

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2022/2023

Convocatoria: Marzo

LA ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO EN CASO DE CRISIS MATRIMONIAL.

THE ATTRIBUTION OF THE RIGHT OF THE USE OF FAMILY HOME AND THE MORTGAGE LOAN IN CASE OF MARITAL CRISIS.



Realizado por la alumna Dña. Noelia Rodríguez García.

Tutorizado por el Profesor D. Juan Antonio García García

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas.

Área de conocimiento: Derecho Civil.



ABSTRACT

After a marital breakdown, the controversial issue about the attribution of the use of the family home must be resolved, which causes serious conflicts in the field of family law.

On this matter, we will analyze, in the first place, the concept of family home and the right of use over it, paying attention to the concept of ownership of the family home. In addition, a study will be carried out with the support of the jurisprudence on the cases in which there aren't children as well as the cases in which different guardianship and custody regimes appear when there are children when proceeding to the attribution of the use of family home.

It is also intended to analyze the various problems arising from the payment of the mortgage loan that taxes the family home in cases of marital breakdown and the consequences arising from the non-payment of these mortgage payments such as the assumption of foreclosure, in order to study the several solutions and the various criteria to be applied in specific cases to prevent damage to the occupants of the family home.

Key words: attribution of the family home, marital crisis, children, interest in need of protection, mortgage, foreclosure.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

Tras una ruptura matrimonial, se debe resolver la cuestión controvertida sobre la atribución del uso de la vivienda familiar que provoca graves conflictos en el ámbito del derecho de familia.

Sobre este asunto analizaremos, en primer lugar, el concepto de vivienda familiar y el derecho de uso sobre ella, prestando atención al concepto de propiedad de la vivienda familiar. Además, se realizará un estudio con apoyo en la jurisprudencia sobre los supuestos en los que no existen hijos, así como de los supuestos en los que aparecen distintos regímenes de guarda y custodia cuando existen hijos a la hora de proceder a la atribución del uso de la vivienda familiar.

Se pretende, además, analizar los diversos problemas surgidos sobre el pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar en los casos de ruptura matrimonial y las consecuencias surgidas por el impago de esas cuotas hipotecarias, como el supuesto de ejecución hipotecaria, con el objeto de estudiar las diversas soluciones y los diversos criterios a aplicar en los casos concretos para evitar que se produzcan perjuicios a los ocupantes de la vivienda familiar.

Palabras clave: atribución de la vivienda familiar, crisis matrimonial, hijos, interés necesitado de protección, hipoteca, ejecución hipotecaria.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. MARCO GENERAL.....	6
2.1. Concepto y características de la vivienda familiar	6
2.2. El derecho de uso de la vivienda familiar.....	8
2.3 Problema planteado sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial	10
3. CUESTIONES SOBRE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.....	11
3.1. La propiedad de la vivienda familiar.....	11
3.2. La atribución del uso de la vivienda familiar existiendo hijos.....	14
3.2.1. Hijos menores e hijos mayores de edad.....	14
3.2.2. Hijos comunes y no comunes	18
3.3. Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar: El interés más necesitado de protección y el interés superior del menor.....	18
3.3.1. Supuesto guarda y custodia partida o distributiva.....	19
3.3.2. Supuesto guarda y custodia exclusiva.....	20
3.3.3. Supuesto guarda y custodia compartida.....	24
4. PRÉSTAMO HIPOTECARIO EN CASO DE DIVORCIO.....	28
4.1. Impago de la cuota hipotecaria. Delito de abandono de familia	31
4.2. La ejecución hipotecaria de la vivienda familiar.....	32
4.3. Consecuencias del lanzamiento de los ocupantes de la vivienda en el ámbito del derecho de familia.....	35
5. CONCLUSIONES.....	36
6. BIBLIOGRAFÍA.....	38

1. INTRODUCCIÓN

Tras una crisis matrimonial, ya sea de nulidad, separación o divorcio, han de adoptarse una serie de medidas, entre ellas, las relativas a la atribución del uso de la vivienda familiar. Esta materia ha sido objeto de una gran evolución en los últimos años, y ello no sólo debido al aumento de crisis matrimoniales sino también al cambio en la percepción de los intereses a proteger en cada caso según resulta de los criterios que manejan las resoluciones judiciales al respecto.

La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar se constituye en nuestro Ordenamiento Jurídico como un supuesto especialmente problemático o conflictivo en los casos de crisis matrimonial de los cónyuges cónyuges, y ello en la medida en que la vivienda familiar suele ser el activo patrimonial más valioso y sobre el que se proyectan los intereses, encontrados y de difícil conciliación, tanto de los cónyuges o ex cónyuges como de los hijos. Presenta una especial importancia que se tome la decisión correcta, puesto que se debe contemplar en esa atribución del uso de la vivienda familiar la situación de ambos cónyuges, de una parte la de aquél a quién se atribuye y, de otra, la situación del uso y disfrute de su posesión a pesar de tener la cotitularidad de la misma.

Actualmente este tema resulta controvertido y se ha discutido de forma amplia por la doctrina y la jurisprudencia, ya que, cada vez hay que tener en consideración un número más amplio de factores, y que han motivado la introducción legislativa de ciertos límites, antes desconocidos, como por ejemplo, la fijación de un límite de carácter temporal del uso y disfrute de la vivienda familiar por parte del cónyuge al cual se ha atribuido inicialmente este derecho.

Con carácter general, para la mayor parte de las familias, la vivienda familiar es el único bien de valor que compone su patrimonio y, en muchos casos, se encuentra hipotecado en el momento de la separación o divorcio, lo que condiciona las pretensiones de los cónyuges durante el procedimiento de divorcio, convirtiéndose en una causa de enfrentamientos constantes.

El objetivo del trabajo es aclarar cómo se ha abordado la atribución del uso de la vivienda familiar dentro del régimen del Código Civil haciendo alusión a la soluciones que brinda la Doctrina y la Jurisprudencia.

En primer lugar, se comenzará definiendo el concepto de vivienda familiar delimitándolo de forma precisa haciendo referencia a sus características y a la finalidad de su uso. A continuación, se analizarán las cuestiones más relevantes sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, distinguiendo los diversos supuestos que piden existir para determinar los criterios de la atribución. En último lugar, se ha llevado a cabo un análisis sobre el préstamo hipotecario en caso de divorcio aclarando relevantes cuestiones que se suscitan en la práctica.

2. MARCO GENERAL

2.1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Resulta conveniente delimitar el concepto de vivienda familiar, puesto que el Código Civil a pesar de referirse en muchas ocasiones a este concepto, no ofrece una definición del mismo, por lo que es necesario acudir a la jurisprudencia para poder conocer qué es una vivienda familiar y cuáles son los elementos que integran este concepto.

La sentencia del Tribunal Supremo (En adelante STS) número 1199/1994, de 31 de diciembre (RJ 1994\10330)¹ en el Fundamento de Derecho segundo configura el concepto de vivienda familiar como en los siguientes términos: “*Bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario*”. Esta definición fija los principios fundamentales en los que se basa el concepto de vivienda familiar.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que la vivienda es un bien familiar, es decir, que no se trata sólo de un inmueble sino que es el espacio o el lugar donde la familia establece su residencia para el desarrollo de sus relaciones tanto de filiación como conyugales de forma habitual. Es por ello que el concepto de vivienda familiar posee una amplia entidad. Hay que tener presente que la consideración de vivienda familiar es independiente de quién ostente la titularidad de la misma.

La STS (Sala de lo Civil) número 1085/1996, de 16 de diciembre (RJ 1996\9020)² conceptúa a la vivienda en su Fundamento de Derecho séptimo, como “*el reducto donde*

¹STS 1199/1994, de 31 de diciembre.

² STS 1085/1996, de 16 de diciembre.

se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos”. Esta definición configura los principios esenciales del concepto de vivienda familiar.

Estos conceptos de vivienda se establecen como fundamento de la protección que se establece sobre la vivienda en la Constitución Española en su artículo 47.1, en el cual se dispone que *“Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”.*

Así pues, al no existir una definición legal de vivienda familiar se puede interpretar como el espacio físico en el que la familia establece su residencia de manera fija y desarrolla las funciones esenciales de la vida familiar, como la crianza y educación de los hijos si los hubiere.

El concepto al que hace referencia el artículo 96 del Código Civil (en adelante CC) no guarda relación con la titularidad privativa o común de la vivienda, sino con el uso que se haga de ella por el grupo familiar destinándola a satisfacer la necesidad de vivienda del mismo.³

Para terminar de delimitar el concepto de vivienda familiar, hay que hacer referencia a la habitualidad en la que se desarrolla la convivencia familiar. Además de estas dos características se exige por parte de la doctrina y de la jurisprudencia que la vivienda familiar posea unas condiciones mínimas de habitabilidad⁴. Es por ello que parece que se excluyen del concepto de vivienda familiar las chozas, cabañas o construcciones en ruinas aunque el legislador no requiere que el habitable deba reunir determinados mínimos. Más, puesto que sólo se exige que se trate de un lugar destinado a vivienda y es evidente que no todas las personas pueden acceder a una vivienda digna, debe concluirse que, aunque no presente determinados requisitos para ser considerada digna,

³ SANCHEZ ALONSO, M: *“Tratado de Derecho de Familia, 2ª Edición, Segunda Parte: Medidas en los procesos de familia”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 849.

⁴ CHAPARRO MATAMOROS, P: *“Derecho de uso y vivienda familiar: Su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 63.

sigue siendo un vivienda y, que por ello queda sometida al estatuto legal particular de este tipo de bienes.

