone la existencia del derecho de uso, o podrá solicitarse la asignación temporal al cónyuge que más lo necesite ex art. 96,3 C.c. En este sentido, la STS de 11 de noviembre de 2013 (RJ 2013/7262) que reitera lo establecido en la STS de 5 de septiembre de 2011, afirma, en relación con la vivienda ganancial, que “*adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el art. 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas*”.

improcedente la extinción del derecho de uso por el hecho de que el cónyuge custodio hubiese adquirido otra vivienda⁴¹ .

Tampoco resuelven todos los problemas a los que se aludió con anterioridad. En particular, y aun cuando deba entenderse que la regla establecida en el art. 96,1 se justifica por la necesidad de preservar el interés y bienestar de los menores de edad, no se ve por qué razón tal interés ha de satisfacerse a costa del sacrificio de sólo uno de los progenitores, particularmente gravoso cuando la vivienda tiene carácter privativo.

Es comprensible por ello que, desde la abogacía y la judicatura, se lleve tiempo reclamando la modificación del art. 96 C.c. a fin de permitir al Juez decidir sobre la asignación de la vivienda familiar en función de las circunstancias concretas, facultándosele para acordar, en su caso, la realización de la vivienda familiar común, siempre que quede garantizado el alojamiento de los hijos⁴².

En nuestra opinión, sin embargo, la solución a los problemas planteados no se obtiene simplemente otorgando un mayor margen de apreciación al Juez a la hora de decidir sobre el destino de la vivienda familiar. Lo fundamental es reconocer que tanto el uso exclusivo de una vivienda en copropiedad como el uso de una vivienda perteneciente a otra persona tienen un claro valor económico que no puede desconocerse bajo el pretexto de que el criterio rector en este ámbito es el interés del menor, tanto más cuando dicho uso beneficia no sólo a los menores sino también al otro cónyuge que, no se olvide, es el *titular* del citado derecho. Mediante el pago de una adecuada compensación al cónyuge desprovisto del uso se evitaría tanto el estado de asfixia económica en el que con frecuencia éste se ve inmerso, como el sentimiento de injusticia material que provocan ciertas situaciones, como la derivada de la convivencia en el domicilio familiar del beneficiado por el uso con su nueva pareja.

De este planteamiento parece hacerse eco el *Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio* que pretende dar nueva redacción al art. 96, tomando en consideración el valor económico del

⁴¹ En el supuesto enjuiciado en esta sentencia, el marido, en procedimiento de modificación de medidas, solicitó la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar (privativa suya) que había sido atribuido a la madre custodia en la sentencia de separación (1987) porque ésta había comprado una casa de su propiedad fuera de Madrid. Ante tal circunstancia, tanto el Juzgado como la Audiencia consideraron procedente la extinción. La recurrente alegó la infracción del art. 96 C.c., aduciendo que, si bien el hijo con el que convivía era mayor de edad, había sido incapacitado en 2010 a consecuencia de una enfermedad mental. El TS casa la sentencia recurrida declarando que no procede la extinción del derecho de uso, sobre la base de que “*los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto*” pero obviando, inexplicablemente, que el motivo por el cual se había declarado extinguido el derecho de uso no era la mayoría de edad del hijo, sino el hecho de que la madre era propietaria de otra vivienda. Aun cuando la afirmación señalada –equiparación de los incapacitados a los menores de edad a efectos del art. 96,1- es perfectamente lógica, en modo alguno justifica la diferencia de trato respecto de lo decidido en otras sentencias.

⁴² Sobre las Conclusiones del IV *Encuentro* de Jueces, Magistrados, Fiscales y Secretarios Judiciales con Abogados de Familia, celebrado en 2009, FERNÁNDEZ GIL, I., ob. cit., pp. 1408, 1409; SERRANO CASTRO, ob. cit., pp. 35, 36; PINTO ANDRADE “La atribución judicial...”, p. 8; GIL MEMBRADO, pp. 114, 115.

derecho de uso a efectos de cálculo de las pensiones alimenticias de los hijos y, en su caso, de la pensión compensatoria de la que pueda ser acreedora alguno de los cónyuges. Sin embargo, hemos de adelantar ya que la regulación propuesta no nos parece la más apropiada para resolver los intereses en conflicto. Veámoslo a continuación.

3. LA REGULACIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL EN CASO DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO.

El objetivo central del Anteproyecto es modificar la regulación de la guarda y custodia de los hijos en los supuestos de crisis matrimonial. En particular se pretende eliminar el carácter excepcional que tiene ahora, de acuerdo con el texto del art. 92,8 C.c.⁴³, la guarda compartida cuando no hay sobre ello acuerdo de los padres, para configurarla como una medida que puede adoptar el Juez si lo considera conveniente para el menor⁴⁴, introduciéndose a tal efecto un nuevo artículo (92 bis) en el C.c.⁴⁵ Pero se aprovecha también la oportunidad para modificar los arts. 91 y ss. del C.c., en lo

⁴³ Conviene advertir que la STS de 29 de abril de 2013, (RJ 2013/3269), ha venido a rechazar el carácter excepcional de la guarda compartida sentando como doctrina que “la redacción del art. 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”. Con posterioridad la STS de 25 de noviembre de 2013 (RJ 2013/7411), reitera lo establecido en dicha resolución y la STS de 29 noviembre de 2013 (RJ 2013/7449) se basa, igualmente, en dicha doctrina, para rechazar que el mero hecho de que los padres no tengan “buenas relaciones” impida la custodia compartida si no se perjudica el interés del menor.

⁴⁴ En la E.M. (V) se indica que se ha optado por no establecer la custodia compartida como la regla preferente o general, como sucede en algunas Comunidades Autónomas, permitiendo al Juez que decida en cada caso concreto en interés del menor. En Aragón (Código de Derecho Foral de Aragón de 2011) y en Valencia (y sin perjuicio de la posible inconstitucionalidad de la Ley 5/2011 de Relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven), se impone la guarda compartida como modalidad preferente. En otras CCAA, sin embargo (v. gr. Libro II, C.c. Cataluña; Ley Foral 3/2011 sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres de Navarra) se deja el establecimiento del régimen de custodia al buen criterio del Juez, previéndose una serie de criterios a tener en cuenta en la decisión. Sobre las distintas regulaciones autonómicas sobre esta cuestión puede verse el estudio de VIÑAS MAESTRE, “Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda”, *InDret*, 3/2012, pp. 7,8; 17 y ss.

⁴⁵ Según el apartado 1 de dicho precepto: “El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida. Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí”.

Este último inciso, que supone la posibilidad de que el Juez ordene la custodia compartida incluso cuando ninguno de los progenitores la haya solicitado ha suscitado, sin embargo, diversas críticas, entre ellas la del CGPJ, que ha aprobado un informe en que recomienda que se limite la custodia compartida a los casos en que lo pida uno de los progenitores. Puede consultarse información sobre el mismo en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/En_Portada/El_CGPJ_aprueba_el_informe_al_Ante_proyecto_de_Ley_de_corresponsabilidad_parental [consulta 27 abril 2014].

relativo a algunas medidas como el derecho de alimentos de los hijos, la pensión compensatoria o, por lo que aquí interesa, la atribución del uso de la vivienda familiar.

Así, el proyectado art. 96, tras indicar (en su nº 1) que las medidas que acuerde el Juez en defecto de pacto de los cónyuges, y conforme a lo decidido sobre la guarda y custodia de los hijos, deben garantizar “adecuadamente su derecho a una vivienda digna”, dispone lo siguiente:

“2. Cuando no se hubiera podido dar un destino definitivo a la vivienda familiar, enseres y ajuar existentes en el mismo, la atribución de su uso se hará por el Juez en función de lo que sea más conveniente para los intereses de los hijos. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

En todo caso, siempre que no fuera atribuido su uso por periodos alternos a ambos progenitores, y fuera compatible con los intereses de los hijos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el régimen de guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores o si los cónyuges no tuvieran hijos o éstos fueran mayores de edad”.

Excepcionalmente, aunque existieran 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 y custodia tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.

3. En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos y ésta fuera privativa del otro progenitor o común de ambos, lo será hasta que tenga la obligación de prestarles alimentos o se liquide la vivienda. 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. De continuar teniendo dificultades para encontrar vivienda, o en el supuesto de no haber podido realizar su liquidación en este tiempo, con carácter excepcional, podrá solicitarse, con tres meses de antelación, una prórroga por un año, debiendo tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.

4. 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 [...]”⁴⁶.

⁴⁶ El artículo enunciado continúa regulando otras cuestiones tales como la contribución de los cónyuges al pago del préstamo hipotecario que grave la vivienda familiar, cuestión que se resuelve indicando, como ha establecido recientemente el TS, que será de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución (art. 96,5). Se mantiene la regla según la cual para disponer de la vivienda es preciso el consentimiento de ambos cónyuges (art. 96,6). Respecto del supuesto en que la vivienda familiar se ostenta en precario, se establece, de acuerdo también con la doctrina jurisprudencial, que “los efectos

A) El destino de la vivienda familiar:

Sobre esta cuestión, del texto transcrito, cuya redacción resulta un tanto farragosa, cabe deducir:

a) Las reglas de atribución del uso de la vivienda contenidas en el proyectado precepto se aplican cuando “no se hubiera podido dar un destino definitivo a la vivienda familiar”. La frase transcrita, considerablemente críptica, parece estar refiriéndose a los supuestos en que la vivienda es común o ganancial, en cuyo caso parece presuponerse que lo procedente sería poner fin a esa situación mediante la adjudicación de la vivienda a alguno de los cónyuges o su enajenación a un tercero, de modo que la atribución del uso de acuerdo con lo establecido en el art. 96 se haría sólo en aquellos casos en que la extinción no haya sido posible. Así se desprende de la Exposición de Motivos del Anteproyecto⁴⁷. Sin embargo, lo más habitual será precisamente, esta última situación, pues no parece probable que antes de incoar el procedimiento de separación, nulidad o divorcio las partes hayan extinguido el régimen de copropiedad o liquidado la sociedad de gananciales. De hecho lo normal será que esto tenga lugar una vez dictada la sentencia de separación o disolución del matrimonio⁴⁸.

b) Centrándonos ya en las reglas de atribución del uso de la vivienda, en el supuesto en que se establezca un régimen de custodia compartida, así como en el supuesto en que los cónyuges no tienen hijos o éstos son ya mayores de edad, la vivienda se atribuirá al “progenitor” que tenga objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si bien se admite, también, la posibilidad de atribuir el uso a los cónyuges por periodos alternos.

de la atribución judicial de su uso acabarán cuando éste –el tercero- reclame su restitución” (art. 96,7). El art. 96,8 dispone, por último, que el derecho de uso “se podrá inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad”.

