



Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2019/2020

Convocatoria: Septiembre

**ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR TRAS LAS CRISIS
MATRIMONIALES EXISTIENDO HIJOS MENORES DE EDAD**

**FAMILY HOUSE ASSIGNATION AFTER A MARRIAGE CRISIS WITH
MINORS INVOLVE**

Realizado por el alumno/a Claudia Expósito Baute

Tutorizado por el Profesor/a D Carlos Trujillo Cabrera

Departamento: Civil

Área de conocimiento: Civil

ABSTRACT
<p>After the marriage crisis, one of the questions that arises most in practice is the attribution of the use of family housing. In this area, we have focused on cases where there are underage children. In these cases, the attribution of the use of the family home may be settled by mutual agreement between the parents, or by court order, always guaranteeing the best interests of the minor, since in the case of the existence of minor children it will be the starting point for the attribution of the use of the family home regardless of its ownership.</p>
<p>Key Words: marriage crisis, family house assignation, interests of the minor</p>

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)
<p>Tras la crisis matrimonial una de las cuestiones que mas se plantean en la práctica es la atribución del uso de la vivienda familiar. En el tema que nos compete nos hemos centrado en los supuestos en los que existen hijos menores de edad. En estos casos, la atribución del uso de la vivienda familiar podrá acordarse de mutuo acuerdo por los progenitores, o mediante resolución judicial, siempre garantizando el interés superior del menor, ya</p>

que en el caso de existir hijos menores de edad será el punto de partida para atribuir el uso de la vivienda familiar con independencia de la titularidad de la misma.

Palabras clave: atribución de la vivienda familiar, crisis matrimonial, interés superior del menor, vivienda familiar

Índice

- 1 INTRODUCCIÓN**
- 2 VIVIENDA FAMILIAR Y DERECHO DE USO**
 - 2.1 Concepto de vivienda familiar
 - 2.2 Garajes, trasteros y otros espacios
 - 2.3 Caracteres y finalidad del derecho de uso de la vivienda familiar
 - 2.4 Criterios para atribuir el derecho de uso de la vivienda familiar
- 3 HIJOS MENORES DE EDAD Y FORMAS DE CUSTODIA PARA ATRIBUIR EL DERECHO DE USO**
 - 3.1 Interés superior del menor como punto de partida para atribuir el derecho de uso de la vivienda familiar
 - 3.2 Modelo de custodia en el que se basa el art 96.I Código Civil: custodia exclusiva
 - 3.3 Atribución de la vivienda en caso de custodia compartida
 - 3.4 Limitación temporal del derecho de uso de la vivienda familiar
 - 3.5 Cesión gratuita por un tercero
- 4 MENCIÓN A LOS HIJOS MAYORES DE EDAD**
- 5 CONVIVENCIA DEL PROGENITOR CUSTODIO CON UN TERCERO EN LA VIVIENDA FAMILIAR**
- 6 ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO**
- 7 CONCLUSIONES**
- 8 BIBLIOGRAFÍA**

1. Introducción

A través de la vivienda familiar es satisfecha una de las necesidades básicas del ser humano, la necesidad de habitación. Es por ello, que tras una crisis matrimonial como pudiera ser una separación, nulidad o divorcio se deben de adoptar una serie de medidas sobre la atribución del uso de la vivienda familiar.

En este trabajo, en primer lugar, ha sido conveniente delimitar el concepto de vivienda familiar, por lo que hemos acudido a la jurisprudencia para conocer dicha definición, ya que nuestro Código Civil, a pesar de las numerosas ocasiones en las que se refiere a la misma, no contempla una definición.

En segundo lugar, en este trabajo, se ha abordado los distintos criterios que se tienen en cuenta para atribuir el uso de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial existiendo hijos menores de edad y por tanto, teniendo en cuenta el modelo de guarda y custodia. Estos criterios se encuentran contemplados en el artículo 96 del Código Civil, los cuales no resuelven todos los problemas que se suscitan en la práctica, ya que dicho artículo únicamente contempla los supuestos de atribución del uso de la vivienda familiar cuando se trata de la custodia monoparental o exclusiva.

Por otro lado, se analizan diferentes temas de actualidad cuya solución también ha sido solventada por la jurisprudencia, como las consecuencias que se producen tras la crisis matrimonial en los supuestos en los que la vivienda ha sido cedida por un tercero, o como afecta a la atribución del uso de la vivienda familiar la nueva convivencia del progenitor custodio con un tercero.