Del propio concepto de vivienda también se excluyen las fábricas, almacenes y lugares donde se lleven a cabo negocios o se ejerza una determinada profesión. Como último inciso, al presentar la vivienda el carácter de habitualidad, el Tribunal Supremo ha excluido viviendas o locales que no sean aquellos en los que se constituya la vivienda familiar.⁵

Por último, resulta necesario resaltar la diferencia entre vivienda familiar y vivienda conyugal. La vivienda conyugal constituye la residencia habitual de los cónyuges, fijada por ellos de común acuerdo y, en caso de desacuerdo, se fijará por el Juez tal y como aparece regulado en el art. 70 CC, donde se ejercitan los deberes y se cumplen las obligaciones derivadas del matrimonio. Este concepto se relaciona necesariamente con el concepto de vivienda familiar debido a que, una vez disuelto el matrimonio, solo cabe hablar de la vivienda familiar. Por tanto, cuando cuando la familia no tiene por base el matrimonio, la residencia habitual puede ser configurada como la vivienda familiar, por ejemplo en el supuesto de parejas no casadas o en los supuestos en que un progenitor reside con sus hijos en los casos de crisis matrimonial

De este modo, la vivienda conyugal presupone una relación matrimonial entre los cónyuges. Sin embargo, la vivienda familiar es considerada como tal, desde el punto de vista de los hijos, independientemente de la condición matrimonial o no de su filiación.⁶

2.2. EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

El uso de la vivienda familiar se puede decidir por parte de los cónyuges de mutuo acuerdo o lo puede decidir el juez en caso de que los cónyuges no consigan alcanzar una acuerdo. La Jurisprudencia más reciente considera que la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges con motivo de la declaración judicial de nulidad, separación o divorcio del matrimonio es un efecto vinculado a esa declaración judicial, en el ámbito de los artículos 90 y 96 del CC, como un derecho de uso de

⁵ CUENA CASAS, M: “El régimen jurídico de la vivienda familiar, en AA.VV.(YZQUIERDO TOLSADA, M): *Tratado de Derecho de la Familia. Volumen 3*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 298 a 300.

⁶ *Idem*, pág. 291

naturaleza personal, asistencial, temporal y provisional. Por tanto, se establece con claridad que este derecho de uso no presenta un carácter de perpetuidad. Esto se proyecta en lo estipulado en el art. 96 CC, donde se fijan los caracteres de provisionalidad y temporalidad a la atribución del uso de la vivienda familiar.⁷

El derecho de uso de la vivienda familiar es intransferible, inalienable e inajenable y se constituye sobre un bien inmueble, que sería la vivienda familiar y permite hacer un uso y disfrute de la misma aunque la persona que ostente ese derecho no ostente la titularidad de la misma. Además es un dicho que abarca los bienes muebles que haya en la vivienda familiar.

La persona que ostente ese derecho de uso está legitimado para percibir los frutos que genere el inmueble para poder cubrir sus necesidades y las de su núcleo familiar pero también ostenta del deber de afrontar todos los gastos que conllevan el mantenimiento y la conservación del bien inmueble.

El derecho de uso de la vivienda familiar se atribuye por el Juez mediante la sentencia que ponga fin al procedimiento contencioso o se atribuye mediante la aprobación de un convenio regulador. Es un derecho subjetivo que ostenta el cónyuge al que le corresponda en base a lo que establezca el art. 96 CC sobre los criterios de atribución o por lo que se haya acordado entre los cónyuges.

Haciendo hincapié en la naturaleza jurídica del derecho de atribución de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales, ya hice alusión anteriormente al carácter personal que otorgaba la jurisprudencia más reciente. Sin embargo, existen diversas teorías en torno a su naturaleza como derecho real, como derecho personal o incluso como derecho “familiar”. Sobre ello, existen dos posiciones doctrinales y jurisprudenciales: los que consideran que se trata de un derecho personal entre las partes interesadas dentro del proceso de familia; y, los que consideran que se configura como un derecho real. En los derechos reales se concede un poder directo e inmediato sobre la cosa con derecho a reclamarla y con oponibilidad erga omnes.

Sin embargo, en este caso la oponibilidad erga omnes queda protegida, con independencia de su naturaleza, por la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad, por lo que resulta oponible frente a terceros.

⁷ SANCHEZ ALONSO, M.: *op. cit.*, pág. 852.

En consecuencia, este derecho se constituye como un derecho personal con eficacia real que es oponible *erga omnes* pero sólo cuando éste derecho accede al Registro de la Propiedad. Fuera del ámbito registral, el derecho de uso de la vivienda familiar sólo se puede hacer valer frente al titular de la vivienda que no está haciendo uso de la misma y a la persona que no es titular de la vivienda pero sí hace un uso y disfrute de ella.⁸

En la STS núm. 859/2009, de 14 de enero de 2010⁹ se afirma que “Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad”.

En unificación de doctrina se afirma que el derecho a usar la vivienda familiar es un derecho de carácter familiar por lo que no es un derecho real. Dicha denominación ya había sido utilizada por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antes denominada como Dirección General de los Registros y del Notariado), añadiendo que el derecho a usar la vivienda familiar es un derecho familiar que no puede ser categorizado como un derecho personal o real debido a que esa diferenciación solo es indicada en el sector de los derechos patrimoniales, no en el de los derechos familiares. Por tanto, desde este punto de vista, se entendería al derecho de uso de la vivienda familiar como un derecho de carácter familiar pero que a su vez pueda ser un derecho personal o real, según la naturaleza jurídica deducida de sus efectos en el tráfico jurídico.¹⁰

2.3. PROBLEMA PLANTEADO SOBRE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASO DE CRISIS MATRIMONIAL.

En la práctica, cuando existen casos de crisis matrimonial, se presenta un gran problema a la hora de decidir cuál de los dos cónyuges se quedará habitando la vivienda

⁸ CERVILLA GARZÓN, M.I.: “Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, núm 4, 2017, pág. 8.

⁹ STS 859/2009, de 14 de enero.

¹⁰ CERVILLA GARZÓN, M.I.: *op. cit.*, pp. 9 a 10.

familiar y cuál de ellos deberá abandonarla, entre otras causas, debido a la desaparición de la obligación de convivir juntos desde el momento de interposición de la demanda.¹¹ La atribución del uso del domicilio familiar se puede producir en distintos momentos y a través de distintas vías jurídicas, ya en sede de medidas provisionales, ya en el convenio regulador, o ya como medida definitiva en el caso en que el divorcio sea contencioso.

En el supuesto de que se produzca esa atribución de la vivienda familiar mediante un convenio regulador, en el que resulta necesario, evidentemente, el acuerdo entre los cónyuges, resulta necesario que el convenio se adecue a lo dispuesto en el art. 90.2 CC, es decir, que no resulte dañino para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

Si no se produce el acuerdo entre los cónyuges, el Juez resolverá a través del procedimiento contencioso en base a lo fijado en el art. 91 y 96 CC siempre teniendo presente el interés más familiar que resulte más necesitado de protección.¹²

Tal y como queda reflejado en la STS núm. 73/2014, de 12 de febrero de 2014, “la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar suele comportar una mayor dificultad de resolución en los supuestos en los que no existen hijos menores, dada la necesidad de ponderar el interés más necesitado de protección. En estos casos, la atribución del derecho de la vivienda supone realizar un juicio de ponderación del concepto jurídico indeterminado del interés más necesitado de protección, atendiendo a las circunstancias concurrentes, los intereses dignos de protección y la situación de cada cónyuge”.¹³

3. CUESTIONES EN LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

3.1. LA PROPIEDAD DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Al adentrarnos en la cuestión de la propiedad de la vivienda familiar, parecería lógico pensar que si la vivienda familiar, en el caso en que ésta sea propiedad privativa de uno

¹¹ MARTÍN MELÉNDEZ, M.I.: “*Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*”, Thomson, Navarra, 2005, pág. 22.

¹² PINTO ANDRADE, C.: “*La atribución del uso de la vivienda familiar*”, Bosch, Barcelona, 2011, pág. 52.

¹³ STS 73/2014, de 12 de febrero.

sólo de los cónyuges, deberá serle indudablemente, en base a esa condición de propietario, atribuido el uso de la vivienda familiar. Pero no es la solución por la que ha optado siempre el legislador que entiende que, en algunos casos, debería también poder optar al uso de la vivienda familiar, el cónyuge no titular, y ello puesto que, éste también ha consolidado unas expectativas sobre la vivienda.

En consecuencia, la solución legal preferente es la de atender no sólo o no siempre al criterio de la titularidad sino antes bien al interés más necesitado de protección.¹⁴

En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, con carácter general, ante la ausencia de hijos del matrimonio o con la independencia de estos, se produce la atribución de la vivienda familiar al cónyuge propietario de la vivienda sin que se fije una limitación temporal del uso de la vivienda.

Con carácter excepcional, es posible la atribución del uso al cónyuge no titular siempre que, atendidas las circunstancias, resulte aconsejable y su interés sea el más necesitado de protección tal y como queda reflejado en el párrafo tercero del art. 96 CC. Sin embargo, esto solo suele ocurrir en casos puntuales y cuando es inviable que el otro cónyuge pueda acceder a otra vivienda y el titular de la misma sí tenga los medios suficientes para ello.

Resulta necesario que se lleve a cabo una concreción sobre el interés más necesitado de protección en cada caso concreto. La carencia de medios económicos que le permitan al cónyuge solicitante de la atribución para poder acceder a otra vivienda, las circunstancias personales del cónyuge solicitante o la utilización que lleva a cabo del domicilio como su lugar de trabajo son algunas de las situaciones en las que aprecia ese interés más necesitado de protección.