⁴⁷ En la EM (apartado VI segundo párrafo) se dice que “No obstante, si bien en el art. 96 se tiende a que a la vivienda familiar, desde el inicio, se le dé un destino definitivo, se regulan las reglas que deben regir para la atribución de su uso, para el supuesto de que ello no se lograse”.

⁴⁸ Al respecto interesa señalar que el Anteproyecto modifica la redacción de los arts. 807 a 811 de la LEC con el fin de facilitar la liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 8 a 11 del Anteproyecto). Se exige así que en la demanda de nulidad, separación o divorcio se solicite la formación de inventario y se aporte una propuesta de liquidación del régimen económico matrimonial, debiendo el Secretario, en la resolución en que admita la demanda, ordenar la apertura de una pieza separada para la formación del inventario y la liquidación del régimen económico. Una vez dictada la sentencia de separación, nulidad o divorcio ha de llevarse a cabo la liquidación. Si en esa fase no se logra acuerdo entre los cónyuges el juzgado deberá nombrar a perito o contador continuándose la tramitación con arreglo a los arts. 785 y ss. LEC.

También modifica el Anteproyecto el art. 95 C.c. (art. 7 Anteproyecto), cuyo nuevo texto dispone que “a falta de acuerdo en la liquidación del régimen económico... se deberá solicitar la formación de inventario de la masa común de bienes... pudiendo acumular, en su caso, la acción de división de cosa común respecto a los bienes que tengan los cónyuges en comunidad ordinaria indivisa”.

c) Cuando existan hijos menores o incapacitados⁴⁹ el uso de la vivienda deberá atribuirse al cónyuge guardador, a menos que éste tenga medios suficientes para disponer de otro alojamiento y el no custodio tenga más necesidad. Aunque el texto transcrito comienza diciendo que la atribución del uso de la vivienda “se hará por el Juez en función de lo que sea más conveniente para los intereses de los hijos”, lo cierto es que el apartado tercero, en relación con el supuesto de guarda exclusiva, permite atribuir el uso de la vivienda al cónyuge no custodio sólo “excepcionalmente”, cuando se dan las circunstancias indicadas en el texto. La facultad decisoria del juez a la hora de decidir sobre el destino de la vivienda familiar queda, por tanto, considerablemente limitada.

Los criterios de atribución de la vivienda familiar propuestos en este precepto son, en realidad, similares a los actuales. Si bien se deja claro que en el supuesto en que los hijos son mayores de edad la vivienda familiar se atribuye al cónyuge más necesitado⁵⁰, en caso de hijos menores, y no existiendo custodia compartida, se mantiene la regla de atribución del derecho de uso al progenitor custodio, sin diferenciar según que la vivienda sea privativa o ganancial.

Se contempla, no obstante, expresamente, la posibilidad de atribuir la vivienda al cónyuge no custodio si el guardador puede costearse otra vivienda y aquél, sin embargo, tiene más necesidad. Tal previsión, que aparece contemplada art. 233.20 del C.c. catalán –en cuya regulación parecen haberse inspirado, al menos parcialmente, los redactores del anteproyecto⁵¹–, constituye una novedad, pero nos parece demasiado estrecha. La regla presupone la situación de necesidad del cónyuge no custodio y mayor disponibilidad de medios en el guardador, por lo que no sería aplicable en el

⁴⁹ Adviértase que el texto transcrito utiliza el término “capacidad judicialmente completada”. La terminología probablemente responde a la tendencia que considera peyorativo el término “incapacitación” y que, conforme a las reclamaciones de las organizaciones de defensa de las personas con discapacidad, considera necesaria su modificación. Cabe dudar, sin embargo, que la expresión “capacidad judicialmente completada” tenga menos connotaciones negativas que la de “incapacitación”. En mi opinión da a entender una preexistente carencia o insuficiencia de capacidad, que debe ser llenada o completada por mecanismos externos a la persona con discapacidad. Preferible sería, en todo caso, hablar de “modificación judicial de la capacidad”.

⁵⁰ Recuérdese que la doctrina ha venido discutiendo si en el caso de hijos mayores de edad es de aplicación la regla primera del art. 96 C.c. o la regla tercera.

⁵¹ El contenido del art. 233,20 C.c. catalán es similar al del texto que analizamos, si bien mucho más claro que este último. El precepto catalán dispone que, a falta de acuerdo, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar “preferentemente” al cónyuge guardador, si bien excepcionalmente podrá atribuirse al otro cónyuge “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”. En el supuesto de guarda compartida, si los cónyuges no tienen hijos, éstos son mayores de edad, o es previsible que la necesidad de un cónyuge se prolongue tras la mayoría de edad de los hijos, el juez debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado (art. 233-20, nº 2, 3 y 4) En estas últimas hipótesis la atribución “debe hacerse con carácter temporal” aunque es susceptible de prórroga. (art. 233-20, nº 5) En el supuesto en que se atribuye la vivienda a un cónyuge por ostentar la custodia de los hijos comunes se hará “mientras dure ésta” (arts. 233.20, nº 2). El art. 233.24, nº 1, dispone además, expresamente, que el derecho de uso se extingue por la finalización de la guarda.

supuesto en que, con independencia de la situación económica del cónyuge no custodio, el otro tiene su propia vivienda, apta para cubrir las necesidades de alojamiento de los hijos, en cuyo caso, según la doctrina sentada recientemente por el TS⁵², el cónyuge guardador no tendría derecho a la asignación del uso⁵³.

En cuanto a la hipótesis de custodia compartida, aunque se admite la posibilidad de atribuir el uso por periodos alternos a ambos progenitores, se prevé la asignación de la vivienda familiar al progenitor que tenga más dificultades de acceso a ella⁵⁴. La regla no difiere mucho de la propugnada por la doctrina. La atribución del uso alternativo de la vivienda a los progenitores se ha planteado habitualmente como una posible solución en los casos de custodia compartida, pero es mayoritariamente rechazada dados los problemas que conlleva⁵⁵. De ahí que la doctrina se haya inclinado por atender a las necesidades de los cónyuges para decidir sobre la atribución de la vivienda⁵⁶, si bien se observa que cuando la vivienda familiar es privativa, la solución más idónea es que conserve su uso el propietario de ella⁵⁷.

Por último en el supuesto de inexistencia de hijos (así como cuando los hijos son mayores de edad) el criterio para la asignación de la vivienda es, como ahora, el del

⁵² Ya se dijo que, de acuerdo con las STS de 29 de marzo de 2011 y 5 de noviembre de 2012, cabe entender que el derecho de uso no ha de atribuirse al cónyuge custodio si éste dispone de otra vivienda. En aplicación de dicha doctrina la STS de 3 diciembre 2013 (RJ 2013/7834), ha llegado, incluso, a excluir la atribución del uso al cónyuge al que se otorga la custodia en un procedimiento de modificación de medidas porque éste, que venía ya habitando en una casa de alquiler, tenía medios suficientes para costeársela.

⁵³ Esta situación se prevé, en cambio, en el art. 233-21,1 C.c. catalán que permite excluir la atribución del uso de la vivienda familiar “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”.

La ley valenciana (Ley 5/2011 de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven), dispone en su art. 6,2 que no se atribuirá el uso de la vivienda al progenitor “que fuera titular de derechos sobre una vivienda que le facultan para ocuparla como tal residencia familiar”.

⁵⁴ Este es también el criterio utilizado en el art. 81.1 CDFA; El art. 233.20, nº 3 C.c. catalán, se refiere sólo al “cónyuge más necesitado”. El art. 6.1 de la Ley valenciana dispone que se atribuirá en función de los más conveniente para los menores y, si fuese compatible con ello, “al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda”.

⁵⁵ Al margen del coste económico que supone esta opción, que obliga a mantener 3 hogares, tanto la doctrina como los tribunales consideran que el uso compartido de la vivienda familiar por parte de los progenitores que la ocupan en periodos de tiempo alternativos es una fuente de conflictos y tensiones familiares, derivados, entre otras circunstancias, de posibles discusiones en torno a los gastos generados por la posesión de la vivienda. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, “La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el Derecho de cosas”, RCDI, nº 736, p. 1144; CUENA CASAS, ob. cit., p. 389, 393; DÍAZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 1007; GIL MEMBRADO, ob. cit., pp. 152, 153.

⁵⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 1007; LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, ob. cit., p. 283, observa que, dado que al encontrarse los hijos bajo la custodia conjunta de ambos progenitores estos son, en principio de igual condición, la situación ha de resolverse atendiendo a las circunstancias y necesidades de éstos, para determinar cuál es el interés más necesitado de protección.

⁵⁷ LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, ob. cit., p. 293.

cónyuge más necesitado de protección, aunque se admite también la posibilidad de atribuir su uso por periodos alternativos⁵⁸.

La regulación propuesta, como puede verse, no supone gran avance respecto de la actual pues se mantienen las mismas o similares soluciones en cuanto al destino de la vivienda familiar y, frente a lo que sería deseable para evitar situaciones poco equitativas, no aumenta en gran medida el margen de apreciación judicial. Pero además en ciertos aspectos viene a incluso a empeorar la situación. Así ocurre, en particular, en lo relativo a la duración del derecho de uso cuando se atribuye a un cónyuge por ostentar la custodia de los hijos comunes, siendo la vivienda privativa del otro.