En definitiva, el objeto de este trabajo es plantear las lagunas jurídicas que presenta el artículo 96 del Código Civil y las soluciones que ha ido otorgando la jurisprudencia.

2 Vivienda familiar y derecho de uso

2.1 Concepto de vivienda familiar

A pesar de las numerosas veces que el Código Civil menciona la vivienda familiar, lo cierto es que no existe en nuestro ordenamiento jurídico español ningún texto legal que contenga una definición clara de la misma. Debido a dicha carencia ha sido la jurisprudencia y la doctrina las encargadas de definir dicho precepto.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1994 define la vivienda familiar como un *“bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, cualquiera que sea el propietario”*¹.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996 define el concepto de vivienda familiar como *“el reducto donde se asienta y se 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, al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos”*².

Existen otras sentencias más recientes que definen la vivienda familiar como *aquella “residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de residencia”* como ha manifestado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 31 de mayo de 2012³. Como ha expuesto dicha sentencia, dado que la vivienda familiar es la sede del domicilio conyugal, para determinar su concepto debe de ponerse en relación con el artículo 70 del Código Civil, siendo la vivienda familiar la base física del domicilio conyugal.

¹ STS 1199/1994 de 31 de diciembre

² STS 1085/1996 de 16 de diciembre

³ STS 340/2012 de 31 de mayo

La Audiencia Provincial de Madrid, en su Sentencia de 14 de septiembre de 2009 manifiesta que *“El concepto de vivienda familiar a que se refieren los artículos 90, 91, 96 y 103.2 del C.C, es la vivienda habitual de la familia, sin incluir dentro por tanto de su ámbito de aplicación las denominadas viviendas de temporada o segundas residencias usadas por la familia en periodos vacacionales o fines de semana”*⁴.

En la doctrina existen de igual forma múltiples definiciones sobre la vivienda familiar, así para MARTÍN MELÉNDEZ la vivienda familiar es el *“lugar donde habitualmente y con continuidad, se desarrolla de hecho la convivencia de la familia, entendida en el sentido de familia nuclear y quedando excluidos los locales de negocio. También los garajes y trasteros, salvo los que sean anejos de la vivienda propiamente dicha”*⁵.

La jurisprudencia para considerar una vivienda como familiar ha fijado que deben concurrir dos características: la habitualidad y el desarrollo de la convivencia familiar de forma habitual hasta el momento en que se produjo la crisis matrimonial. Pero hay ocasiones en las que es posible que la vivienda pierda el carácter familiar eliminando la regla contenida en el artículo 96 CC, por ejemplo, cuando se hubieran cubierto las necesidades del menor de edad a través de otros medios. Así lo ha recogido la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de octubre de 2011 al establecer que *“El juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos”*⁶.

Cabe decir que el derecho a una vivienda digna y adecuada es un principio constitucional amparado en el artículo 47 de la Constitución Española, que a su vez inspira al Código Civil en materia de familia.

⁴ SAP 536/2009 de Madrid de 14 de septiembre

⁵ MARTÍN MELÉNDEZ, M.T *“Compra financiada de la vivienda familiar y sociedad de gananciales”*: artículo 1357, párrafo segundo del Código Civil, Civitas Ediciones, Madrid, 2002, p.48 y 49.

⁶ STS 695/2011 de 10 de octubre

Así, a pesar de no existir una definición del concepto de vivienda son varios los artículos que hacen mención a la atribución del uso de la misma tras la crisis matrimonial, en especial es de gran relevancia el artículo 96 del Código Civil, el cual es objeto de estudio en este trabajo y distingue varios supuestos existiendo hijos o no. Este precepto establece los criterios que debe de tener en cuenta el juez a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar en defecto de acuerdo entre los cónyuges, atendiendo a garantizar y proteger los intereses más necesitados y dignos de protección, pero no menciona la titularidad común o privativa de la vivienda, sino hace referencia al uso que se haga de ella, priorizando el derecho de la familia y por tanto, garantizando el principio constitucional de protección social, económica y jurídica establecido en el artículo 39 de la Constitución Española.