Cuando se dan estos supuestos de hecho que permitirían esa atribución de la vivienda familiar al cónyuge solicitante, se estipula un plazo determinado a la misma, de tal manera que ésta durará hasta el momento en el que dicho cónyuge pueda mejorar su situación económica y pueda acceder a otra vivienda.¹⁵

Al realizar una interpretación extensiva del párrafo tercero del art. 96 CC, hay que hacer referencia a su aplicación, no solo en el supuesto de que uno de los cónyuges no

¹⁴MARTÍN MELÉNDEZ, M.I.: *op. cit.*, pág. 23.

¹⁵ GONZÁLEZ COLOMA, G.: “*Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución del uso de vivienda familiar*”, Dykinson, Madrid, 2019, pág. 157.

sea el titular de la vivienda, sino que se aplica también al cónyuge que es parcialmente propietario de la vivienda por ser ésta de carácter común o ganancial.

Esta interpretación ha sido aplicada en la STS número 3439/2017, de 27 de septiembre de 2017 (ROJ: STS 3439/2017), concretamente en el fundamento de derecho primero al hacer referencia a la atribución del uso de la vivienda familiar siendo esta de carácter ganancial.¹⁶

En el supuesto en que la vivienda pertenezca a ambos cónyuges por ser un bien ganancial o por haberse adquirido en régimen de comunidad ordinario, la atribución de su uso como medida no podrá ser definitiva y deberá otorgarse al cónyuge que en cada momento concreto presente un interés más necesitado de protección. En caso contrario, si la atribución de la vivienda familiar tuviese carácter definitivo para uno de ellos, esto supondría para el otro cónyuge la expropiación de la facultad que presenta de usar la vivienda y esto supondría la vulneración de lo dispuesto en el artículo 47 de la CE.¹⁷

Debido a lo mencionado anteriormente, resulta evidente el carácter subordinado del criterio de la titularidad de la vivienda frente al del interés más necesitado de protección.

Otro supuesto objeto de estudio es el de la titularidad compartida por ambos cónyuges de la vivienda familiar, la mayor parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo señala que se tendrá en cuenta en base a la discrecionalidad del juez, cuál es el cónyuge titular que ostenta un interés más necesitado de protección para que se pueda justificar la atribución de la vivienda familiar a dicho cónyuge y siempre condicionada a una duración determinada.

En base a esto, se deberá atender a criterios de carácter económico, personal y social para así poder realizar una comparación entre las situaciones de ambos a la hora de decidir sobre la atribución de la vivienda familiar.¹⁸

Es importante resaltar que, aunque el párrafo tercero del art. 96 CC, hace referencia de manera clara a la no existencia de hijos, no solo se refiere a ese supuesto, sino

¹⁶ STS 527/2017, de 27 de septiembre.

¹⁷ MARTÍN MELÉNDEZ, M.I.: op, cit., pág 119.

¹⁸HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: “*Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*”, Reus, Madrid, 2017, pág 85.

también, a los supuestos en los que existen hijos, pero estos no conviven con ninguno de los cónyuges o, conviviendo con ellos, son independientes económicamente¹⁹

3.2. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EXISTIENDO HIJOS.

3.2.1 HIJOS MENORES E HIJOS MAYORES DE EDAD.

En primer lugar, es necesario hacer referencia a que la corriente doctrinal y jurisprudencial mayoritaria considera que el término “hijos” engloba tanto a los hijos menores de edad como a los mayores de edad dependientes económicamente.

No obstante, en orden a la ponderación de los distintos intereses que convergen en la decisión relativa al uso de la vivienda familiar, la jurisprudencia opera de manera diferente en función de si se trata de hijos mayores o menores de edad.

Los hijos mayores de edad dependientes económicamente se pueden definir como los hijos que, al momento de producirse la separación de sus progenitores, carecen de unos ingresos propios, ya sea porque continúan formándose, se encuentran en una situación de desempleo o los ingresos obtenidos de su trabajo no les permiten conseguir una dependencia económica.

En el art 93.2 CC se reconoce un derecho de alimentos a estos hijos en base a lo anteriormente expuesto y que se regula en los arts 142 y ss del Código Civil. Dentro de ese derecho de alimentos, se encuentra “la habitación”, siendo ésta la razón de que la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia consideran que la atribución del uso de la vivienda familiar satisface una parte de ese derecho de alimentos y esto justificaría la inclusión de los hijos mayores de edad dependientes económicamente como sujetos protegidos en el art. 96.1 CC.²⁰ Resulta necesario en este caso, acreditar la existencia de esa situación de necesidad y llevar a cabo una valoración sobre si esos hijos ostentan el interés más necesitado de protección.

En esta tesis en la que se incluyen a los hijos mayores de edad, se hace referencia a que si el legislador hubiese querido incluir solamente a los hijos menores de edad lo hubiese indicado de manera expresa. De esta manera, entendemos que el legislador ha

¹⁹ GARCÍA PRESAS, I.: “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar, en derecho común”, en AA.VV (CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G): *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, 1ª ed., Reus, Madrid, 2019, pág. 81.

²⁰ GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Ed. La Ley, Madrid, 2020, pp. 106 a 107.

utilizado una terminología demasiado general, en vez de ser mas concreto y preciso, especificando si se refiere a los hijos menores como a los mayores de edad económicamente dependientes.

La segunda corriente doctrinal y jurisprudencia mantiene la exclusión de los hijos mayores basándose en que el interés de los hijos menores es el que realmente justifica la privación al otro cónyuge de la atribución del uso de la vivienda familiar debido a la vinculación que existe entre el menor y el lugar en el que desarrolla su vida cotidiana.

Esta justificación se relaciona con la teoría del apego que considera que, en los supuestos de crisis matrimonial, lo más conveniente para el menor es que se mantenga en su entorno habitual, tanto en el ámbito doméstico, doméstico, social, etc.

Esta corriente considera que ese interés necesitado de protección no concurre en los hijos mayores de edad dependientes económicamente, ya que, debido a su madurez, pueden hacerle frente a la separación de sus progenitores de una mejor manera.²¹

Conforme a la doctrina del Tribunal Supremo (En adelante TS) , la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo, no es un factor decisivo para la adjudicación del uso de la vivienda familiar , puesto que esa necesidad de habitación del hijo mayor de edad debe ser satisfecha en base a lo dispuesto en el art 142 y ss del CC que regula los alimentos entre parientes y admite su satisfacción mediante la inclusión de la cantidad indispensable para habitación a la hora de cuantificarla, o bien recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ella. Así aparece reflejado en la STS núm. 624/2011 de 5 de septiembre de 2011 (ROJ: STS 6237/2011)²², ya que, en referencia a los hijos mayores de edad, se podría entender que no debe vincularse el derecho de uso de la vivienda familiar con el derecho de alimentos que tienen los hijos mayores de edad previsto en el artículo 93.2 CC.

El TS se ha pronunciado en numerosas ocasiones en relación a la atribución de la vivienda familiar cuando los hijos son mayores de edad. Uno de los argumentos que utiliza es que en el primer párrafo del art. 96 CC se atribuye el uso de la vivienda a los hijos como concreción del principio favor filii pero que cuando sean mayores de edad, rigen otras reglas, teniendo en cuenta la diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos.

²¹SÁNCHEZ ALONSO, M.: “Atribución del uso de la vivienda familiar”, en AA.VV (ROCA TRÍAS, E., Coord.): *Crisis matrimoniales*, 5ª ed., Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2021, pág 205.

²² STS 624/2011, de 5 de septiembre.

Así, mientras la protección y la asistencia que se le deben dar a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre lo mismo en el caso de los hijos mayores de edad, salvo que así lo establezca una ley determinada. En base a lo expuesto anteriormente, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre alimentos que reciba el hijo o hijos mayores, y por tanto hay que basarse exclusivamente en lo dispuesto en el tercer párrafo del art. 96 CC conforme al cuál no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes por el tiempo que prudencialmente se fije corresponderá al cónyuge no titular, siempre que atendiendo a las circunstancias, resultase aconsejable y su interés fuese el más necesitado de protección.²³

Según la conclusión que podemos extraer de las Sentencias de la Audiencia Provincial (En adelante SAP) de Madrid núm. 601/2017 de 11 de julio de 2017 y de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 293/2020 de 17 de septiembre de 2020, cuando se produce la atribución de la vivienda familiar mientras los hijos son menores, pero más adelante se alcanza la mayoría de edad de éstos, esta nueva situación se decidirá teniendo en cuenta el interés de superior protección y se establecerá por un periodo determinado. De esta forma pueden ambos progenitores instar un régimen distinto del que fue inicialmente fijado cuando los hijos eran menores.²⁴²⁵

Cabe mencionar que, el deber de alimentos de los padres a los hijos, incluida la habitación (art. 142 CC), subsiste y no se extingue por el mero hecho de alcanzar la mayoría de edad, siempre que siga existiendo el estado de necesidad, por lo que en su caso, deberá instarse la modificación de medidas, en cuyo momento, y atendiendo a las circunstancias que se dan en el momento concreto se resolverá lo que proceda pero no cabe establecer una privación del uso de la vivienda familiar por el hecho de que pronto va iba a adquirir la mayoría de edad .

Queda comprobado que la cuestión sobre la extinción o no del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a los hijos menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, una vez que los hijos han alcanzado la mayoría de edad se ha visto reflejada en

²³ SÁNCHEZ ALONSO, M.: *op. cit.*, pág. 208.

²⁴ SAP de Madrid 601/2017, de 11 de julio.

²⁵ SAP de Asturias 293/2020, de 17 de septiembre.

la doctrina de las Audiencias²⁶. Así, en la SAP de Málaga (Sección 6ª) núm. 645/2015 de 22 de octubre²⁷, se hace alusión a que el deber de alimentos que tienen los padres sobre los hijos, en el que se incluye la habitación, no desaparece con el hecho de que los hijos menores alcancen la mayoría de edad, puesto que, si sigue existiendo el interés necesitado de protección, se podrá solicitar la modificación de medidas en base a las circunstancias concurrentes y se resolverá lo que proceda.