B) La duración del derecho de uso.

Según el art. 96,3, en los casos de asignación del uso al progenitor custodio dicho derecho subsiste “hasta que se tenga obligación de prestar alimentos a los hijos o se liquide la vivienda”⁵⁹. “En los demás supuestos” (es decir, en los casos de custodia compartida, inexistencia de hijos o hijos mayores de edad, en los que, según el segundo inciso del art. 96,2, la vivienda se atribuye al cónyuge que tenga “objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda”) el derecho de uso se asigna con carácter temporal “por un tiempo máximo de dos años”, aunque se admite la posibilidad de solicitar la prórroga de manera excepcional.

En lo que respecta al supuesto de custodia exclusiva, del inciso del art. 96,3 transcrito cabe inferir que, en los casos de vivienda común, el eventual derecho de uso queda extinguido por el ejercicio de la acción de división, contrariamente a lo que se entiende actualmente⁶⁰. Parece acogerse así la propuesta incluida en las Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados y Abogados de Familia, a la que se hizo referencia, en la que se sugería que la venta o adjudicación del inmueble sede de la vivienda familiar debía extinguir el derecho de uso constituido judicialmente⁶¹.

⁵⁸ El art. 96,2, inciso segundo, comienza diciendo: “En todo caso, siempre que no fuera atribuido su uso por periodos alternos a ambos progenitores... se atribuirá.... si el régimen de guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores o si los cónyuges no tuvieran hijos o éstos fueran mayores de edad”.

⁵⁹ “En los demás supuestos” -es decir, en los casos (custodia compartida, inexistencia de hijos o hijos mayores de edad) en que se atribuye el uso al progenitor con más dificultades de acceso a la vivienda- el derecho de uso se prolongará por un tiempo máximo de dos años “mientras se procede a la liquidación del inmueble en los términos indicados”, si bien cabe la prórroga con carácter excepcional si no ha podido liquidarse el bien en ese término.

⁶⁰ Si el uso no perdura tras la liquidación de la vivienda hay que entender que dicho derecho no será oponible al eventual adquirente de la misma, incluso aunque esté inscrito en el Registro de la Propiedad, inscripción que prevé, expresamente, el número 8 del proyectado precepto (“el derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge se podrá inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad”).

⁶¹ Vid. nota 42. En estas conclusiones se sugería, igualmente, que debía facultarse al Juez para realizar la vivienda de titularidad común de los progenitores, siempre que quedara salvaguardado el derecho a la

Cuando la vivienda es ganancial, la “liquidación” de la misma será consecuencia de la liquidación de la sociedad conyugal –la cual, de acuerdo con lo establecido en el Anteproyecto, debe practicarse una vez declarada la separación o disolución del matrimonio⁶²–. La liquidación de la sociedad de gananciales puede llevar, bien a la adjudicación de la vivienda a alguno de los cónyuges, bien a la adjudicación a ambos en régimen de copropiedad. En tal caso, de acuerdo con lo establecido en el citado inciso del art. 96,3, el posible derecho de uso atribuido al cónyuge custodio parece que quedará extinguido por la venta del inmueble.

Sin embargo, en los casos en que no es posible ejercer la acción de división, como sucede cuando la vivienda es privativa de un cónyuge (o, en el supuesto en que, tras la liquidación de gananciales, la vivienda familiar se adjudique al cónyuge no custodio –situación que como es lógico éste tratará de evitar–) el derecho subsiste hasta la independencia económica de los hijos. La norma proyectada se aparta así del criterio seguido en el C.c. catalán (art. 233-21,1) que contempla la “finalización de la guarda” como causa de extinción del derecho de uso. Pero lo más llamativo es que supone hacer de peor condición al propietario exclusivo de la vivienda familiar que al copropietario, lo que resulta de todo punto ilógico y constituye un agravio comparativo sin ninguna justificación. Además, como advierte el Informe sobre el Anteproyecto realizado por la Asociación Española de Abogados de Familia⁶³, supone un claro retroceso con respecto a la actual doctrina jurisprudencial en cuya virtud, como antes se indicó, cabe considerar extinguido el derecho de uso cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad.

C) Valoración del derecho de uso:

Por lo que respecta a la cuestión del valor económico del derecho de uso, la propuesta comentada pretende solucionarlo teniendo en cuenta la atribución del citado derecho “al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge”. Esta es la opción por la que se ha decantado el C.c. catalán, cuyo art. 233.21.7, dispone que la atribución del uso “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”. En el Código de Derecho Foral de Aragón⁶⁴ se tiene en cuenta la atribución del uso de la

vivienda de los hijos, indicándose, asimismo, que el art. 96 C.c. debe ser interpretado, en tanto no sea objeto de reforma, de forma que la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario.

⁶² Vid. lo indicado en la nota 48. En el Anteproyecto el art. 810 LEC queda redactado como sigue: “Declarada la disolución del régimen económico matrimonial por sentencia de nulidad, separación o divorcio, firme ésta y concluido el inventario, el Secretario judicial dará traslado al actor para que, en el plazo de 10 días, presente una nueva propuesta de liquidación o complemente la inicial”.

⁶³ Puede consultarse el contenido de este informe, así como las críticas realizadas al art. 96 (vid. pp. 12 y 13 del mismo) en: http://www.lexfamily.es/revista_portada.php?codigo=1178 http://www.lexfamily.es/revista_portada.php?codigo=1178 [Consulta 28 abril 2014].

⁶⁴ Recordemos que en el CDFA se prevé la custodia compartida como el régimen preferente (art. 80,2), atribuyéndose el uso de la vivienda al progenitor que, “por razones objetivas, tenga más dificultad de acceso a una vivienda” (art. 81,1). En caso de custodia individual el uso se atribuye al que obtenga la

vivienda familiar en el cálculo de la cuantía de la “asignación compensatoria” (art. 83,2), pero no se toma en consideración en relación con los “gastos de asistencia a los hijos” (art. 82).

Esta última postura es la que se mantiene en el Derecho italiano. La atribución del uso de la vivienda familiar está actualmente regulada en el art. 155,4 C.c. –introducido por la Ley 54/06⁶⁵– en cuya virtud el goce de la vivienda familiar (sea común o privativa) ha de ser atribuido “teniendo prioritariamente en cuenta los intereses de los hijos”, lo que suele llevar en la práctica a otorgar el uso de la vivienda al cónyuge custodio⁶⁶. No obstante, el precepto añade que en dicha atribución “el juez debe tener en cuenta la regulación de las relaciones económicas entre los padres, considerando el eventual título de propiedad”. Mediante esta regla el legislador se ha hecho eco de la postura jurisprudencial que, en relación con el antiguo art. 6,6 de la Ley del divorcio, mantenía que el beneficio económico que derivaba de la asignación de la casa familiar debía ser considerado a los fines de cuantificación del “*assegno*” de divorcio⁶⁷ –similar a la pensión compensatoria⁶⁸–, dado el indudable beneficio económico que obtiene, como consecuencia del uso de la vivienda familiar, el destinatario del uso⁶⁹.

La solución que ofrece el artículo del Anteproyecto comentado a efectos de valoración económica del derecho de uso coincide, pues, total o parcialmente, con la adoptada en otras leyes. También ha sido postulada por la doctrina española que, partiendo de la postura que considera la cesión del uso de la vivienda como una forma de cumplir la obligación de alimentos que pesa sobre los padres⁷⁰, ha sugerido la posibilidad de

custodia “salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor” (art. 81,2). En ambos casos debe atribuirse el uso de la vivienda con carácter temporal (art. 81,3).

⁶⁵ Este precepto ha venido a desplazar al antiguo art. 6,6 de la Ley del divorcio que disponía que la “habitación” de la casa familiar debía atribuirse con preferencia al progenitor que tuviese la custodia o con el que conviviesen los hijos mayores de edad, si bien se decía que “en todo caso” el juez debía valorar las condiciones económicas de los cónyuges y la razón de la decisión, y favorecer al cónyuge más débil.

⁶⁶ SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, Milano, 2008, p. 687.

⁶⁷ SESTA, *Manuale di Diritto di Famiglia*, Padova, 2009, 3ª ed., p. 181.

⁶⁸ En el Derecho italiano, el art. 5,6 de la Ley de divorcio de 1970 (modificado por la Ley 74/1987) otorga derecho al “*assegno*” al cónyuge que no tiene medios adecuados o no puede procurárselos por razones objetivas y establece una serie de criterios a tener en cuenta para determinar la cuantía de aquél. Aunque esta cuestión excede del objeto de este trabajo ha de advertirse que la naturaleza jurídica del “*assegno*” (asistencial, compensatoria..) es debatida por la doctrina. Entre otros, vid., SESTA, ob. cit., p. 156, 157; PINI, en AAVV, *Il mantenimento per il coniuge e per i figli nella separazione en el divorzio*, Cedam, 2009, pp. 94, 95.

⁶⁹ En este sentido, PINI, p. 145.

⁷⁰ Así lo ha venido manteniendo, desde la reforma de 1981, ROCA TRÍAS. Puede verse, en un principio “De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, arts. 90-101”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, 1984, pp. 608, 612 y recientemente, “Comentario al art. 96 C.c.”, en *Código civil comentado*, dir. por Cañizares Laso y otros, vol. I, Navarra, 2011, p. 521. En similar sentido DÍAZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 1001

tenerla en cuenta en el cálculo de los alimentos debidos a los hijos⁷¹. E igualmente se ha abogado por la toma en consideración del beneficio económico que supone el uso de la vivienda para el cónyuge beneficiario a efectos de cálculo de la eventual pensión compensatoria que pueda corresponderle⁷². Sin embargo tal solución conlleva, en nuestra opinión, inconvenientes que podrían evitarse recurriendo a otras alternativas y a los que se aludirá a continuación.

4. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA REFORMA PROYECTADA Y PROPUESTAS ALTERNATIVAS

Recapitulando lo indicado en el apartado anterior puede decirse que el texto propuesto, criticable por su confusa redacción, no aumenta en gran medida el grado de apreciación judicial a la hora de decidir sobre la asignación de la vivienda en los casos de custodia exclusiva; desconoce la doctrina sentada por el TS en lo relativo a la no prolongación del derecho de uso en favor de los hijos mayores de edad, y, además, no diferencia según que la vivienda sea de carácter privativo o común, haciendo, incluso, al titular de una vivienda privativa de peor condición que al copropietario de la misma, pues este último, de acuerdo con lo explicado, parece que puede conseguir la extinción del derecho de uso ejercitando la acción de división.

En nuestra opinión, en los casos de custodia exclusiva de un cónyuge la regla de atribución del uso de la vivienda debería ser más flexible, otorgando al juez un mayor margen de apreciación que le permita tomar en consideración el conjunto de los intereses concurrentes. Además –y esto es aplicable tanto en el supuesto de custodia exclusiva como compartida y también cuando no hay hijos menores– pensamos que sería preferible compensar el perjuicio patrimonial que sufre el cónyuge privado del uso imponiendo al beneficiario del mismo la obligación de pagar una compensación económica directa, solución ésta, como se verá, adoptada en otros ordenamientos como el francés o el alemán y, dentro del territorio español, en la ley valenciana (Ley 5/2011 de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven).

4.1. *La atribución del uso al cónyuge custodio y su posible justificación.*

Una interrogante habitual, en relación con la atribución del uso de la vivienda al cónyuge que ostenta la custodia de los hijos, es la relativa al fundamento de una medida que supone privar al titular o cotitular de una vivienda de las facultades inherentes a la propiedad. Como ya se ha indicado, un destacado sector de la doctrina ha mantenido que la cesión del uso de la vivienda es una forma de cumplir la obligación

⁷¹ BENAVENTE MOREDA, “problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar por sentencia de separación, nulidad o divorcio al cónyuge no titular del derecho arrendaticio sobre la misma, *ADC*, 1988,II, pp. 891, 892; CERVILLA GARZÓN, pp. 163-165; CUENA CASAS, p. 384, 410, 411; GIL MEMBRADO, ob. cit., pp. 144, 145. Implícitamente mantiene esta postura MARTÍN MELÉNDEZ, p.412, 413, quien, en relación con la valoración de la vivienda familiar en la liquidación de la sociedad, da por supuesto que se ha tenido en cuenta el derecho de uso sobre la misma en el cálculo de los alimentos.

⁷² BENAVENTE MOREDA, ob. cit., pp. 893, 894; CERVILLA GARZÓN, ob. cit., pp. 165, 166; DÍAZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 1006; CUENA CASAS, ob. cit., p. 411. También lo apuntaba así ROCA TRÍAS, “De los efectos comunes...”, p. 626.

de alimentos que pesa sobre los padres (art. 154,1; arts. 142 y ss. C.c.) Esta postura, consagrada recientemente por el TS⁷³, resulta totalmente lógica toda vez que conforme al art. 142 C.c. la obligación de alimentos comprende la necesidad de alojamiento. Tiene además la ventaja de que permite disminuir la pensión de alimentos debida a los hijos por el cónyuge no custodio, atendiendo al hecho de que éste cubra total o parcialmente, según que la vivienda familiar sea privativa o común, dicha necesidad. Este es el planteamiento que se acoge en el Anteproyecto analizado y, como ya se ha dicho, en alguna ley autonómica.

Ahora bien, si se presupone que la vivienda familiar se atribuye a los hijos menores en cumplimiento de la obligación de prestarles alojamiento –integrada a su vez en la genérica de alimentos– no debiera haber ningún obstáculo para adjudicar a los hijos otras viviendas distintas de la familiar o satisfacer su necesidad de alojamiento facilitándoles un inmueble de alquiler de similares características a aquél en que venían residiendo⁷⁴. Es decir, no se ve porqué, si lo que se pretende es cubrir la necesidad de vivienda de los hijos, ha de atribuirse necesariamente al cónyuge custodio⁷⁵ la vivienda familiar, incluso aunque la misma sea privativa de uno de los cónyuges. El Anteproyecto comentado presupone que ésta ha de ser la regla en todo supuesto de custodia exclusiva, admitiendo que el juez pueda decidir de otro modo sólo en el caso expresamente previsto en el inciso tercero del art. 96,3 (cónyuge no custodio más necesitado, teniendo el guardador medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda). De ahí que debamos preguntarnos si existe alguna otra explicación que justifique que el uso de la vivienda familiar deba asignarse como regla general al cónyuge guardador y con independencia de a quién pertenezca la propiedad.

Se ha observado que el fundamento de dicha regla reside en la necesidad de preservar el interés de los menores en seguir desarrollando su vida en el entorno habitual a fin de minimizar los cambios derivados de la separación o divorcio⁷⁶. Pero a ello cabe objetar,

⁷³ La STS 30-9-2011 (RJ 2011/7387), afirma, en este sentido que “el principio protegido en esta disposición (art. 96 C.c.) es el interés del menor, *que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación* (art. 142 c.c.)”. Consideran también, implícitamente, el uso de la vivienda como parte de la obligación de alimentos, las SSTs 5-9-2011 (RJ 2011/5677) y 5-11-2012. (RJ 2012/10135).

⁷⁴ En este sentido SALAZAR BORT, *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Navarra, 2001, p. 76. Recordemos que la mencionada hipótesis se planteó en el caso enjuiciado por la STS de 30 de septiembre de 2011, aunque fue resuelta en sentido negativo por el Alto Tribunal.

⁷⁵ Recordemos que el proyectado art. 96 sólo permite excluir la atribución del uso al cónyuge custodio cuando éste puede disponer de otra vivienda y el no custodio está más necesitado.

⁷⁶ Así lo mantienen algunos autores. SALAZAR BORT, *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: El interés protegido*, Valencia, pp. 48 y ss.; LUQUE JIMÉNEZ, ob. cit., p. 58. También se hace eco de esta idea, en relación con la regulación contenida en el C.c. catalán, BERROCAL LANZAROT, “El uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial. Implicaciones sustantivas y registrales”, en *El nuevo Derecho de la persona y de la Familia*, Barcelona, 2011, p. 483.

en primer lugar, que no siempre puede apreciarse tal interés⁷⁷ (v. gr. si los menores son de corta edad y no han podido crearse un círculo social consistente; o si los menores han sufrido en dicha vivienda episodios de violencia familiar⁷⁸), y en segundo lugar, que para mantener al menor en el mismo entorno escolar o social no es indispensable atribuir al cónyuge custodio la vivienda familiar ya que bastaría con facilitarles una vivienda de similares características en el mismo barrio o ciudad⁷⁹. Piénsese que en el procedimiento consensual los padres pueden decidir sobre el destino de la vivienda como les parezca conveniente, modificando, si lo consideran oportuno, el domicilio de los menores e incluso trasladándose a otra ciudad, y ello no se considera perjudicial⁸⁰. Y piénsese que, si se establece un sistema de custodia compartida, salvo que se atribuya el uso alternativo de la vivienda a los progenitores –lo que, como ya ha dicho, se considera una fuente de conflictos– los menores van a tener que modificar periódicamente su domicilio. De hecho, el TS, en la Sentencia de 11 de marzo de 2010 (RJ 2010/2340), consideró que uno de los argumentos utilizado por la sentencia recurrida para denegar la custodia compartida, consistente en que el frecuente cambio de domicilio provocaría la “deslocalización” de los menores, no era de recibo y no podía utilizarse para desestimar tal régimen de custodia.

Por consiguiente, si el pretendido interés de los menores en seguir residiendo en su vivienda habitual ni existe siempre, ni siempre es protegido por la ley, difícilmente puede considerarse suficientemente relevante como para justificar que el uso de la vivienda familiar –sea ésta común o privativa– deba atribuirse como regla general al cónyuge que obtiene la custodia.

Téngase en cuenta, por otra parte, que hay supuestos, resueltos recientemente por el TS, en los que se pone de manifiesto que en ciertas circunstancias no puede hacerse permanecer a los menores en el domicilio familiar porque de ser así se provocarían consecuencias gravemente inequitativas. Muestra de ello es la citada STS de 17 de junio de 2013 –RJ 2013/4275–, en la que se limitó el uso del inmueble que había constituido la vivienda familiar a 3 años, porque de otro modo se imposibilitaría la liquidación del patrimonio ganancial y el hijo podía residir, igualmente, en otra vivienda propiedad de los padres. Y también son ejemplos de esa situación las sentencias que declaran la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar cuando el progenitor custodio adquiere otra vivienda (v. gr. STS 29 de marzo de 2011 –RJ 2011/3021–), incluso aunque ésta sea de menor tamaño que la preexistente (STS 5 de noviembre 2012 –RJ 2012/1035–).

⁷⁷ En este sentido, SALAZAR BORT, *La atribución del uso de la vivienda familiar...*, cit., p. 93, quien pone ejemplos como el de hallarse internados los menores por razones de estudios o el de convivencia habitual con los abuelos.

⁷⁸ En tal hipótesis, como indica BERROCAL LANZAROT, ob. cit., p. 485 cabe pensar incluso que continuar en la misma vivienda puede resultarles perjudicial.

⁷⁹ SERRANO CASTRO, ob. cit. p. 37; LÓPEZ BREA, ob. cit., p. 269.

⁸⁰ Como observa SERRANO CASTRO, ob. cit., p. 39 “lo que se considera beneficioso para los hijos en los procesos consensuales no puede estimarse perjudicial por el sólo hecho de plantearse en un proceso contencioso”.

Lo dicho creemos que pone de relieve que lo que ha de garantizar la regulación del destino de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial es que los hijos menores cuenten con un adecuado alojamiento, pero no necesariamente que continúen residiendo en la vivienda que hasta ese momento constituía el hogar de la familia. En otros términos, el interés “superior” del menor (art. 2 LOPJM), que debe protegerse en todo caso, es el consistente en proporcionarles una vivienda apropiada a sus necesidades, pero ésta no tiene por qué coincidir necesariamente con la vivienda familiar.