En cuanto a la naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar existen dos posturas diferenciadas. Por un lado, un sector considera que se trata de un derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad de manera independiente. Mientras que otro sector, considera que la naturaleza de este derecho viene dada por la naturaleza del derecho de ocupación que ostentaran los cónyuges inicialmente y tendría acceso al Registro si tal derecho tuviera carácter real, o si no fuera así, en virtud de la sentencia que acuerde tal atribución. Así, la jurisprudencia más reciente ha venido considerando, que la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges con motivo de la declaración judicial de nulidad, separación o divorcio es considerado como un derecho de uso de naturaleza personal, temporal, asistencial y provisional.⁷ Siguiendo esta misma línea el Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de febrero de 2006, ha proclamado que el derecho de uso de la vivienda familiar contenido en el artículo 96 del Código Civil se caracteriza por su temporalidad y provisionalidad ⁸.

⁷ SANCHEZ ALONSO, M, 2020 *“Tratado de Derecho de Familia, 2ª Edición; Segunda parte: Medidas en los procesos de familia”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p 851-853.

⁸ STS 100/2006 de 10 de febrero

2.2 Garajes, trasteros y otros espacios

La literalidad del artículo 96 del CC se refiere únicamente a la vivienda familiar, sin hacer mención de los garajes, trasteros y otros espacios, y mucho menos, recoge la posibilidad de que los mismos pudieran formar parte del domicilio familiar y por tanto, atribuirse el derecho de uso de los mismos. Basándonos en la interpretación literal de dicho artículo, podemos afirmar que no se considera vivienda familiar al garaje que no se encuentra integrado en la vivienda, ni a los trasteros que no se hallen ligados a la misma, ni otros espacios, como pudieran ser apartamentos o segundas residencias, ya que la finalidad de atribuir el derecho de uso de la vivienda familiar es satisfacer las necesidades de alojamiento⁹.

A pesar de esta interpretación, la jurisprudencia mayoritaria ha venido considerando que aunque dichos espacios no formen parte del concepto de vivienda familiar, su uso sí forma parte de la misma y por tanto, se atribuyen junto con la vivienda y el resto de muebles de uso ordinario al más necesitado de protección. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 3 de abril de 2012 declaró respecto a un garaje y un trastero *que “se trata de elementos, que por su localización y destino, forman parte de la atribución de uso de la vivienda familiar a la que están adscritos”*¹⁰.

2.3 Caracteres y finalidad del derecho de uso de la vivienda familiar

En cuanto a los caracteres del derecho de uso de la vivienda familiar destacan la provisionalidad y temporalidad.

Existe numerosa y reciente jurisprudencia que considera que habiendo hijos menores de edad y cuando la custodia sea exclusiva de uno de los progenitores, este derecho se atribuiría sin plazo y de manera ilimitada, ya que de no ser así se

⁹ SERRANO FERNANDEZ, C. ROCA TRÍAS, E *“Atribución del uso de la vivienda familiar”*, Crisis matrimoniales, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, p. 270.

¹⁰ SAP 131/2012 de Alicante de 3 de abril

estaría vulnerando los derechos de los hijos menores de edad. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2019 establece que no corresponde establecer limitación alguna a la atribución del uso de la vivienda al progenitor que posee la guarda de los menores mientras sigan siéndolo¹¹.

En los casos de custodia compartida la regla general es la atribución temporal del uso de la vivienda por el tiempo que fije el juez, ya que es conveniente que en la sentencia se fije temporalmente el derecho de uso, ya que de ser indefinido se podrían vulnerar los derechos legítimos del copropietario sobre la vivienda.

La atribución judicial del uso de la vivienda no altera la titularidad dominical de la misma, ya que el derecho de uso no tiene otra finalidad que la de mero alojamiento tras la crisis matrimonial, independientemente de la naturaleza ganancial o privativa del inmueble, sin que suponga ningún otro derecho que no sea el de título de ocupación. Lo único que recae en estos casos en uno de los cónyuges es la facultad de posesión, uso y disfrute que antes ostentare el matrimonio¹². Respecto a esto, el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de enero de 2010 ha manifestado: *“La atribución judicial del uso de la vivienda a uno de los cónyuges se configura como un derecho cuya titularidad corresponde al cónyuge al que se le ha atribuido dicho uso pero no genera un derecho antes inexistente”*¹³.

Así, en los casos en los que se atribuya el derecho de uso de la vivienda judicialmente al cónyuge no titular se requiere del mismo el consentimiento para cualquier acto que pudiera ser calificado como acto de disposición de la vivienda. Por ejemplo, el cónyuge al que se le haya atribuido el derecho de uso de la vivienda familiar no podrá enajenarla. Esto supone una limitación y por eso es oponible a terceros y por tanto, inscribible en el Registro de la Propiedad.