Otro punto de vista, se basa en que una vez que los hijos menores hayan alcanzado la mayoría de edad se extinga el derecho de uso de la vivienda familiar atribuido en su momento en base a esa minoría de edad. En la SAP de Madrid (Sección 22ª) núm 954/2015 de 6 de noviembre se indica en su fundamento de derecho segundo que *“Conforme a las últimas tendencias del Tribunal Supremo, sentencias de fecha 5 de septiembre de 2011 y 30 de marzo de 2012, se estima adecuado limitar la atribución de uso de la vivienda familiar a favor de Humberto y Margarita , y de Dª. Leticia en su condición de progenitora custodio, hasta el momento en el que por la menor de ellos, Margarita , se alcance la edad de 18 años, como postula Dº. Roque. Llegado dicho punto cronológico se extinguirá automáticamente la atribución exclusiva y excluyente, sin necesidad de nueva declaración”*.²⁸

En la SAP de Cádiz (Sección 5ª) núm 256/2016 de 14 de junio se realiza un pronunciamiento en el mismo sentido al manifestar que *“En definitiva, debemos señalar que la duración de la medida que analizamos se caracteriza por su provisionalidad y temporalidad, y que este carácter temporal es predicable tanto de los supuestos contemplados en los dos primeros párrafos del artículo 96, pues su duración depende del momento en que el menor de los hijos menores alcance la mayoría de edad, ya que tal atribución vino determinada, única y exclusivamente, por razón de su minoría de edad (sin perjuicio de que el uso pueda mantenerse por mas tiempo en los casos en que el cónyuge beneficiario de esta medida siga ostentando el interés familiar mas necesitado de protección y con sujeción, si alguna de las partes lo pide en ulterior proceso, a un tiempo prudencial), como de los casos a que se refiere el párrafo 3o de*

²⁶ ORDÁS ALONSO, M.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Ed. Bosch, Madrid, 2018, pág. 205.

²⁷ SAP de Málaga 645/2015, de 22 de octubre.

²⁸ SAP de Madrid 954/2015, de 6 de noviembre.

*dicho precepto legal, respecto de los que se impone al juzgador el deber de fijar prudencialmente un límite temporal”.*²⁹

De estas dos corrientes se desprende que una vez que los hijos menores han alcanzado la mayoría de edad, se debe comprobar si en ese momento uno de los progenitores ostenta un interés más necesitado de protección para que se pueda aplicar lo dispuesto en el art. 96 CC párrafo 3º y atribuírsele a éste el uso de la vivienda familiar por un plazo concreto y determinado.

3.2.2. HIJOS COMUNES Y NO COMUNES

También, algunas resoluciones operan sobre la distinción entre el carácter común o no de los hijos afectados por las medidas relativas al hogar familiar. Hay que contemplar las situaciones en las que existen hijos comunes y no comunes y analizar si esos hijos no comunes se pueden tener en cuenta a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges en base a que posee la guarda y custodia de los hijos no comunes.

Esta cuestión se puede resolver teniendo en cuenta que, en primer lugar debe quedar claro que el propio art. 96 CC sólo hace referencia a los hijos comunes de los cónyuges. Además, hay que tener en cuenta que el art. 1362 CC en su apartado primero, establece que “ *La alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar*”. Por tanto, estos deberes no se refieren a cargas del matrimonio sino de la sociedad de gananciales. Debido a ello, en los supuestos en los que existan hijos comunes y no comunes, para decidir sobre la atribución de la vivienda familiar se debería atender al interés más necesitado de protección de los dos cónyuges.

3.3. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: EL INTERÉS MÁS NECESITADO DE PROTECCIÓN Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Para empezar a analizar los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar, considero necesario, para poder obtener un estudio detallado sobre esos criterios, establecer una clasificación entre las distintas clases de guarda y custodia existentes. De

²⁹ SAP de Cádiz 256/2016, de 14 de junio.

esta manera, se podrán analizar los diversos criterios de atribución utilizados en cada supuesto para una mayor facilidad de comprensión.

Se intentará llevar a cabo un análisis de jurisprudencia reciente dictada por el Tribunal Supremo, que se ha encargado de resolver algunas cuestiones en base a la aplicación del Derecho vigente sobre situaciones que no se han regulado de manera concreta, aunque resulten frecuentes en la sociedad actual.

3.3.1. SUPUESTO DE GUARDA Y CUSTODIA PARTIDA O DISTRIBUTIVA

El art. 96.1 CC establece en su último párrafo que *“Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente”*. Este precepto está vinculado con el supuesto en el que la guarda y custodia de los hijos esté repartida entre ambos progenitores, de manera que unos hijos quedan bajo la guarda y custodia de un progenitor y los restantes hijos bajo la del otro progenitor.

Aunque, es cierto que en el art. 92.4 CC, se lleva a cabo una “recomendación” para así no tener que separar a los hermanos, fijando así que *“Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges”*.

Se ha creado, por tanto, una solución por parte del legislador, basada en que el juez decida lo que estime procedente según el caso concreto.

Esta solución puede dar lugar a grandes problemas interpretativos porque existe un gran margen de discrecionalidad al Juez en el momento de tomar una decisión sobre la atribución de la vivienda familiar.

Aunque nos encontremos ante un concepto jurídico indeterminado, la decisión que tome el juez respecto al supuesto concreto siempre debe velar por el interés más necesitado de protección que es el mismo criterio que se fija en el art. 96.2 CC en el supuesto en el que no existan hijos. Debido a esta ambigüedad que se refleja en el precepto, ha sido la Jurisprudencia la que ha ido perfilando cómo debe resolver el juez, entendiendo el TS que el juez deberá tener en cuenta tanto los intereses de los hijos como los de los cónyuges, analizando las circunstancias que concurran en cada caso concreto.

Las circunstancias que puede tener en cuenta el juez a la hora de decidir sobre esa atribución de la vivienda familiar son: El número de hijos que queden con uno y otro

cónyuge, los recursos económicos del grupo familiar, la capacidad para disponer de otras viviendas o la salud de los progenitores y de los hijos entre otras.

Cabe mencionar que, si las circunstancias que determinaron en su momento, la atribución de la vivienda familiar desaparecen o se modifican, el otro progenitor podrá solicitar el cambio en la atribución asignada de la vivienda.³⁰

Uno de los posibles criterios de atribución, que podría tomar en consideración el juez es que, siempre que las necesidades de habitación de los menores sean satisfechas, es el de la titularidad dominical del inmueble y atribuir el uso de la vivienda al titular único de la misma y si ambos progenitores fuesen titulares de la vivienda, en la medida de lo posible, intentar transmitirla para que el precio que se obtenga con ello, le brinde la posibilidad a cada uno de disponer, al menos de manera parcial, de medios para adquirir una nueva vivienda. Si las circunstancias concurrentes, desaconsejan o incluso impiden la enajenación, siempre se podría establecer una contraprestación directa o mediante la cuantía de la pensión alimenticia.³¹

Por todo lo expuesto anteriormente, considero necesaria la modificación del art 96 del CC sobre este tema y establecer los criterios mencionados anteriormente para valorar quién ostenta el interés más necesitado de protección. De esta forma, se podría llevar a cabo una mejor interpretación del precepto por parte del juez a la hora de decidir sobre el supuesto concreto puesto que el término “ lo procedente” resulta bastante confuso y ambiguo.

Por último, respecto al plazo sobre la atribución de la vivienda familiar en los casos de guarda y custodia repartida, se debe fijar un plazo limitado de tiempo sobre el uso puesto que se ha de aplicar por analogía la limitación fijada en el art.96.2 CC para casos de custodia compartida. Teniendo en cuenta también que, en el caso de la custodia exclusiva no se fija la atribución del uso de la vivienda familiar por un tiempo ilimitado.

3.3.2. SUPUESTO DE GUARDA Y CUSTODIA EXCLUSIVA

Para comenzar, es necesario realizar un análisis sobre el art. 96.1 del CC, en cuál se establece que “*En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad*

³⁰ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., “La atribución del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia”, en AA.VV(LASARTE ,C Y CERVILLA, M.D.; Dir.): *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, 1ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 761 a 762.

³¹ ORDÁS ALONSO, M.: *op. cit.*, pág. 210.

judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. El precepto hace referencia a los supuestos en los que se la guarda y custodia de los hijos se atribuye a uno sólo de los progenitores.

En este precepto se puede observar un carácter imperativo, puesto que el juez a la hora de atribuir la vivienda familiar, debe atender al interés del menor que prevalece frente a los intereses patrimoniales de los cónyuges, en base a la aplicación del principio *favor filii* que orienta la actuación judicial y que se basa en la protección integral de los hijos, primando el derecho del menor sobre cualquier otro interés legítimo que se encuentre en conflicto.

En la decisión que tome el órgano judicial, se tendrá como objetivo evitar que los hijos menores sufran alguna perturbación o daño intentando que se mantenga una estabilidad en la residencia de los hijos menores y conservar, en la medida de lo posible, unas condiciones familiares similares a las de antes de la ruptura matrimonial para que resulte más llevadero el cambio que supone para los menores la separación o el divorcio de sus progenitores.³²

Esa atribución de la vivienda familiar es una forma de protección que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quiénes son sus propietarios.

Aunque la atribución de la vivienda familiar de forma diferente a la establecida en el artículo 96.1 CC, según diversas corrientes doctrinales y jurisprudenciales, sería posible si ambos progenitores lo acuerdan o, incluso sin pacto, se producen las circunstancias que lo aconsejen. Sólo cuando el interés del menor resulte cubierto adecuadamente en otra vivienda que no sea la familiar, es decir, que sea idónea para poder satisfacer el interés del menor, se respetaría el sentido que el legislador ha querido darle al artículo 96.1 del código civil.