Partiendo de este punto de vista, pensamos que el juez debería tener un mayor margen de apreciación para decidir en cada caso acerca del destino de la vivienda familiar y que no debería darse idéntico tratamiento a la vivienda común a ambos cónyuges (ganancial o en régimen de copropiedad) que a la de titularidad exclusiva de uno de ellos.

Cuando la vivienda es común, y salvo que se opte por la extinción de la situación de comunidad, hay que partir de que el uso puede corresponder a cualquiera de los copartícipes. Por ello, a falta de acuerdo entre las partes, es lógico decantarse por atribuir el uso, como regla, a aquél cuyo interés satisface al mismo tiempo la necesidad de alojamiento de los hijos comunes y además les permite continuar residiendo en el mismo entorno.

Cuando la vivienda es privativa, en cambio, no vemos por qué razón la misma ha de atribuirse como regla general a al cónyuge en cuya compañía quedan los hijos ya que, si la necesidad de alojamiento de éstos puede satisfacerse adecuadamente por otra vía – por ej., mediante el alquiler de otra vivienda de similares características que permita a los menores continuar escolarizados en el mismo centro– no hay porqué privar al propietario de su posesión, especialmente si ello puede provocarle graves inconvenientes (v. gr. vivienda adaptada a su discapacidad; próxima a su centro de trabajo...).

En este sentido, en el Derecho alemán, por ejemplo, existen ciertas diferencias en cuanto a los criterios de atribución de la vivienda familiar según que sea privativa o común. El § 1568 a BGB⁸¹ regula el destino de dicho inmueble tras la crisis matrimonial cuando no existe acuerdo de las partes. Según este precepto, si la vivienda es común a ambos cónyuges, uno de ellos puede exigir del otro que le ceda (“überlässt”)⁸² la misma si resulta considerablemente más necesario para él, teniendo en cuenta el bienestar (“Wohl”) de los hijos y la anterior forma de vida de la pareja; también puede solicitarla

⁸¹ Este precepto fue incorporado por la Ley 1-9-2009. Recoge la regulación anterior –contenida en la HausratsVO- con algunas modificaciones. Vid. SCHWAB, *Familienrecht*, 16ª ed., München, 2008, pp. 218, 219.

⁸² La “cesión” a la que hace referencia este precepto se refiere exclusivamente al uso de la vivienda, y no implica la transmisión de su propiedad (WELLENHOFER, en *Münchener Kommentar*, Band 7, *Familienrecht* I, 6ª ed., München 2013, Rn. 20). De hecho, como luego se verá, por lo general determina la constitución de una relación de arrendamiento.

si la cesión, por otras causas, resulta ser lo más equitativo. En la práctica cuando existen hijos lo más frecuente es que se atribuya al cónyuge custodio la vivienda habitual⁸³. En cambio cuando la vivienda es propiedad exclusiva de uno de ellos (y a la propiedad se equipara la titularidad de un derecho real limitado sobre la misma), o de uno de los cónyuges y un tercero, el cónyuge no propietario sólo puede exigir que se le ceda el uso de la misma cuando sea necesario para evitarle un “perjuicio inequitativo” (§ 1568 a, párrafo 2, BGB). Es decir, en el supuesto de vivienda privativa sólo cabe asignar el uso de la vivienda al no propietario cuando de no hacerse así se le causaría “un perjuicio inequitativo” (“*unbillige Härte*”), lo que, según la doctrina, exige que su no atribución suponga para éste una carga insoportable o un extraordinario perjuicio, como sucede, por ejemplo, si no puede encontrar vivienda para sí y sus hijos⁸⁴.

Creemos, en definitiva, que el posible interés de los hijos menores en continuar residiendo en el domicilio familiar no constituye un argumento válido que deba conducir a atribuir legalmente el uso de dicho inmueble al cónyuge guardador en los casos de custodia exclusiva. Lo procedente sería, en nuestra opinión, facultar al juez para que, valorando el conjunto de los intereses concurrentes, y siempre preservando el derecho de los hijos a contar con una vivienda digna, decida lo más conveniente. En los casos de vivienda de titularidad común, y presuponiendo que cualquiera de los cónyuges, por razón de su cotitularidad, tiene derecho al uso del inmueble, la atribución de éste a los hijos y el progenitor custodio será por lo general la solución más lógica y la más cómoda o fácil de articular para garantizar el alojamiento de los menores. No ocurre lo mismo en caso de vivienda privativa, hipótesis en la cual, en nuestra opinión, sólo debería atribuirse el uso al progenitor custodio cuando no pueda de otro modo garantizarse que los hijos cuentan con una vivienda apropiada a sus necesidades.

Conviene advertir, por último, que la regulación sobre el destino de la vivienda familiar propuesta en el Anteproyecto comentado no parece que esté inspirada en la protección del repetido interés de los hijos en permanecer en su domicilio habitual. Cuando el inmueble es común el uso se atribuye al cónyuge custodio hasta que se lleve a cabo la “*liquidación*” de éste –así se deduce, como antes de indicó, del apartado 3 del

⁸³ Para determinar quién tiene más necesidad se tienen en cuenta circunstancias tales como la edad y estado de salud de los cónyuges, sus ingresos y fortuna personal, la cercanía al lugar de trabajo, o el hecho de tener un pariente a su cargo con quien cuidar, pero, en el supuesto en que existen hijos prevalece el interés de éstos en permanecer en el entorno que le es más habitual. De ahí que las mencionadas circunstancias entran en juego, fundamentalmente, a falta de hijos, supuesto en el cual para atribuir la vivienda al cónyuge más necesitado se tienen en cuenta, según el precepto comentado “otras razones de equidad”. (MÜNCHENER-WELLENFOHER, § 1568 a, Rn. 15, 16, 18; BRUDERMÜLLER, en *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 69^a ed., München 2013, § 1568 a, Rn 5).

⁸⁴O también, se indica, si por razones de trabajo o familiares, necesita de manera apremiante la vivienda en cuestión (porque desarrollaba en ella su negocio o praxis profesional y en otro caso no lo podrá continuar) MÜNCHENER-WELLENFOHER, § 1568 a, Rn. 26; PALANDT-BRUDERMÜLLER, § 1568 a, Rn. 8.

art. 96⁸⁵—. Es decir, en los casos en que la vivienda pertenece a ambos cónyuges, bien porque la adquirieron en régimen de copropiedad o porque, tras la liquidación de la sociedad de gananciales se adjudicó a éstos en régimen de indivisión, el ejercicio de la acción de división, que conlleva por lo general la enajenación del inmueble, extingue el derecho de uso. Es claro que no se tiene en cuenta en tal hipótesis el posible interés de los hijos en continuar residiendo en el domicilio familiar pues lo que prima en este caso es el interés de los cónyuges en disolver la situación de comunidad.

No puede entenderse, por tanto, que la postura del Anteproyecto —que presupone que la regla general es la atribución del uso de la vivienda (sea privativa o común) al cónyuge custodio, pudiendo alterar el Juez dicha situación sólo excepcionalmente en la hipótesis prevista en el inciso tercero del art. 96,2— se basa en que debe preservarse el interés de los menores en permanecer en su residencia habitual. De ser así se estaría incurriendo en una considerable incongruencia ya que no tiene sentido que en caso de vivienda privativa deba superponerse ese posible interés de los hijos sobre el del progenitor propietario, que ha de ser desposeído del inmueble de su pertenencia, mientras que cuando la vivienda es común, y ejercitando cualquiera de los padres la acción de división, dicho interés pueda ser sacrificado.

4.2. Valoración económica del derecho de uso: La compensación al cónyuge privado del uso.

El párrafo 4 del proyectado art. 96 dispone, como ya se vio, que “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”.

La solución propuesta coincide, como se ha dicho, con la contenida en el C.c. catalán, y con la sugerida por la doctrina al intentar paliar las injustas consecuencias que provoca la falta de previsión legal de un mecanismo que compense económicamente al cónyuge privado del uso. De acuerdo con el texto del Anteproyecto la regla mencionada debe considerarse aplicable tanto en los supuestos de custodia individual, como en el supuesto de custodia compartida, cuando se asigna la vivienda al progenitor que tenga “objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda” (art. 96,2, inciso segundo, Anteproyecto), y aplicable, igualmente, en caso de inexistencia de hijos o hijos mayores de edad, en los que el criterio de atribución de la vivienda es el mismo que en caso de custodia compartida.

Sin embargo plantea diversos problemas de difícil solución a los que aludimos a continuación:

⁸⁵ Según el art. 96,3 del Anteproyecto, “En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos y ésta fuera privativa del otro progenitor o común de ambos, lo será hasta que tenga la obligación de prestarle alimentos o se liquide la vivienda”.

a) No se establece criterio alguno sobre el modo en que ha de calcularse el valor económico del derecho de uso atribuido a cualquiera de los cónyuges ni sobre la medida en que ha de influir en la cuantía de la pensión de alimentos o la eventual prestación compensatoria, de manera que la cuestión parece quedar a la libre apreciación del juez. El Anteproyecto se limita a establecer, en el nuevo art. 93, que para el cálculo de la prestación de alimentos de los hijos se tendrá en cuenta “la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar”, y una regla similar se incorpora al art. 97 C.c., en el que se incluye, dentro de los criterios a utilizar para la fijación de la pensión compensatoria, “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”⁸⁶. Ello sin embargo, no resuelve la cuestión de cómo ha de cuantificarse el derecho de uso a efectos de reducir la pensión de alimentos o la prestación compensatoria, ni si, en ciertos casos, podría la atribución de la vivienda llegar a sustituir una u otra, lo que puede dar lugar a una grave inseguridad jurídica. Tampoco aclara si la concesión del uso de la vivienda familiar ha de tenerse en cuenta para aminorar tanto la pensión de alimentos como la prestación por desequilibrio económico en caso de coexistencia de ambas, o si la referencia a ésta última está pensada para el supuesto en que no existen hijos ni, por lo tanto, alimentos debidos a éstos⁸⁷. De mantenerse la primera postura habría aún que concretar en qué medida debería disminuirse la pensión de alimentos y la prestación compensatoria⁸⁸. Y mantener la segunda solución supone olvidar que el cónyuge custodio obtiene un claro beneficio económico –también cuando existen hijos– como consecuencia del uso de la vivienda. A ello puede objetarse, como es lógico, que en los casos en que el cónyuge titular del uso no tiene derecho a pensión compensatoria –porque no existe un desequilibrio económico conforme a lo establecido en el art. 97 C.c.– siempre existirá un beneficio económico que carece de contraprestación por su parte. Pero tal objeción no es, en realidad, sino un argumento a favor de una solución alternativa a la prevista en el Anteproyecto.

b) Si se piensa que el titular del derecho de uso es el cónyuge y no los hijos, lo más adecuado sería, al menos conceptualmente, que el valor del derecho de uso se computara en las relaciones económicas entre los cónyuges, y no en la de los padres frente a los hijos, que es lo que sucede cuando se tiene en cuenta para el cálculo de la pensión de alimentos. Pero tampoco puede obviarse que esto último conlleva un claro riesgo. Como no en todos los casos hay derecho a pensión compensatoria, la falta de

⁸⁶ Se modifica asimismo el art. 90 C.c., a fin de que en el convenio regulador se tenga en cuenta “la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar”, al fijar la contribución a las cargas familiares y alimentos, (art. 90,1, letra c) y al fijar la pensión de alimentos y la pensión por desequilibrio económico (art. 90,1, letra d).