Otro carácter fundamental es la habitualidad, ya que debe de tratarse de una vivienda donde el núcleo familiar residiera de manera habitual hasta el momento en que se produjo la crisis matrimonial. Existe un sector que añade otra

¹¹ STS 284/2019 de 23 de mayo

¹² SANCHÉZ ALONSO, M., ob cit., p.858.

¹³ STS 861/2009 de 18 de enero de 2010

característica más y es el de “familiar”, entendiéndose que será vivienda familiar aquella que ha sido habitada de forma habitual por la unidad familiar hasta el momento en que se produjo la crisis matrimonial¹⁴. A pesar de esto, cada vez es más frecuente las veces que se atribuye el uso de una vivienda distinta a la familiar por ejemplo, una segunda vivienda por entenderse que cubrirá las necesidades del menor.

La finalidad de la atribución del uso del domicilio familiar es salvaguardar en todo caso el interés del menor tras la ruptura matrimonial asegurando su necesidad de habitación como ha expuesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2011 *“la atribución del uso de la vivienda se produce para salvaguardar los derechos del menor, pero en ningún caso se trata de una expropiación del propietario”*¹⁵.

2.4 Criterios para atribuir el derecho de uso de la vivienda familiar

En cuanto a los criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar, el artículo 96 del Código Civil no tiene naturaleza imperativa ya que permite la voluntad de las partes a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar. El mismo artículo establece que *“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”* *“Cuando algunos de los hijos queden en compañía de uno y los restantes en la del otro, el juez resolverá lo procedente”*.

Conforme lo expuesto, podemos deducir que el derecho de uso puede tener dos orígenes distintos según exista o no acuerdo en el uso de la vivienda tras la ruptura matrimonial.

¹⁴ SÁNCHEZ ALONSO, M., “ob. cit”., p.859.

¹⁵ STS 191/2011, de 29 de marzo

Existiendo acuerdo, corresponde a las partes en primer lugar determinar en el convenio regulador a quién debe atribuirse el uso de la vivienda. Este acuerdo tiene su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, regulado en el artículo 1255 del CC y que conforme al artículo 1091 del mismo cuerpo legal tendrá fuerza de ley entre las mismas partes. Dicho convenio ha de ser presentado ante el Juez y una vez aprobado por el mismo adquiere fuerza vinculante para las partes. El convenio regulador puede ser definido como el negocio jurídico de Derecho de Familia mediante el cual de mutuo acuerdo los cónyuges ante una crisis matrimonial, como pudiera ser nulidad, separación o divorcio, adoptan medidas respecto a sus hijos, sus cargas matrimoniales y la vivienda familiar.

Dicho acuerdo no es vinculante para el juez cuando considere que lo estipulado es perjudicial para los menores o para alguno de los cónyuges. Así, en defecto de el mismo, o cuando el mismo cause perjuicio al menor, corresponderá al juez establecer dicho derecho en la sentencia judicial, sin perjuicio, de que pudiera ser acordado en las medidas previas o provisionales (artículo 104 CC)¹⁶.

Dado que el interés prioritario es proteger a los menores, la atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de las parejas de hecho se regirá por las mismas normas que en los casos de ruptura matrimonial. En estos casos procederá la aplicación analógica del artículo 96.1 CC sin limitación temporal al progenitor no casado al que se atribuya la guarda y custodia del menor, ya que la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor que no puede ser limitada por el Juez salvo lo establecido en el artículo 96 de Código Civil ¹⁷.

¹⁶ CHAPARRO MATAMOROS, P, “*Derecho de uso y vivienda familiar: Su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*”, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, p.146.

¹⁷ STS 117/2017 de 22 de febrero

3. Hijos menores de edad y formas de custodia para atribuir el derecho de uso

3.1 Interés superior del menor como punto de partida para atribuir el uso de la vivienda familiar

Constantemente nuestras leyes aluden al interés superior del menor o *favor filii* sin definirlo ni concretarlo específicamente, encontrándonos ante un concepto jurídico indeterminado. Se trata de un principio inspirador de gran relevancia en el tema que nos compete consistente básicamente en velar por los intereses del menor, qué en caso de colisión con cualquier otro interés debe tener primacía.