La redacción que se encuentra prevista en el anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental recoge lo dispuesto en diversa jurisprudencia del TS, estableciendo que del art 96.1 del CC deberá quedar redactado de la siguiente manera:

³²MINERO ALEJANDRE, G.: “Crisis familiar y derecho de uso de la vivienda familiar. análisis crítico de la jurisprudencia española y propuestas de lege ferenda”, *Revista Jurídica de la Comunidad Autónoma de Madrid*, núm 42, 2021, pág. 138.

“El juez podrá probar, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, las medidas que pacten los progenitores sobre el lugar o lugares de residencia de los hijos menores o con la capacidad judicialmente completada que dependan de ellos, o acordará aquellas que considere procedentes en congruencia con las medidas acordadas sobre la guarda y custodia de los hijos, debiendo quedar, en todo caso, garantizado adecuadamente su derecho a una vivienda digna”. Por tanto, aquí no se establece una garantía del derecho de uso de la vivienda familiar de manera automática a los hijos y al cónyuge en cuya compañía quedan sino que, el juez decidirá en base al interés del menor, que es el que se considera más digno de protección.³³

Esta interpretación del art 96.1 CC se lleva a cabo por la jurisprudencia debido a que se pueden producir situaciones injustas al aplicar de manera automática ese precepto, ya que al no tenerse en cuenta el interés del cónyuge que se encuentra en una situación de mayor necesidad, se le podría ocasionar un grave perjuicio. Por ejemplo, resultaría especialmente gravoso para el excónyuge no custodio, sobre todo cuando la vivienda familiar sea un bien privativo de este. Por tanto, no se puede negar que, en algunos casos concretos sobre la atribución de la vivienda familiar, pueden existir intereses que necesiten ser igual o más protegidos por el ordenamiento jurídico que el propio interés del menor.

Esta interpretación se puede ver reflejada en la STS núm 777/2013 de 3 de diciembre (ROJ: STS 5714/2013). En esta sentencia, se atribuye la vivienda familiar a la madre que no ostenta la guarda y custodia de las dos hijas menores debido a que su interés es el más necesitado de protección, *“dado que las menores tenían cubierta la necesidad de alojamiento, al residir el padre en una vivienda de alquiler de elevada renta, sería la madre la que haría uso de la misma, hasta la extinción del condominio, dado que ese era el interés más necesitado de protección, al encontrarse la madre en una situación precaria”*.³⁴

Por otro lado, en la STS núm 524/2017 de 27 de septiembre (:ROJ: STS 3371/2017), también se produce una excepción sobre la atribución de la vivienda familiar a los hijos menores, al atribuírsele la vivienda al cónyuge no custodio. Ello debido a que la

³³ MÚRTULA LAFUENTE, V.: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Ed, Dykinson, Madrid, 2016, pág. 265.

³⁴ STS 777/2013, de 3 de diciembre.

progenitora custodia dispone de otra vivienda que cumple con los requisitos necesarios de habitabilidad para ver satisfecha la necesidad de habitación del menor.³⁵

Se pueden contemplar también algunos ejemplos paradigmáticos en los que el TS prescinde de la existencia de otros intereses más necesitados de protección que los representados por los menores. Uno de ellos se produce en la STS núm 724/2016 de 5 de diciembre (ROJ: STS 5308/2016)³⁶.

En esta sentencia, al estimarse un recurso de casación, se produce la atribución del uso de la vivienda familiar a la madre custodia y a sus hijas, aunque en el momento en que la Audiencia realiza su pronunciamiento, las menores llevaban 3 años fuera del domicilio familiar y el padre padece una precaria situación económica además de una enfermedad psíquica, por lo que esa atribución de la vivienda a la madre puede afectar a su estabilidad.

Queda claro que las situaciones a las que debe atender el juez para determinar quién ostenta un interés más necesitado de protección son los siguientes:

1º La capacidad económica de cada progenitor determinándose si los progenitores tienen recursos suficientes para poder disponer de otra vivienda, ya sea en propiedad o alquilada, cerca vivienda familiar que sirva de habitación adecuada para sí mismo y para los hijos menores en los periodos en los que queden en su compañía.

2º La titularidad dominical de la vivienda familiar evitando atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular de la misma para no perjudicar los derechos dominicales del progenitor excluido del uso, salvo que sea la única forma de garantizar el interés de los hijos. Si ambos progenitores son propietarios de la vivienda familiar, se debería limitar el uso de la misma por un plazo concreto o hasta que se produzca la liquidación del régimen económico matrimonial o la extinción del condominio sobre la vivienda.

3º La capacidad de los cónyuges de disponer de otras viviendas.

4º La situación laboral y personal de los cónyuges.³⁷

Por tanto, resulta necesario estudiar cada caso concreto para poder analizar los dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges:

A. El carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida

³⁵ STS 524/2017, de 27 de septiembre.

³⁶ STS 724/2016, de 5 de diciembre.

³⁷ GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: *op. cit.*, pág. 133.

B. Los hijos no precisen de la vivienda porque sus necesidades de habitación estén cubiertas mediante otros medios, siempre que la otra vivienda sea idónea para satisfacer ese interés superior de protección.³⁸

Hay que hacer una mención sobre la duración de la atribución de la vivienda fijada en el art. 96.1 CC ya que, se establece un límite temporal del derecho de uso de la vivienda que es el de la mayoría de edad de los hijos. En el caso de que hayan varios hijos, la atribución del uso de la vivienda es hasta que el menor de ellos alcance la mayoría de edad.

Por todo lo expuesto, resulta necesaria esa modificación del art 96.1 CC para que resulte, estudiando el caso concreto, resulte protegido el interés del menor sin perjudicar o dañar el interés de ninguno de los cónyuges de modo que no resulte desfavorecido, en la medida de lo posible, ningún miembro de la unidad familiar.

3.3.3. SUPUESTO DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Para poder adentrarnos en el ámbito de la atribución de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida, resulta conveniente hacer alusión a la publicación por parte del Consejo General del Poder Judicial de 20 de junio de 2020 sobre la guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida en la que reclama la introducción en el CC de *“una regulación legal completa de los diferentes regímenes de custodia, incluyendo la custodia compartida, al modo en que se viene haciendo en las legislaciones autonómicas”*³⁹

Hoy en día han ido surgiendo cambios respecto a la guarda y custodia de los hijos debido a que ambos cónyuges se intentan involucrar en igual medida en el cuidado de sus hijos. Por ello, ese cada vez más frecuente que se establezca un régimen de custodia compartida.

La guarda y custodia compartida se basa en la atribución a ambos progenitores de la custodia de sus hijos menores en igualdad de derechos y deberes tras una separación o divorcio. Esto se lleva a cabo mediante la permanencia de los hijos con sus progenitores

³⁸ ORDÁS ALONSO, M.: *op. cit.*, pág. 141.

³⁹ Disponible en:

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Guias--estadisticas--estudios-e-informes/Guias/Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-en-materia-de-custodia-compartida>
(fecha de última consulta: 11 de mayo de 2022)

en periodos alternos que podrán ser semanales, quincenales, mensuales, etc. Esta figura aparece regulada en el art. 92 CC.

Sin embargo, existe un problema de regulación debido a que, al introducirse la figura de la guarda y custodia compartida en la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, no se modificó el art. 96 CC. Es por ello, que al existir un vacío legal acerca de esa atribución de la vivienda familiar en los casos de guarda y custodia compartida, se considera necesario tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, modificar el mencionado artículo.

Mientras tanto, mediante la jurisprudencia se ha intentado llenar este vacío legal mediante una interpretación flexible del art. 96 CC aplicando por analogía lo dispuesto en el último párrafo del art 96.1º, en el cual se establece que: *“Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente.* En base a esto, el juez deberá resolver la cuestión sobre la atribución de la vivienda ponderando el interés más necesitado de protección puesto que, la discusión sobre donde permanecerán los miembros de la familia en los períodos en los que cada uno de los cónyuges custodios lleve a cabo el ejercicio de la custodia compartida es fundamental debe llevarse a cabo ponderando todos los intereses que hay en juego.⁴⁰

Además, se deberá tener en cuenta si la vivienda familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos o si pertenece a un tercero.

Hay que tener en cuenta que el Tribunal podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges por ser el interés familiar más necesitado de protección pero que dicho uso ya no será con carácter indefinido, sino que será temporal conforme a los criterios que el Juez tenga en consideración en cada caso concreto.

Empezaremos, haciendo referencia a los supuestos custodia compartida sin cambio de residencia para los hijos. En esta modalidad denominada *Birdnesting* el juez atribuye la vivienda familiar a los hijos, que son los que permanecen de manera constante en la vivienda familiar, y los progenitores son los que se irán alternando en la vivienda durante periodos de tiempo definidos. Este método de atribución puede ser bastante

⁴⁰ MINERO ALEJANDRE, G.: *op, cit.*, pág. 145.

satisfactorio para los intereses de los hijos menores ya que, se evita que los hijos estén continuamente desplazándose de domicilio, aportándoles una cierta estabilidad.