⁸⁷ Algunos de los autores que han postulado la toma en consideración del uso de la vivienda familiar en el cálculo de la pensión compensatoria, lo han hecho pensando en el supuesto de inexistencia de hijos (art. 96,3 C.c.). Así, por ej. BENAVENTE, ob. cit., p. 893.

⁸⁸ Es decir, habría que concretar si han de reducirse en igual cuantía una y otra o si habría de reducirse preferentemente una –v. gr. la pensión de alimentos– y, solo en caso de que el valor asignado al uso fuese superior a ella, debería minorarse la otra –v. gr. la prestación por desequilibrio–.

toma en consideración del derecho de uso en la fijación de los alimentos debidos a los hijos podría traer consigo que el cónyuge privado del mismo no viese compensado de ningún modo el perjuicio sufrido. Nótese, en cualquier caso, que así puede ocurrir en el supuesto en que no existen hijos o éstos son mayores de edad, si se atribuye la vivienda –según establece el texto del Anteproyecto– al cónyuge que tiene “mayores dificultades de acceso a otra”. Puede que aun teniendo uno de los cónyuges más dificultades que el otro para acceder a una vivienda, no tenga, sin embargo, derecho a pensión compensatoria. En tal caso ¿cómo se va a reparar el perjuicio sufrido por el privado del uso? ¿Debe entenderse que, como en este caso el derecho de uso se concede por el “tiempo máximo de dos años” (art. 96,3 Anteproyecto), el perjuicio puede quedar sin compensar?

c) Similar situación cabe plantearse en los supuestos de custodia compartida. Dado que en estos casos ambos padres se reparten el cuidado y atención de los hijos, lo normal es que cada uno de ellos haga frente a los gastos que se deriven mientras los hijos están en su compañía, asumiendo los gastos de escolarización, asistencia médica... y posibles gastos extraordinarios por mitad en la proporción fijada por el juez. Es decir, en tal hipótesis no parece probable que uno de los progenitores deba abonar una “pensión de alimentos” al otro para la atención de los hijos comunes. Por tanto, no podrá tenerse en cuenta la pérdida sufrida por el cónyuge privado del uso⁸⁹ para minorar la pensión de alimentos debida por este último. Si además el cónyuge beneficiado por el uso no tiene derecho a pensión compensatoria⁹⁰, el sacrificio patrimonial sufrido por el otro carecerá, nuevamente, de compensación.

d) Por otra parte, en el supuesto en que el cónyuge beneficiado por el uso –con independencia de que lo sea por ostentar la custodia de los hijos, o por tener mayores dificultades de acceso a otra vivienda⁹¹– fuese acreedor de una prestación por desequilibrio económico, cabe preguntarse qué sucederá si, por contraer matrimonio o entablar una relación de convivencia con otra persona, queda extinguido tal derecho (art. 101 C.c.). Dado que tal circunstancia no es causa de extinción del derecho de uso de la vivienda conyugal⁹² –pensemos, por ej., que la vivienda es privativa del otro

⁸⁹ Recuérdese que en el caso de custodia compartida, según el art. 96,2 del Anteproyecto, salvo que se atribuya la vivienda por tiempo alterno a ambos progenitores, el uso del inmueble, con independencia de que sea privativo o común, corresponderá al progenitor con más dificultades de acceso a la vivienda.

⁹⁰ Puede ocurrir que tal cónyuge tenga “objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda” –por ej. porque tiene menos ingresos– pero no exista, sin embargo, desequilibrio económico en el sentido del art. 97 C.c.

⁹¹ Criterio éste que, recuérdese, se tiene en cuenta, según el art. 96,2, inciso segundo, del texto del Anteproyecto, en los casos de custodia compartida y en los casos de inexistencia de hijos o hijos mayores de edad.

⁹² En el Anteproyecto no se contempla esta situación como causa de extinción del derecho de uso, manteniéndose por tanto el criterio del C.c. El C.c. catalán prevé el matrimonio o “convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona”, como causa de extinción del derecho de uso (art. 233.24, 2), pero sólo en aquellos casos en que se atribuyó a un cónyuge por razón de su necesidad (por tanto, en casos de guarda compartida, inexistencia de hijos o hijos mayores de edad, art. 233.20,3); es decir, no operará en el supuesto en que el uso se concede por razón de la guarda de los hijos comunes.

cónyuge, en cuyo caso, según el texto del Anteproyecto, el uso durará hasta que cese la obligación de alimentos de los hijos— podría ocurrir que el titular de la vivienda, aun obteniendo un cierto alivio económico al no tener que seguir abonando la prestación compensatoria, deba soportar que su ex cónyuge habite en la misma con su nueva pareja sin que el beneficio que esto le supone implique para el titular del uso ningún sacrificio ni contraprestación.

e) Un problema añadido se plantea, por último, a la hora de proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales o a la “liquidación” —entendemos que en el supuesto de vivienda en copropiedad— de la vivienda familiar (supuesto éste en que, de acuerdo con el art. 96,3 del Anteproyecto, quedaría extinguido el derecho de uso). Mientras tanto se ha debido tomar en consideración el valor económico de tal derecho en el cálculo de las pensiones alimenticias y la eventual pensión compensatoria del cónyuge usuario, que habrán sido minoradas en la proporción que —a falta de criterio orientador— al juez le parezca oportuna. Pero si esto es así, cuando se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales⁹³ o a la extinción de la comunidad, deberán volver a calcularse las cuantías de los alimentos debidos a los hijos y la prestación por desequilibrio en su caso debida al cónyuge⁹⁴. Es decir, deberá acudir a un procedimiento de modificación de medidas, con el coste y las molestias que ello implica.

A la vista de lo expuesto, pensamos que sería preferible que la compensación del perjuicio sufrido por el cónyuge privado del uso se llevara a cabo de manera directa —y no indirectamente, a través de la disminución de las eventuales pensiones de alimentos o compensatoria que éste pueda deber a los hijos o el otro cónyuge— mediante el pago de la correspondiente remuneración por el derecho de uso obtenido. Es decir, mediante el pago de una renta equivalente al valor en uso de la vivienda, para cuyo cálculo debería tenerse en cuenta el importe de la renta media arrendaticia de un inmueble de las características en cuestión en función del lugar en que se encuentre ubicado. Se trata éste de un mecanismo más sencillo, de más fácil cuantificación, que

⁹³ Adviértase que en el Anteproyecto, como ya se indicó, se pretende modificar la regulación actual para que pueda llevarse a cabo la liquidación del régimen económico en el mismo procedimiento de separación, nulidad o divorcio, pero ello ha de hacerse una vez dictada y siendo firme la sentencia. Así, según la nueva redacción que se da al mencionado art. 810 LEC, “Declarada la disolución del régimen económico matrimonial, por sentencia de nulidad, separación o divorcio, firme ésta, y concluido el inventario, el Secretario judicial dará traslado al actor para que, en el plazo de 10 días, presente una nueva propuesta de liquidación o complementa la inicial...” (art. 10 Anteproyecto).

⁹⁴ La problemática indicada es claramente expuesta por MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, ob. cit., pp. 412, 413, quien indica que si la vivienda se atribuye al beneficiario del uso, deberá incrementarse la pensión alimenticia del no adjudicatario en la mitad del valor mensual del uso de la vivienda. Lo mismo habrá de hacerse en relación con la pensión alimenticia o compensatoria que correspondiera al cónyuge beneficiado por el uso. Por el contrario si la vivienda se atribuye al no beneficiario del uso, pero el derecho de uso subsiste, resultará que el adjudicatario estará contribuyendo al uso de su esposo por entero. Por consiguiente deberán minorarse las pensiones de alimentos a los hijos, o la de alimentos al cónyuge o la compensatoria en la mitad del valor mensual del uso. Pero además, si el uso se atribuyó con compensación económica a favor del no beneficiario, dicha compensación deberá ser el doble que antes.

ofrece mayor seguridad jurídica, evita los problemas señalados, y se ajusta además, en mayor medida, a la propia naturaleza del derecho de uso, cuyo titular, no se olvide, es *el cónyuge*, no los hijos.