Este principio se ve reflejado en el artículo 96.1 CC, el cual establece que “*En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden*”. Este precepto atiende a garantizar los intereses del menor, ya que son los más necesitados de protección, tratando de alterar lo menos posible el entorno del mismo, y permitiéndole continuar en la vivienda. Esto se debe a que en la minoría de edad se producen numerosos cambios físicos y psicológicos, considerándose una etapa donde el menor va desarrollando su personalidad y debido a los efectos que pudiera producir una crisis matrimonial es conveniente alterar lo menos posible el entorno del menor que se encuentra en plena formación¹⁸.

El artículo 39 de la Constitución Española establece en su primer apartado un mandato dirigido a los poderes públicos para asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. Así el apartado segundo, tercero y cuarto, van dirigidos a la protección de los menores de edad.

A nivel internacional, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño ordena que “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las*

¹⁸ CHAPARRO MATAMOROS, P., “ob. cit.”., p.76.

*autoridades administrativas o los órganos legislativos, atenderán primordialmente al interés superior del niño*¹⁹.

El principio del interés del menor supone para los poderes públicos velar por el bienestar del niño. Así, como apunta RAVETLLAT, *“desde un punto de vista humano, no puede prescindirse de alguna referencia a la felicidad y bienestar personal de ese individuo, al equilibrio emocional y afectivo, que tanto puede contribuir positiva o negativamente a la formación y desarrollo de su personalidad”*²⁰.

El interés del menor no solo vincula a los poderes públicos y al juez, sino que especialmente, vincula a los padres, los cuales deberían velar por los intereses de sus hijos tratando que las consecuencias de la crisis matrimonial le afecten lo menos posible. El interés superior del niño, en relación con sus progenitores, se traduce en el contacto directo y personal con los mismos, pudiendo verse limitado o incluso prohibido cuando sus circunstancias así lo aconsejen, por ejemplo, en supuestos de privación de la patria potestad por tener los progenitores hábitos de vida poco saludables, como pudiera ser el alcoholismo o la droga adicción²¹.

En los procedimientos en los que se deba tener en cuenta el interés del menor como en el caso de la atribución del uso de la vivienda familiar, dicho interés está por encima de la voluntad de sus progenitores como ha expuesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2018²², y por tanto rige el principio de oficialidad, no el principio dispositivo. En el proceso civil rige el principio dispositivo, el cual significa que son las partes las que pueden dirigir en todo momento el proceso, siendo las mismas las que deciden el inicio del proceso, el trascurso y su terminación, a diferencia del proceso penal en el que rige el principio de oficialidad, en el cual la iniciación, desarrollo y terminación del proceso no

¹⁹ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989

²⁰ PEREZ VALLEJO, A.M ; CANTERO CAPARRÓS-SAÍZ,M.B, *“Protección de la Infancia y marco jurídico de la coparentalidad tras la crisis familiar”*., Tirant Lo Blanch, Valencia 2018, p. 46.

²¹ CHAPARRO MATAMOROS, P., *“ob. cit”*., p.78.

²² STS 249/2018 de 25 de abril

depende de la voluntad de las partes sino de un órgano público. En el caso que nos compete, al decir que el interés del menor está por encima de la voluntad de las partes y que por tanto no rige el principio dispositivo, queremos decir que el juez deberá velar siempre por el interés del mismo con independencia de lo que deseen sus progenitores. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2012 establece que “*La atribución de la vivienda a los menores está amparada por una norma de ius cogens y, por tanto, puede ser adoptada por el juez aunque no se solicite*”²³.

Así, el Tribunal Supremo en su sentencia de 1 de abril de 2011 establece que la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio *favor filii* o del interés del menor que no puede ser limitada por el Juez²⁴. Por tanto, los tribunales tras una crisis matrimonial en la que existan hijos menores de edad deberán velar por el interés superior del mismo, sin perjuicio de que el tribunal analice las circunstancias que concurren en cada caso concreto.

Con el paso del tiempo los menores han adquirido mayor relevancia en los procesos en los que pudieran verse afectados sus intereses y debido a la gran importancia en nuestros tiempos de la protección de la infancia, se publicó la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia²⁶, que trata de garantizar el artículo 39 CE y reforzar la protección contenida en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor²⁷, con el fin de dar mayor cumplimiento al interés superior del mismo.