Sin embargo, existen para los progenitores consecuencias económicas que les pueden resultar desfavorables, ya que deben realizar la manutención de tres viviendas: una vivienda en la que cada progenitor resida cuando no se encuentren a cargo de sus hijos y la vivienda familiar común.⁴¹

Este método se suele aplicar con poca frecuencia puesto que en base a lo explicado, en muchos supuestos no es compatible con la capacidad económica de los progenitores. Un ejemplo de ello es la STS núm 215/2019 de 5 de abril (ROJ: STS 1363/2019), que en su fundamento quinto expone que: *“En cuanto a que los progenitores se alternen en la vivienda familiar; para que el niño no salga de la misma, es un sistema que impugna la parte recurrida y que no es compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común”*.⁴²

También se rechaza esta posibilidad en la SAP de Álava núm 250/2017 de 19 de mayo (ROJ: SAP VI 347/2017), debido a que *“la comunicación y colaboración es deficiente entre ambos progenitores”*.⁴³

El segundo método consiste en la atribución del uso a uno sólo de los progenitores. De esta manera, uno de los progenitores se queda residiendo en la vivienda familiar con los hijos durante el periodo que ostenta la guarda y custodia, mientras que el otro, debería buscar otra vivienda para habitar y compartir con los hijos cuando él sea quien los tenga en su compañía. En este supuesto, aunque este método se utiliza para proteger el interés del menor, queda claro que el progenitor que se queda residiendo en la vivienda familiar también resulta beneficiado de manera indirecta.

Uno de los requisitos que debe dar para que sea viable esté método es que las dos viviendas estén relativamente cerca entre ellas, para así evitar que esos desplazamiento por parte de los hijos les afecten de manera negativa y, de este modo, que no se tengan que desligar de su entorno habitual debido a la distancia entre ambos domicilios.⁴⁴

⁴¹ GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: *op. cit.*, pág. 189.

⁴² STS 215/2019, de 5 de abril.

⁴³ SAP de Álava 250/2017, de 19 de mayo.

⁴⁴ ORDÁS ALONSO, M.: *op. cit.*, pp. 224 a 225.

La atribución temporal de la vivienda familiar al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda es la solución mayoritaria que están adoptando los Tribunales, con independencia de a quién corresponda la titularidad del inmueble para que, de esta forma, pueda llevarse a cabo la convivencia durante los periodos en los que le corresponda tener a los hijos en su compañía. Un ejemplo claro se puede comprobar en la SAP de Albacete núm 424/2020 de 5 de octubre (ROJ: SAP AB 673/2020) en la cuál se atribuye la vivienda familiar a la madre debido a que los ingresos de ésta son menores que los del padre y por tanto, tiene unas condiciones desfavorables para poder acceder a una vivienda y conseguir una que tenga unas condiciones similares y esté ubicada cerca a la de la vivienda familiar.⁴⁵

En la STS núm, 228/2022 de 28 de marzo de 2022 (Roj: STS 1207/2022), *“procede fijar un plazo de dos años, desde la presente sentencia, por el que se atribuye la vivienda familiar a la progenitora, período con el que se contribuye a la adaptación al nuevo escenario económico, en el que deberá buscar nueva residencia, evitando un grave perjuicio al interés de los menores”*.

Tras el periodo fijado de dos años, la progenitora debe abandonar la vivienda familiar para así proceder a la venta o a la liquidación de la sociedad de gananciales.⁴⁶

Otra posibilidad es que, en el supuesto de que ninguno de los cónyuge ostentara un interés más necesitado de protección se le podría atribuir la vivienda al progenitor que fuese el titular de la misma ya que, siempre que resulte posible es preferible atribuir el uso de la vivienda familiar a su titular único, en su caso, haciendo coincidir el uso con la propiedad de la vivienda familia.

De este modo el interés de los hijos quedaría debidamente protegido en los periodos en los que convivan con ambos cónyuge debido a que el cónyuge no titular de la vivienda dispone de los medios económicos necesarios para acceder a otra vivienda.

Otras alternativas en el caso de que ambos progenitores fuesen titulares de la vivienda, consiste en no atribuir la vivienda a ninguno de ellos, o que el juez les aconseje la venta de la misma o la liquidación de la sociedad de gananciales como ya se vio reflejado en la sentencia del TS mencionada anteriormente.

Para concluir, respecto a la limitación temporal de la atribución de la vivienda al cónyuge que ostentara el interés más necesitado de protección se considera que se debe

⁴⁵ SAP de Albacete 424/2020, de 5 de octubre.

⁴⁶ STS 228/2022, de 28 de marzo.

fijar un periodo de tiempo ponderando los diversos intereses en juego que facilite la transición a una nueva vivienda del progenitor que tenga más dificultades para acceder a una y transcurrido el cual, la vivienda queda, en su caso, sometida al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales. Además, se considera que sólo en circunstancias muy concretas es posible una prórroga de la atribución de la vivienda, de lo contrario, podría llegar a convertirse en indefinido el uso de la vivienda familiar que los tribunales consideran que debe tener un carácter temporal debido a que se han estimado diversos recursos de casación interpuestos contra sentencias de instancias inferiores que fijaban el uso hasta la mayoría de edad de los hijos.

4. PRÉSTAMO HIPOTECARIO EN CASO DE DIVORCIO

Debido a que muchas parejas al contraer matrimonio, deciden realizar una compra de una vivienda y para poder adquirirla, en la mayor parte de los casos, solicitan un préstamo al banco, en el momento en que se produce una ruptura matrimonial, una de las cuestiones que quedan pendiente y que presenta gran importancia es ese préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar.

Surgen numerosos problemas sobre esta cuestión ya que, en muchas ocasiones los cónyuges no logran establecer un acuerdo sobre quién debe continuar realizando el pago del préstamo hipotecario dando lugar a conflictos. Se han dictado numerosos pronunciamientos sobre a quién le correspondía el abono de dicho pago en caso de no existir un acuerdo entre los cónyuges. Un ejemplo era que el abono del pago lo realizaban los titulares de la vivienda hipotecada que, normalmente, eran ambos cónyuges o sólo uno de ellos o que se realizaba el pago de esa cuota hipotecaria en base a los ingresos de ambos cónyuges, lo que daba lugar a un pago desigual debido a esas diferencias económicas. Otra opción era la de computar el pago del préstamo dentro de la pensión compensatoria o de la obligación de alimentos de los hijos sin generar ningún reembolso a favor del cónyuge que ha abonado el crédito una vez realizada la liquidación. Excepto el primer criterio, que ha sido el mayoritario, en los demás casos se produce una desigualdad y un enriquecimiento injusto por parte de uno de los cónyuges.

El problema radica en la conceptualización de la deuda hipotecaria como una carga del matrimonio cuando realmente se trata de una deuda de la sociedad de gananciales.⁴⁷

⁴⁷ GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: *op. cit.*, pp 339 a 340.

El TS se ha manifestado sobre esta , concretamente, en la sentencia núm 188/2011 de 28 de marzo (Roj: STS 1659/2011), la cuál sentó doctrina jurisprudencial. El caso en cuestión, se trataba de dos cónyuges que estaban casados bajo el régimen económico de gananciales y ambos eran deudores del préstamo hipotecario de la vivienda. Se interpusieron demandas por ambos cónyuges ante el Juzgado de Primera Instancia de Llíria (Valencia) donde la esposa solicitaba que el esposo abonase el total del préstamo hipotecario y una pensión de alimentos para los dos hijos además de una cantidad de dinero para atender a las cargas del matrimonio y la atribución del uso de la vivienda familiar. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estableció que *“con relación al pago de la cuota de préstamo hipotecario, debe concretarse que en ningún caso podrá satisfacerse a través de la pensión establecida a favor de los hijos, de modo que, teniendo en cuenta los ingresos de cada uno de los progenitores se satisfará el 80% del mismo por el ex esposo y el 20% por exesposa de cada una de las cuotas mensuales”*.

Además se dispone en la propia STS que *“el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el artículo 1362. 2ºCC y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los artículos 90 y 91 del código civil”*⁴⁸ Se dispone también que *“en la sociedad de gananciales existe una deuda frente al acreedor hipotecario y eso debe resolverse con los criterios del régimen económico matrimonial”*.

El pronunciamiento de esta sentencia dio lugar a que dejaran de dictar tantos pronunciamientos contradictorios que se realizaban en la jurisprudencia menor que generaba inseguridad jurídica.

Hay que tener en cuenta que el bien es común y, por tanto, la deuda también lo es y por ello el abono debe realizarse por ambos esposos. Hay que atender a la afirmación que hace el propio TS de que «el pago de las cuotas hipotecarias afecta al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges» y que debe resolverse en el ámbito de las normas de liquidación del régimen económico conyugal.

Por tanto, la sentencia de divorcio contenciosa no debe realizar ningún pronunciamiento sobre el pago del préstamo hipotecario, debido a que esta cuestión

⁴⁸ STS 188/2011, de 28 de marzo.

debe resolverse en el proceso de liquidación del régimen económico matrimonial, que es el ámbito propio en el que deben resolverse las cuestiones que se suscitan por las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.⁴⁹

La argumentación que lleva a cabo el TS, valdría no sólo para los casos en que el matrimonio se rigiera por el régimen de gananciales, sino también para los casados en separación de bienes. En el mismo sentido, la sentencia del TS núm 713/2012 de 26 de noviembre de 2012 (Roj: STS 7943/2012 aplica la misma doctrina a un caso en el que los cónyuges estaban casados en régimen de separación de bienes ya que se estima el recurso interpuesto por el esposo “*contra la sentencia que le obliga a asumir el 100% del pago de la cuota de la hipoteca que grava la vivienda que constituye el domicilio familiar, en contra de la jurisprudencia de esta Sala contenida en las sentencias de 28 de marzo de 2011 y 5 de noviembre de 2008 , según la cual el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar afecta al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los artículos 90 y 91 CC y por tanto el pago de la hipoteca cuando ambos cónyuges son deudores y el bien les pertenece, no puede ser impuesta a uno solo de ellos, sino que debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio, que en el caso lo es de separación de bienes*”⁵⁰

Hay que señalar que, tal y como se establece en el art. 1347.3 CC que los bienes gananciales son “*los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga por adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos*”. Esto hay que relacionarlo con lo dispuesto en el art. 1362.2 CC que fija como carga de la sociedad de gananciales “*la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes*”. Por tanto, debido a que la hipoteca se fija como una deuda de la sociedad gananciales, ya que la han contratado ambos cónyuges deben satisfacerlos ambos. Esta deuda deberá resolverse entre el momento de la disolución del matrimonio y la posterior liquidación del régimen económico matrimonial. Una vez que se haya dictado, tal y como se fija en el art.1392 CC, la sentencia de separación, si los cónyuges están casados en régimen de

⁴⁹ CUENA CASAS, M.: “Hipoteca y crisis conyugal”, *Revista de Derecho Civil*, núm 4, 2017, pág. 73.