Una solución similar es acogida en otros ordenamientos. En el Derecho alemán, cuando se atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar a un cónyuge (lo que, en el supuesto de vivienda privativa, como ya dijimos, es excepcional) puede solicitarse al juez, por cualquiera de las partes, la constitución de una relación arrendaticia, que conllevará, como es lógico, la obligación de pagar una renta por parte del cesionario de la vivienda. Según el § 1568 a, nº 5, esta relación arrendaticia se regirá por las condiciones habituales en el lugar, lo que implica que el juez, al fijar la renta, deberá atenerse, como regla, al importe de la renta media de mercado en el lugar de que se trate⁹⁵, si bien debe tenerse en cuenta que, cuando la vivienda es de propiedad común de ambos cónyuges, lo que debe pagar por el cesionario del uso será la mitad del valor de la renta arrendaticia estimada⁹⁶. Pero incluso si ninguno de los cónyuges reclama la constitución de una relación arrendaticia (porque, por ej. dejan transcurrir el plazo de un año con posterioridad al divorcio que prevé el § 1568 a, nº 6, para llevar a cabo tal solicitud), la doctrina observa que el propietario o copropietario privado de la vivienda tendrá todavía derecho a una indemnización o compensación por el uso ("*Nutzungsentziehung*") de acuerdo con las reglas generales en materia de posesión (§§ 987,1; 990,1; 100) o las relativas a la copropiedad (§ 745,2)⁹⁷.

También se recurre a la figura del arrendamiento en el Derecho francés. Hay que hacer notar, no obstante, que el *Code* no contiene ninguna previsión especial sobre el destino de la vivienda familiar cuando ésta es común a ambos cónyuges (ganancial o en régimen de indivisión). En tal hipótesis parece presuponerse que lo procedente es liquidar la sociedad de gananciales o dividir el bien común, en cuyo caso el mecanismo de la "atribución preferencial" de la vivienda al cónyuge que continúe residiendo en la misma permite solucionar la cuestión⁹⁸. En el supuesto en que la vivienda familiar

⁹⁵ PALANDT-BRUDERMÜLLER, § 1568 a, Rn 20, 21, MÜNCHENER-WELLENFOHER, § 1568 a, Rn. 47.

⁹⁶ MÜNCHENER-WELLENFOHER, § 1568 a, Rn 48. La relación arrendaticia se considera en principio indefinida de acuerdo con las reglas generales (§ 573 BGB) pudiendo, no obstante, el cónyuge no usuario solicitar la limitación temporal del arrendamiento en los mismos casos que cualquier arrendador (esto es, cuando se dan los presupuestos del § 575 BGB). MÜNCHENER-WELLENHOFER, § 1568a, Rn 50; PALANDT-BRUDERMÜLLER, § 1568a, Rn. 22.

⁹⁷ PALANDT-BRUDERMÜLLER, § 1568a, Rn. 9.

⁹⁸ BÉNABENT, *La réforme du divorce, article par article*, París, 2004, p. 108. El mencionado mecanismo opera tanto en el supuesto de liquidación del régimen de gananciales como en el supuesto en que se pretende la división de un bien en copropiedad siendo el régimen matrimonial el de separación de bienes o el de participación. En tales casos (cfr. art. 1476, 1542, 1578 C.c.) la ley se remite, en cuanto al procedimiento de división, a las reglas de la partición hereditaria. Y en dichas reglas (arts. 831 y ss. C.c., en la redacción dada por la Ley de 23 de junio de 2006) se establece la posibilidad, para el cónyuge sobreviviente, de solicitar la propiedad o un derecho de arrendamiento sobre el local –y el mobiliario del mismo– que le sirve efectivamente de habitación (art. 831-2). Conviene advertir que en esta hipótesis la ley no tiene en cuenta la existencia o no de hijos comunes, ni qué cónyuge ostenta su custodia. El único

pertenece a uno de los cónyuges, el art. 285-1 C.c. (que recoge el denominado “arrendamiento forzoso” introducido por la ley de 1975) permite al juez conceder el uso de la vivienda en arrendamiento al otro cónyuge, si éste ostenta la custodia, reside habitualmente con los hijos comunes en la vivienda en cuestión⁹⁹ y el interés de éstos “lo demanda”¹⁰⁰. El juez debe fijar la duración del arrendamiento –que puede renovarse sólo hasta la mayoría de edad del menor de los hijos– y la renta del arrendamiento en defecto de acuerdo de las partes. También puede rescindir (*résilier*) el arrendamiento si existen circunstancias nuevas que lo justifican.

En nuestra opinión el mecanismo más adecuado para equilibrar la situación patrimonial ocasionada por la atribución del uso de la vivienda familiar común o privativa de un cónyuge (supuesto éste último que, a nuestro parecer, debería ser excepcional) al otro cónyuge, es imponer al beneficiado por el uso la obligación de pagar un canon o contraprestación, tomando a tal efecto como referencia el coste de una vivienda de alquiler¹⁰¹

Esta es la opción que ha acogido la ley valenciana (ley 5/2011) que, sin perjuicio de su dudosa constitucionalidad¹⁰², dispone en su art. 6,1 que en caso de atribuirse la vivienda familiar, común o privativa, a uno de los progenitores “se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso”¹⁰³. Entre las últimas sentencias en aplicar este precepto –el TC mediante auto de fecha 22 de noviembre de 2011 levantó la suspensión cautelar que pesaba sobre la norma– puede citarse la SAP Alicante de 26 de septiembre de 2013, que, partiendo de la vecindad civil valenciana de los hijos de la pareja en litigio (art. 2 Ley5/2011 en relación con el art. 14,3 C.c.), reconoce derecho a compensación económica al

requisito para solicitar la adjudicación de la vivienda familiar es el hecho de continuar residiendo en la misma en el momento en que se presenta la demanda de adjudicación.

⁹⁹ Téngase en cuenta que en alguno de los supuestos de divorcio contemplados en el Derecho francés –v. gr. divorcio por “alteración definitiva del vínculo matrimonial”, art. 238 C.c.– se requiere la separación de hecho de los cónyuges durante dos años.

¹⁰⁰ La doctrina insiste en que la justificación de esta facultad se encuentra en el interés de los menores, por lo que el juez, al decidir sobre la concesión del uso de la vivienda familiar, debe verificar la realidad de ese interés. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, París, 2005, p. 167; CORNU, *Droit civil, La famille*, 9ª ed., París, 2006, p. 618.

¹⁰¹ No hace falta decir que, en este caso, al calcular las pensiones alimenticias debidas a los hijos por el no guardador deberá tenerse en cuenta que ha de cubrirse su necesidad de alojamiento y que esta necesidad la va a satisfacer el cónyuge custodio por medio del pago de la renta correspondiente.

¹⁰² Contra dicha ley se ha interpuesto un Recurso de Inconstitucionalidad (recurso nº 3859-2011).

¹⁰³ Esta regla se aplica tanto en los supuestos de custodia compartida, que esta ley establece como régimen preferente (art. 5,2), como al supuesto de custodia individual (art. 6,1). En ambos casos la vivienda familiar se asigna al progenitor “que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda”.

progenitor no custodio y cotitular de la vivienda cuyo uso fue atribuido a la madre, a pesar de residir fuera de España¹⁰⁴.

4.3. Conclusiones

Presuponiendo que de existir hijos menores debe considerarse prioritaria la defensa de su interés (art. 2 LOPJM), pensamos que el interés de los hijos que ha de protegerse en todo caso –el interés “superior” de los menores– es el consistente en proporcionarles una vivienda apropiada. No creemos que la asignación del uso de la vivienda familiar deba hacerse sobre la base de un eventual interés de los hijos en permanecer en el domicilio familiar¹⁰⁵, que obligue a atribuirles –a ellos y el cónyuge custodio– dicho inmueble como regla general.

Por otra parte, el objetivo a perseguir en toda crisis matrimonial debería ser, no sólo asegurar que los hijos cuentan con una vivienda adecuada sino también, en la medida de lo posible, que quedan suficientes recursos como para que el progenitor no custodio pueda disponer de su propio alojamiento (art. 47 CE), apto tanto para él como para sus hijos cuando estén en su compañía. Por ello, para el supuesto en que la necesidad de proporcionar a los menores una vivienda adecuada a sus necesidades exija privar a alguno de sus progenitores del uso del domicilio familiar, es necesario articular mecanismos que permitan reparar adecuadamente tal disminución patrimonial.

En definitiva, como ha reconocido recientemente el TS, “el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores... sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño.... Y

¹⁰⁴ Ante la alegación de la esposa, de que su ex cónyuge vivía en Méjico, la AP considera que ello no excluye el derecho a compensación porque lo que la ley persigue es “compensar la pérdida de uso y disposición privativa... o común lo que vale tanto como decir la pérdida de determinadas facultades inherentes a la propiedad y entre ellas no sólo figura el uso directo y personal sino también la posibilidad de obtener un beneficio económico mediante el arrendamiento o la venta inmediata, posibilidades que naturalmente no dependen del lugar de residencia del propietario”.

Sobre la aplicación por los tribunales valencianos de este precepto, advierte, no obstante DE VERDA Y BEAMONDE, “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)”, *La Ley*, 28-5-2014, pp. 15, 16, que cuando la pretensión de compensación se encauza a través de un proceso de modificación de medidas y las partes previamente habían regulado el destino de la vivienda familiar en convenio regulador, se tiende a rechazar tal pretensión salvo que se examine el conjunto de las medidas económicas acordadas por los cónyuges. Así, por ejemplo, la SAP Alicante de 30 de octubre de 2013 rechazó la pretensión del marido de obtener la compensación porque la mujer titular del derecho de uso se había obligado en el convenio regulador a pagar la totalidad de las cuotas del préstamo hipotecario. Entiende la Audiencia que por esa vía ya obtenía el cónyuge privado del uso una compensación económica.

¹⁰⁵ Lo dicho no impide, sin embargo, que, de acuerdo con lo que se indica a continuación, pueda valorarse en el caso concreto ese interés como una circunstancia más a tener en cuenta dentro del conjunto de circunstancias concurrentes que, en nuestra opinión, debería el juez tomar en consideración para decidir sobre el destino de la vivienda familiar.

esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros” (STS 17 junio 2013 –RJ 2013/4375– 17 octubre 2013 –RJ 2013/7255).