En cuanto a los sistemas de guarda cabe decir que después de la reforma de la Ley 15/2005 existen tres sistemas distintos: La custodia compartida, en la que ambos progenitores ostentan la guarda y custodia del menor alternamente. La custodia

²³ STS 304/2012 de 21 de mayo

²⁴ STS 221/2011 de 1 de abril

²⁵ Véase también STS 426/2013 de 17 de junio

²⁶ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

²⁷ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil

exclusiva en la que solo uno de los padres ostenta la guarda y custodia, y por último, la guarda por un tercero, en casos excepcionales.

3.2 Modelo de custodia en el que se basa el art 96.I CC: Custodia Exclusiva

La custodia o guarda exclusiva es aquella que se atribuye únicamente a uno de los progenitores, el cual convivirá con el hijo menor, reservándose el derecho de visitas al otro progenitor no custodio salvo que concurra causa grave que permita suprimir este derecho.

El artículo 96.1 CC parte de la base de que el régimen de custodia es individual de uno de los progenitores sin hacer mención a los supuestos en los que la custodia es compartida. Dicho artículo establece que existiendo hijos menores de edad y en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda corresponderá a los hijos menores y al cónyuge en cuya compañía queden. Por tanto, si la custodia se otorga a uno sólo de los cónyuges, el uso de la vivienda se atribuirá a este mismo tal y como establece el primer apartado del ya mencionado artículo 96 CC, implicando, por tanto, la salida de la vivienda familiar del cónyuge no custodio.

Como hemos dicho anteriormente, se trata de una regla taxativa que no permite interpretaciones temporales de tiempo salvo lo establecido en el artículo 96 CC siendo el único límite cuando los hijos menores alcancen la mayoría de edad.

Esta atribución del derecho de uso de la vivienda al menor y al progenitor custodio se produce para salvaguardar los derechos del menor pero podrá no atribuirse la misma cuando la necesidad de habitación quede satisfecha por otros medios como ha expuesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2015 ²⁸.

Por tanto, la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio es la solución literal que recoge el artículo 96. I CC, pero para llegar a esta solución se

²⁸ STS 5/2015 de 16 de enero

tendrá que determinar en primer lugar qué progenitor será el que ostente la custodia de los hijos.

Una cuestión que a menudo suele suscitarse en la práctica es la siguiente: Tras una crisis matrimonial, cuando el cónyuge no custodio debe abandonar la vivienda familiar ¿podría pedir una compensación económica al que se mantiene en la vivienda por el perjuicio económico ocasionado?

Respecto a la pregunta planteada cabe decir que no existe ninguna previsión legal que contemple este tipo de compensación económica, pero se tendrá en cuenta la nueva situación del cónyuge que abandona la vivienda a la hora de fijar la pensión alimenticia, la cual se rebajará proporcionalmente. Esto se debe a que el cónyuge que abandona la que hasta el momento ha sido considerada la vivienda familiar deberá costearse otra, ya sea en alquiler o en régimen de propiedad y dicho nuevo gasto supondrá un perjuicio para su capacidad económica.

3.3 Atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida

Como hemos expuesto anteriormente, el interés que se protege es el interés superior del menor. Por ello, cada vez son más los supuestos en los que se concede la custodia compartida, por considerarse el medio que salvaguarda de mejor forma el interés superior del mismo, ya que con este tipo de custodia el niño mantendría el contacto habitual con ambos progenitores.

La custodia compartida tiene su origen en la Ley 15/2005, de 8 de julio²⁹, incorporando la guarda o custodia compartida o conjunta al reformar el artículo 92 del CC, en la que se admitió que el juez pudiera acordar el régimen de custodia

²⁹ 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

compartida a instancia de ambos progenitores, o incluso a instancia de uno de ellos de forma excepcional y con informe previo del Ministerio Fiscal (art 92.5 CC).

Por esta razón, si se concede la custodia compartida, los hijos ya no convivirían con un solo progenitor por lo que carecería de sentido la literalidad del artículo 96.I CC, el cual atribuye el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio, haciendo referencia, por tanto, al sistema de custodia monoparental o individual, existiendo una laguna jurídica en lo que respecta a la custodia compartida. Por esta razón, en los casos en los que se concede la custodia compartida, una solución que ha ofrecido la jurisprudencia para la atribución del uso de la vivienda familiar, es la de atribuir el uso rotatorio o alterno de la misma a los progenitores durante los periodos que tengan a los hijos en su guarda.³⁰ Es decir, los progenitores tendrán que turnarse la vivienda familiar y los hijos se mantendrán en la misma. Esta medida tiene como fin garantizar que el menor continúe en la vivienda que hasta el momento había sido considerada como familiar.