⁵⁰ STS 713/2012, de 26 de noviembre.

gananciales, se extinguirá la sociedad de gananciales. En este momento aparece la comunidad “postganancial”.

De este modo, al seguir conservando la titularidad de los bienes, los dos cónyuges siguen siendo deudores de los bienes debiendo responder con su patrimonio común frente a terceros.

4.1. IMPAGO DE LA CUOTA HIPOTECARIA. DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA

En el supuesto en que uno de los cónyuges dejan de abonar la parte que les corresponde de la cuota hipotecaria que grava la vivienda familiar, coloca al otro cónyuge y a los hijos en una situación de desamparo ya que se quedarían en una situación en la que podrían perder la vivienda familiar.

En el Código Penal (En adelante CP), se recoge el tipo delictivo en el art. 227 CP (capítulo III – de los delitos contra los derechos y deberes familiares-, Sección 3ª –del abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección-) en el que se dispone que:

- 1. “El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses”.*
- 2. “Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior”.*
- 3. “La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas”.*

La cuestión que se planteó el TS versaba sobre la posibilidad de incluir el impago de las cuotas hipotecarias que fueran fijadas en un convenio regulador aprobado judicialmente o en una sentencia de separación o divorcio dentro del concepto de “prestación económica”. La Sala de lo Civil del TS resolvió esta cuestión en su sentencia núm 188/2011 de 28 de marzo mencionaba anteriormente la cuál sentó

doctrina sobre este asunto fijando las cuotas de la hipoteca como una deuda de la sociedad de gananciales, no como una carga del matrimonio.

La STS núm 348/2020 de 25 de junio de 2020 (Roj: STS 2158/2020) resuelve esta cuestión sobre el encaje de la conducta de impago de las cuotas hipotecarias en el tipo penal del art. 227 CP estableciendo que *“Con relación al delito tipificado en el artículo 227.1 del Código Penal señalábamos en la sentencia núm. 576/2001, de 3 de abril, que esta figura delictiva (...) constituye una segregación del tipo general de abandono de familia, incorporando al Código una específica modalidad del tipo básico, con la que el legislador trata de proteger a los miembros económicamente más débiles del cuerpo familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales del obligado a prestarlos en virtud de resolución judicial o de convenio judicialmente aprobado en los supuestos contemplados en el precepto.”* La sentencia concluye *“estimando que las cuotas hipotecarias constituyen una prestación económica en su sentido legal y gramatical, a cargo de ambos progenitores, con independencia de su naturaleza como carga del matrimonio o como deuda de la sociedad de gananciales. Como tal integra el elemento del tipo exigido por el artículo 227.1 del Código Penal. Y en consecuencia, las cuantías adeudadas por este concepto integran el daño procedente del delito que ha de ser reparado conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del mismo precepto.”*⁵¹

En base a esto, los dos progenitores resultan obligados al pago de la cuota hipotecaria de la vivienda familiar si dicha obligación se recoge en una resolución judicial firme o un convenio aprobado por la autoridad judicial y, en caso de impago de dos cuotas mensuales consecutivas o cuatro que no lo sean, se incurriría en un delito tipificado en el art. 227 CP, salvo que se produzca una imposibilidad al pago que debe ser acreditada y probada por la defensa.

4.2. LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Se puede definir la ejecución hipotecaria como el procedimiento mediante el cual un acreedor hipotecario, que normalmente suele ser una entidad financiera, puede reclamar y cobrar su deuda mediante la ejecución de la garantía que es la vivienda hipotecada si el deudor no cumple con su obligación de pagar las cuotas. Este procedimiento se encuentra regulado en los artículos 681 a 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (En

⁵¹STS 348/2020 de 25 de junio.

adelante LEC). El artículo 129 bis de la Ley Hipotecaria (En adelante LH) fija una serie de requisitos par que se pueda ejercitar la acción hipotecaria en el caso de que se trate de un préstamo o un crédito hipotecario consumado por una persona física y que se encuentre en garantía mediante la hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial como puede ser la vivienda familiar.

En primer lugar que “*el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.*” En segundo lugar, “*que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:*

i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.

ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses”. Y, en último lugar, “que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total del préstamo”.

Atendiendo al principio de prioridad registral, que aparece en los arts. 17, 24 y 25 LH, el derecho de uso de la vivienda ostenta un carácter preferente frente a embargos que se encuentren anotados en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la inscripción del derecho de uso según lo fijado en los arts. 668.2, 666 y 674 LEC. Este carácter preferente procede de la protección del cónyuge no titular mediante un derecho que resulta oponible *erga omnes* y no porque sea preciso que el cónyuge no titular tenga que consentir a la enajenación forzosa.

En el supuesto en el que la vivienda ya estaba hipotecada antes de constituirse como vivienda familiar o, posteriormente, cuando fue adquirida por uno de los cónyuges (o por los dos), si el cónyuge no titular consintió constitución de la hipoteca según se refleja en el art. 1320 CC, prevalece el derecho del acreedor hipotecario en base al

principio de prioridad registral según se haya inscrito ese derecho de uso en el Registro de la Propiedad o no. Lo que fundamenta esta situación es esa constitución anterior de la hipoteca que le otorga al acreedor hipotecario esa prioridad o preferencia sobre el bien inmueble, produciendo la cancelación del derecho de uso que se haya constituido posteriormente.⁵²

En la STS núm 118/2015 de 6 de marzo de 2015 (Roj:oj: STS 992/2015) se determinó que *“ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda del marido, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y sus hijas, sin que sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 669.2 LEC ya que la pretendida carga, es decir, el derecho de uso, es en todo caso posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca, consentida por la esposa”*.⁵³

En la mencionada sentencia, se puede comprobar de manera clara esa preferencia de los derechos reales constituidos con anterioridad al derecho de uso de la vivienda familiar en base al principio de prioridad registral.

No se debe pasar por alto la legitimación pasiva que ostentan en un procedimiento de ejecución hipotecaria el ex cónyuge y los menores de edad que habitan en la vivienda familiar tras procedimiento de divorcio que se aparece fijada en diversas resoluciones de la DGRN, ahora denominada Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, por ejemplo, la resolución publicada en el B.O.E. de 27 de septiembre de 2016.

En esta resolución se presentó demanda de ejecución hipotecaria solamente contra el ex cónyuge que era propietario de la vivienda, sin dirigirla contra la ex mujer y los hijos que se encontraban habitando la vivienda familiar tiempo antes de la interposición de la demanda.

Esa falta de notificación de la demanda y del requerimiento de pago produjo una indefensión hacia la ex mujer y los hijos debido a la imposibilidad de intervenir en el procedimiento desde su inicio en la condición de terceros poseedores, vulnerando su derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española.

Al estar inscrito el derecho de uso de la vivienda familiar en el Registro de la Propiedad cuando se inició la ejecución hipotecaria, impide que se pueda inscribir la

⁵² CUENA CASAS, M.: *Hipoteca y crisis conyugal...op, cit.*, pp 53 a 54.

⁵³ STS 118/2015, de 6 de marzo.

ejecución de la vivienda que se llevó a cabo en un momento posterior por la entidad acreedora, ya que ésta no cumplió los requisitos necesarios para poder ejercitar desde su inicio la acción hipotecaria.⁵⁴

Una situación diferente es la constitución de la hipoteca en un momento posterior al nacimiento del derecho de uso. Esa constitución debe contar con el consentimiento del titular del derecho de uso en base al art. 96 CC, por tanto, la impugnación de ese acto de gravamen producirá la prevalencia del derecho de uso sin que se pueda ejercitar el derecho real de hipoteca. Sin embargo, si a la falta de consentimiento no se le aplica lo dispuesto en el art. 1322 CC, es decir, que se podría anular ese acto a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos, esa constitución de la hipoteca no se podría anular pero una vez ejecutada, el comprador al que se le adjudique la vivienda familiar en una subasta debería soportar ese derecho de uso.

El propietario de la vivienda familiar si esta fuese privativa podría dejar de pagar las cuotas de la hipoteca para que se produzca el desalojo de la vivienda del cónyuge usuario en el caso de que la hipoteca se haya constituido con anterioridad al derecho de uso. La única opción del cónyuge usuario en esta situación es la de pagar el préstamo hipotecario para evitar su desalojo, y ese pago daría lugar a una acción de reembolso a favor del cónyuge que realizó el pago de la deuda, tal y como se deduce del art. 1158 CC en caso de que el cónyuge usuario tuviese la condición de codeudor solidario.⁵⁵

4.3. CONSECUENCIAS DEL LANZAMIENTO DE LOS OCUPANTES DE LA VIVIENDA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA

El lanzamiento de los ocupantes de la vivienda familiar no cabe duda de que supone un perjuicio y un riesgo de exclusión social para el cónyuge y los hijos que la habitan. Desgraciadamente todos estos problemas que surgen en torno a la vivienda familiar no se suelen resolver en base al derecho de familia.