Partiendo de estas ideas, pensamos que el futuro régimen de atribución del uso de la vivienda en caso de crisis matrimonial, cuando se otorga la custodia exclusiva a un cónyuge, debería dar un mayor margen de apreciación al juez para decidir sobre el destino de la misma, de forma que, siempre que quede garantizado el derecho de los hijos a una vivienda adecuada a sus necesidades, pueda valorar también, partiendo del conjunto de circunstancias concurrentes (edad de los hijos y grado de inserción social en el entorno, disponibilidad de otras viviendas de titularidad común o privativa, posibilidad de alquilar otras viviendas de características similares a la familiar, medios económicos de uno y otro cónyuge, edad y estado de salud de éstos, etc.) los intereses de ambos progenitores. En concreto, en el supuesto de vivienda familiar privativa de un cónyuge, creemos que el uso de la misma sólo debería atribuirse al no propietario cuando de otro modo no pueda satisfacerse de manera adecuada la necesidad de alojamiento de los hijos (por ej. porque los ingresos del cónyuge custodio unidos al montante de la pensión de alimentos que deba abonar el otro cónyuge no permitan disponer de un alojamiento de similares características al que los hijos venían disfrutando)

Por otra parte, debería establecerse, de acuerdo con la doctrina actual del TS, anteriormente aludida, que el uso otorgado al cónyuge custodio subsistirá, en todo caso, sólo hasta la mayoría de edad de los hijos. Quizás sería conveniente, a estos efectos, que la sentencia que asignara el uso lo estableciera así expresamente para evitar al interesado tener que acudir, en su momento, a un procedimiento de modificación de medidas a fin de solicitar la declaración de extinción de tal derecho y recuperar la posesión de su vivienda.

En relación con ello resulta de todo punto ilógica la postura adoptada en el Anteproyecto que dispone que el derecho de uso de sobre la vivienda atribuido al cónyuge custodio debe prolongarse mientras que los hijos tengan derecho de alimentos y sin embargo permite la extinción de ese uso en caso de “liquidación” de la vivienda familiar (supuesto que entendemos se refiere a la hipótesis de vivienda en copropiedad, bien originalmente, bien tras ser adjudicada en proindiviso a los cónyuges en la liquidación de los gananciales).

Como ya se ha señalado, supone hacer de mejor condición al copropietario de la vivienda familiar que al titular exclusivo. Pero además, en los casos en que la vivienda constituye el principal activo del patrimonio conyugal y los cónyuges no gozan de buena situación económica, para preservar el derecho de los hijos a una vivienda apropiada a sus necesidades puede ser necesario mantener la vigencia de ese derecho. Es decir, si se atribuye la vivienda común al cónyuge en cuya compañía quedan los

hijos, lo lógico sería que el derecho de uso subsistiera (al igual que mantenemos respecto de la vivienda privativa) hasta la mayoría de edad de éstos¹⁰⁶. No nos parece razonable que se permita su extinción toda vez que cualquiera de los cónyuges ejercite la acción de división.

Por lo que respecta al mecanismo de compensación del perjuicio patrimonial sufrido por el cónyuge privado del uso, pensamos que, en lugar de tenerse en cuenta el uso atribuido para reducir el montante de los alimentos debidos a los hijos o la eventual prestación compensatoria debida al cónyuge, sería preferible que el titular del derecho de uso abonara al otro cónyuge una cantidad de dinero equivalente al valor de la renta arrendaticia media (o la mitad de su valor, en caso de vivienda común) que correspondería a un inmueble de las características de la vivienda en cuestión¹⁰⁷. Se trata de un mecanismo más sencillo y fiable que el derivado de la minoración de las pensiones alimenticias y eventual prestación compensatoria debida al cónyuge, más coherente con la idea de que es el cónyuge –y no los hijos– el titular del derecho de uso, y además evita tener que recalcular las medidas económicas adoptadas cuando se modifican ciertas circunstancias (v. gr. liquidación de la sociedad de gananciales).

Por último, en ningún caso, y con independencia de que la vivienda sea privativa, ganancial o pertenezca a los cónyuges en régimen de copropiedad, debería concederse el uso de la misma al cónyuge custodio si éste es titular de otra vivienda que permite el adecuado alojamiento de los hijos a su cargo y ello con independencia de cuál sea la situación económica del progenitor no guardador¹⁰⁸.

¹⁰⁶ En nuestra opinión en ese momento debería contemplarse nuevamente la conveniencia de extinguir la situación de comunidad, o bien debería reasignarse el uso de la vivienda teniendo en cuenta el interés del cónyuge más necesitado de protección.

¹⁰⁷ Esta opción permite evitar, además de los inconvenientes señalados con anterioridad, el que se produciría cuando al alcanzar los hijos la mayoría de edad y quedando extinguido el derecho de uso sobre la vivienda –la extinción del uso por mayoría de edad de los hijos es, como se ha expresado, la hipótesis de la que partimos– éstos carecen de independencia económica. Si el uso de la vivienda se tiene en cuenta para reducir la pensión alimenticia, en tal situación habría que proceder a calcular de nuevo el importe de los alimentos debidos a los hijos. En cambio si el titular del uso abona una renta al otro cónyuge –y al calcular la pensión de alimentos se ha computado, como es lógico, entre las necesidades de los hijos la de alojamiento– no será necesario, como regla, volver a calcular la cuantía de la deuda alimenticia a consecuencia de la extinción del uso.

¹⁰⁸ Así lo establece el art. 6,2 de la Ley valenciana, que excluye la atribución de la vivienda familiar si el posible beneficiario fuese “titular de derechos sobre una vivienda que le faculden para ocuparla como tal residencia familiar”. Por su parte el art. 233,21 C.c. catalán dispone que la autoridad judicial, a instancia de uno de los cónyuges, puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar “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”.

BIBLIOGRAFÍA:

BÉNABENT A., *La réforme du divorce, article par article*, Paris, 2004.

BENAVENTE MOREDA, P., “problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar por sentencia de separación, nulidad o divorcio al cónyuge no titular del derecho arrendaticio sobre la misma”, *ADC*, 1988, II.

BERROCAL LANZAROT, A.I. “El uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial. Implicaciones sustantivas y registrales”, en *El nuevo Derecho de la persona y de la Familia*, Barcelona, 2011.

BRUDERMÜLLER, Comentario al § 1568 a, en *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 69ª ed., München, 2013.

CABEZUELO ARENAS, A.L., “Extinción de la atribución de uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con tercero. Comentario a la SAP de Almería de 19 de marzo de 2007”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2008-2, nº 21.

CERVILLA GARZÓN, Mª D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Barcelona, 2005.

CORNU, G., *Droit civil, La famille*, 9ª ed., Paris, 2006.

CUENA CASAS, M., “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, en *Tratado de Derecho de la familia*, dir. por Yzquierdo Tolsada y Cuenca Casas, vol. III, Navarra, 2011.

DE VERDA y BEAMONTE, J.R., “Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar (Un estudio jurisprudencial de la legislación valenciana sobre la materia)”, *La Ley*, 28-4-2014.

DÍEZ MARTÍNEZ, A., “Comentario al art. 96 C.c.”, en *Comentarios al Código civil*, dir. por Bercovitz, t. IV, Valencia, 2013.

FERNÁNDEZ GIL, I., “Efectos comunes a los procesos de separación, divorcio y nulidad”, en *Derecho de Familia*, coord. por Díez-Picazo Gimenez, Navarra, 2012.

GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Madrid, 2013.

GONZÁLEZ POVEDA, P., “Vivienda familiar. Criterios para la atribución de su uso en los procesos matrimoniales”, *AAVV, Problemas candentes en los procesos de familia*, Madrid, 1995.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el Derecho de cosas”, *RCDI*, nº 736.

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

LUQUE JIMÉNEZ, M^a M., *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Madrid, 2012.

MARTÍN MELÉNDEZ, M^a T., *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Navarra, 2005.

MASSIP, J., *Le nouveau droit du divorce*, París, 2005, p. 167.

PINI, M., en AAVV, *Il mantenimento per il coniuge e per i figli nella separazione en el divorzio*, Cedam, 2009.

PINTO ANDRADE, C., *“La atribución del uso de la vivienda familiar*, Barcelona, 2011.

PINTO ANDRADE, C., “La atribución judicial de la vivienda familiar y su temporalización existiendo hijos menores de edad: actuales líneas jurisprudenciales y doctrinales”, *AC*, 2012, nº 21.

RAMS ALBESA, J., “Comentario al art. 96 C.c.”, en *Comentarios al Código civil*, coord. por Rams Albesa y Moreno Flórez, t. II, vol. 1º, Barcelona, 2000.

ROCA TRÍAS, E., “Comentario al art. 96 C.c.” *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, 1984.

ROCA TRÍAS, “Comentario al art. 96 C.c.”, en *Código civil comentado*, dir. por Cañizares Laso y otros, vol. I, Navarra, 2011 pág. 525, p. 1408.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M^a E., *Obligaciones de los cónyuges tras el divorcio o la separación*, Madrid, 2012.

SALAZAR BORT, S., *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: El interés protegido*, Valencia, 2000.

SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Navarra, 2001.

SCARDULLA, F., *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, Milano, 2008, p. 687.

SCHWAB, D., *Familienrecht*, 16^a ed., München, 2008.

SERRANO CASTRO, F. A., *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*, Madrid, 2010.

SESTA, M., *Manuale di Diritto di Famiglia*, 3ª ed., Padova, 2009.

UREÑA MARTÍNEZ, M., Comentario a la STS 14 abril 2011”, *CCJC*, 2011, nº 97.

VALLADARES, E., “Nulidad, separación, divorcio”, *Comentarios a la Ley de Reforma del matrimonio*, Madrid, 1982.

VELÁZQUEZ MARTÍN, Mª A., “Contenido económico del derecho de uso en la liquidación de Gananciales. Compensación al cónyuge desposeído”, *AC*, 2002-1.

VIÑAS MAESTRE, “Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda”, *InDret*, 3/2012.

WELLENHOFER, M., Comentario al § 1568 a, en *Münchener Kommentar*, Band 7, *Familienrecht I*, 6ª ed., München 2013.

Fecha de recepción: 30-04-2014

Fecha de aceptación: 28-05-2014