En la práctica no suele ser muy utilizada esta solución denominada como “custodia nido” por caracterizarse de ser muy onerosa para los progenitores, ya que el uso alterno de la vivienda familiar implicaría tres viviendas: la vivienda familiar y otras dos viviendas por el tiempo en que los progenitores no estén con sus hijos.

A pesar de que en la práctica no suele utilizarse esta modalidad de custodia nido por los inconvenientes que produce, en algunos casos si se ha optado por la misma de forma excepcional. Un ejemplo de ello, sería la Sentencia de 8 de abril de 2011³¹ en el que el Juzgado de Primera Instancia de Sevilla otorga la guarda y custodia compartida a los progenitores de los niños por periodos trimestrales. En este caso, no se atribuyó la vivienda familiar de manera exclusiva a uno de los progenitores sino el uso alternativo de la misma por periodos trimestrales, debiendo el progenitor abandonar la vivienda en el periodo en el que no ostente la guarda y custodia.

³⁰ PEREZ VALLEJO, A.M. ; CANTERO CAPARRÓS-SAÍZ, M.B. “ *Protección de la Infancia y marco jurídico de la coparentalidad tras la crisis familiar*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p.53.

³¹ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla 223/2011 de 8 de abril

Dado que en la custodia compartida los hijos quedan en compañía de ambos progenitores, si los mismos no llegan a un acuerdo y salvo que el menor permanezca en la vivienda familiar y se atribuya el uso de la vivienda a los progenitores por periodos rotativos como hemos expuesto anteriormente, será el juez quien deba resolver al respecto, teniendo como punto de partida salvaguardar el interés más necesitado de protección. En estos casos, la solución más utilizada en la práctica en los supuestos en los que se concede la custodia compartida es la de atribuir el uso de la vivienda al progenitor que tenga mayor necesidad de ella, es decir, quien no pueda garantizar por otro medio la necesidad de vivienda del menor en los periodos en los que el mismo quede en su compañía. Esto implica que serán los hijos quienes deban de cambiar de domicilio, permaneciendo en la vivienda familiar en los periodos de guarda en los que estén con el progenitor cuyo uso de la vivienda se le ha asignado³².

Como conclusión, podemos decir que en los supuestos de custodia compartida es posible atribuir el uso de la vivienda familiar y el ajuar doméstico contenido en la misma al cónyuge no titular de la misma cuando el mismo no pueda garantizar de ninguna forma la necesidad de habitación del menor, como ha expuesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014³³.

En ambos casos el juez debe atender a las circunstancias concurrentes en cada caso atendiendo siempre al interés más necesitado de proteger.

3.4 Limitación temporal del derecho de uso de la vivienda familiar

La fijación de un límite de tiempo en el derecho de uso de la vivienda familiar puede salvaguardar diversos derechos, por ejemplo, los correspondientes al cónyuge no custodio titular de la vivienda, pero no puede perjudicar en ninguno de

³² CHAPARRO MATAMOROS, P., “ob. cit”., p.348.

³³ STS 593/2014, de 24 de octubre

los casos la necesidad de vivienda de los hijos. Así, se podrá limitar el uso de la vivienda familiar siempre que se garantice que transcurrido el tiempo límite, el menor seguirá teniendo satisfecha su necesidad de habitación por otros medios, como puede ser a través de un arrendamiento o en la vivienda de algún familiar.

Existe una línea jurisprudencial mayoritaria que considera que cuando existan hijos menores de edad y cuando la custodia es exclusiva de uno de los progenitores no deberá de imponerse un límite de tiempo, ya que de ser así se vulnerarían los derechos del menor, siendo el único límite existente el momento en el que los menores alcanzaren la mayoría de edad. Así, el artículo 96.1 del Código Civil no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo porque el interés que se protege no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor. Siguiendo esta línea, el Tribunal Supremo revocó la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid en la cual se había atribuido el uso de la vivienda al menor y a la madre titular de la custodia hasta que se llevara a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 14 de abril de 2011 afirma que *“el art 96.1 CC no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo”*³⁴. En este mismo sentido también se manifiesta el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de junio de 2011 al revocar una sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, en la cual se había atribuido el uso de la vivienda familiar a la madre y al hijo por el plazo de 3 años mientras no se liquidara la sociedad de gananciales. El Tribunal Supremo en este caso manifestó que *“la atribución del uso de la vivienda familiar es una manifestación del principio del interés del menor que no podrá ser limitada por el Juez”*³⁵.