En diversas ocasiones resulta inevitable del lanzamiento por decisión judicial, salvo que se justifique, que se ha constituido un supuesto de especial vulnerabilidad a los

⁵⁴ Resolución de 5 de septiembre de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Granada nº 2, por la que se suspende la inscripción de un auto de adjudicación recaído en procedimiento de ejecución hipotecaria. (BOE núm. 233, de 27 de septiembre de 2016)

⁵⁵ CUENA CASAS, M.: *Hipoteca y crisis conyugal... op, cit.*, pp 56 a 57.

efectos de evitar temporalmente el lanzamiento en base a lo que establece el artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Algunas de las alternativas que se ofrecen ante esta situación es insertar un incremento adecuado de la cuantía de la pensión alimenticia a favor de los hijos menores, o en su caso de la pensión compensatoria para que las personas que sean las perjudicadas por el desalojo puedan tener acceso a una vivienda.

Otra opción es la de la atribución del uso de otra vivienda con unas características parecidas y, a ser posible, en las proximidades de la otra, que no se encuentre gravada con una carga hipotecaria prioritaria sobre la anotación de la atribución del uso de vivienda. El Tribunal Supremo contempla esta opción como viable en los supuestos en que la vivienda cuyo uso se pretende atribuir al progenitor custodio es propiedad de terceras personas que, lógicamente, pueden instar el desahucio de los ocupantes. La STS núm 695/2011 de 10 de octubre de 2011 (Roj:STS 6496/2011 declaró a este respecto que: *“El juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos”*.⁵⁶

Este argumento puede ser extensible a los supuestos se carga hipotecaria prioritaria pudiendo aplicarse esta solución en los casos en los que exista un posible desalojo o lanzamiento que no resultaría beneficioso para la estabilidad del menor y que, en la medida de lo posible, debe evitarse proporcionando una vivienda familiar que cumpla con los requisitos adecuados para su correcto desarrollo puesto que el interés del menor siempre debe ser protegido.

5. CONCLUSIONES

Este trabajo tiene como objeto de estudio la atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial. Han quedado reflejadas a lo largo del trabajo algunas cuestiones de gran controversia que resulta importante destacar.

⁵⁶ STS 695/2011 de 11 de octubre.

En primer lugar, respecto al concepto de vivienda familiar, no se ha fijado por el legislador una definición clara sobre la vivienda familiar y, debido a esto, se ha tenido que delimitar en base a la doctrina jurisprudencial definiéndose como el espacio físico en el que se establece la residencia fija de la familia y se desarrolla la convivencia familiar de manera habitual.

Es importante destacar que se han originado diferentes posturas en base a la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar, suscitando dudas sobre su carácter real o personal pero, en mi opinión, tal y como se ha fijado en la unificación de doctrina, creo que la postura más adecuada es la de entender el derecho de uso de la vivienda familiar como un derecho de carácter familiar que, a su vez, según la situación del caso concreto y, de los efectos en el tráfico jurídico que despliegan, podrá gozar de un carácter personal o real.

Desde mi punto de vista, hay presentes hoy en día diversos problemas en base a la atribución del uso de la vivienda familiar, especialmente en el supuesto de la existencia de hijos. En primer lugar, considero que se debería llevar a cabo una especificación por parte del legislador cuando se hace alusión a los “hijos” en el art. 96.1 CC puesto que, al no especificarse si se incluye dentro de ese concepto tanto a los hijos menores de edad como a los mayores de edad económicamente dependientes, se han llevado a cabo diversos pronunciamientos contradictorios, debiéndose fijar un concepto concreto y no uno de carácter general.

Existe otro problema en el ámbito de la guarda y custodia repartida puesto que la solución que ofrece el legislador resulta bastante ambigua e indeterminada al fijar en el CC que, antes estos casos, el juez resolverá lo que estime procedente. Debido a esta indeterminación de la solución ofrecida por el legislador sería conveniente una reforma o modificación del art. 96 CC fijando con determinación los criterios a tener en cuenta, cómo por ejemplo, la situación económica de los cónyuges o la capacidad para poder acceder a otra vivienda, entre otros.

Otra cuestión que genera bastante controversia se produce cuando la guarda y custodia es exclusiva de un sólo progenitor. Se fija por el legislador la atribución de la vivienda familiar a los hijos menores de edad y al cónyuge que ostenta la guarda y custodia exclusiva, dando lugar en ocasiones a situaciones injustas debido a que no se tiene en cuenta la posibilidad de que exista un interés más necesitado de protección que

el de los menores, como por ejemplo el del cónyuge que no tenga recursos económicos para poder acceder a otra vivienda. Debido a esto se debería llevar a cabo una nueva redacción del art, 96.1 CC fijando otras alternativas según el caso concreto. Por ejemplo en los supuestos en que los hijos no precisen de una vivienda porque tienen sus necesidades de habitación cubiertas por otros medios. De este modo, se atendería al interés que resulte ostentar un grado de mayor protección y no se producirían situaciones injustas y desfavorables para los cónyuges que se encuentren en una situación de mayor necesidad.

El tercer supuesto de conflicto aparece con la guardia y custodia compartida de los hijos que ostentan ambos progenitores debido a la existencia de un vacío legal acerca de esa atribución de la vivienda familiar en los casos de guarda y custodia compartida. Se ha intentado llenar ese vacío legal con diversos pronunciamientos jurisprudenciales interpretando de manera flexible el art. 96 CC y aportando diversas soluciones. Por ello, se debe llevar a cabo una modificación del mencionado para aportar una mayor seguridad jurídica.

Para concluir, entre los diversos problemas que se suscitan en torno a la atribución del uso de la vivienda no se debe olvidar el pago del préstamo hipotecario, y es que la no satisfacción de los créditos hipotecarios daría lugar a la ejecución de la hipoteca provocando unas consecuencias negativas que pueden conllevar al lanzamiento de los ocupantes de la vivienda familiar. En esta clase de situaciones se ha proporcionado por la jurisprudencia diversas soluciones que les ofrezcan la posibilidad a esas personas de poder tener acceso a otra vivienda evitando que tengan que pasar por una total situación de desamparo. Aun así, creo que es importante realizar una reformulación del derecho a la vivienda para poder ofrecer otras medidas de amplio espectro para poder garantizar el derecho constitucional a una vivienda adecuada y digna.

6. BIBLIOGRAFÍA

-CERVILLA GARZÓN, M.I.: “Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, núm 4, 2017.

-CHAPARRO MATAMOROS, P: “*Derecho de uso y vivienda familiar: Su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

-CUENA CASAS, M: “El régimen jurídico de la vivienda familiar, en AA.VV.(YZQUIERDO TOLSADA, M): *Tratado de Derecho de la Familia. Volumen 3*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

-CUENA CASAS, M.: “Hipoteca y crisis conyugal”, *Revista de Derecho Civil*, núm 4, 2017.

-GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Ed. La Ley, Madrid, 2020.

-GARCÍA PRESAS, I.: “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar, en derecho común”, en AA.VV (CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G): *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, 1ª ed., Reus, Madrid, 2019.

-GONZÁLEZ COLOMA, G.: “Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución del uso de vivienda familiar”, Dykinson, Madrid, 2019.

-HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: “ *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*”, Reus, Madrid, 2017.

-MARTÍN MELÉNDEZ, M.I.: “*Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*”, Thomson, Navarra, 2005.

-MINERO ALEJANDRE, G.: “Crisis familiar y derecho de uso de la vivienda familiar. análisis crítico de la jurisprudencia española y propuestas de lege ferenda”, *Revista Jurídica de la Comunidad Autónoma de Madrid*, núm 42, 2021.

-MÚRTULA LAFUENTE, V.: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Ed, Dykinson, Madrid, 2016.

-ORDÁS ALONSO, M.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Ed. Bosch, Madrid, 2018.

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

-Resolución de 5 de septiembre de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Granada nº 2, por la que se suspende la inscripción de un auto de adjudicación recaído en procedimiento de ejecución hipotecaria. (BOE núm. 233, de 27 de septiembre de 2016)

-SÁNCHEZ ALONSO, M.: “Atribución del uso de la vivienda familiar”, en AA.VV (ROCA TRÍAS, E., Coord.): *Crisis matrimoniales*, 5ª ed., Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2021.

-SANCHEZ ALONSO, M: “*Tratado de Derecho de Familia, 2ª Edición, Segunda Parte: Medidas en los procesos de familia*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

-SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., “La atribución del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia”, en AA.VV(LASARTE ,C Y CERVILLA, M.D.; Dir.): *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, 1ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

-STS 1199/1994 de 31 de diciembre de 1994.

-STS 1085/1996, de 16 de diciembre de 1996.

-STS 859/2009, de 14 de enero de 2009.

- STS 188/2011, de 28 de marzo de 2011.
- STS 624/2011, de 5 de septiembre de 2011.
- STS 695/2011 de 11 de octubre de 2011.
- STS 713/2012, de 26 de noviembre de 2012.
- STS 777/2013, de 3 de diciembre de 2013.
- STS 73/2014, de 12 de febrero de 2014.
- STS 118/2015, de 6 de marzo de 2015.
- STS 724/2016, de 5 de diciembre de 2016.
- STS 524/2017, de 27 de septiembre de 2017.
- STS 527/2017, de 27 de septiembre de 2017.
- STS 215/2019, de 5 de abril de 2019.
- STS 348/2020 de 25 de junio de 2020.
- STS 228/2022, de 28 de marzo de 2022.

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Málaga 645/2015, de 22 de octubre de 2015.
- SAP de Madrid 954/2015, de 6 de noviembre de 2015.

-SAP de Cádiz 256/2016, de 14 de junio de 2016.

-SAP de Álava 250/2017, de 19 de mayo de 2017.

-SAP de Madrid 601/2017, de 11 de julio de 2017.

-SAP de Asturias 293/2020, de 17 de septiembre de 2020.

-SAP de Albacete 424/2020, de 5 de octubre de 2020.