A pesar de lo expuesto, hay supuestos excepcionales en los que se ha limitado temporalmente el derecho de uso de la vivienda familiar. Un ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2013³⁶. En este caso, la vivienda

³⁴ STS 236/ 2011 de 14 de abril

³⁵ STS 451/2011 de 21 de junio

³⁶ STS 426/2013 de 17 de junio “ob.cit”

familiar se encuentra en una finca de numerosas hectáreas, en las que a su vez existen múltiples instalaciones como cuadras de caballos, restaurantes etc., entendiendo el Tribunal que la no limitación del uso de la vivienda imposibilita la liquidación de un gran patrimonio, siendo además los progenitores propietarios de otra vivienda en la que podría habitar el menor.

En los casos de custodia compartida, la regla general es la de atribuir temporalmente el derecho de uso de la vivienda familiar. Un ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2017 en la que se manifiesta que *“La atribución temporal del uso de la que fue vivienda familiar en casos de custodia compartida ha sido el criterio adoptado en supuestos en los que ambos progenitores perciben salarios que les permiten arrendar viviendas separadas, lo que justifica que no conste la necesidad de que al padre se le atribuya la vivienda familiar sine die”*³⁷. En este caso observamos como el Tribunal Supremo claramente está a favor de imponer un límite de tiempo al derecho de uso y ello a pesar de que la Audiencia Provincial optó una postura contraria al manifestar que *“En el presente caso, los hijos menores cuentan en la actualidad con ocho y doce años, por lo que con independencia de que se instaure un sistema de custodia compartida, no puede establecerse una limitación temporal del uso de la vivienda, ya que no existe otra que permita dar cobertura a los intereses de los menores cuando estén bajo la guarda de su madre, sin perjuicio de la posibilidad de acudir en un futuro a un proceso de modificación de medidas”*.

Cabe decir que podrá atribuirse el uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio siempre que sea el más necesitado de protección y cuando el menor tuviera satisfechas sus necesidades de vivienda por otros medios o en los supuestos en los que quede acreditado que el progenitor custodio no tuviera la voluntad de residir en ella. Ejemplo de ello, es la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2012³⁸, en el que se atribuye el uso de la vivienda familiar al marido

³⁷ STS 517/2017 de 22 de septiembre

³⁸ STS 671/2012 de 5 de noviembre

pese a no ser el progenitor custodio, al comprobarse que la progenitora custodia se había comprado otra vivienda adecuada.

En determinados supuestos y cuando concurren determinadas circunstancias no se procederá a la atribución del derecho de uso de la vivienda considerada como familiar, sin perjuicio de que siempre se atenderá al interés del menor. Por ejemplo, si el progenitor custodio no solicita el derecho de uso de la vivienda familiar y el no custodio lo solicita, los Tribunales no se opondrán a la no aplicación del artículo 96 apartado primero del CC.

Tampoco se atribuirá el uso de la vivienda familiar cuando el progenitor custodio y el menor residan en otra ciudad distinta a la que se encuentra el domicilio familiar ni cuando el progenitor custodio disponga de otra vivienda en la que conviva con sus otros hijos, siempre que esta sea adecuada para garantizar las necesidades del menor³⁹.

3.5 Cesión gratuita por un tercero

Existen supuestos en los que la vivienda no es de titularidad de los cónyuges sino de un tercero como pudiera ser un abuelo, vecino tío, amigo etc., el cual siendo el propietario y titular del inmueble ha cedido de forma gratuita a los cónyuges una vivienda para que desarrollen su vida personal y familiar sin ningún tipo de contraprestación. Aparentemente nada impide que una persona propietaria de un bien inmueble, ceda de forma gratuita el mismo por las razones que considere oportunas.

El problema surge cuando el juez, tras existir una crisis matrimonial, atribuye el uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio y a los hijos, siendo el cónyuge no custodio el familiar o amigo del tercero que realizó en su día la cesión. En la

³⁹ SANCHEZ ALONSO, M., “ob.cit”., p. 874.

mayoría de casos cuando esto sucede, el propietario del inmueble tiene el fin de recuperar su propiedad.

En primer lugar, cabe decir qué para estar ante un supuesto de cesión gratuita por un tercero, éste debe de tener un poder de disposición, es decir, el tercero suele ser el dueño del inmueble, aunque nada impide que pueda ser el usufructuario que cede el uso del inmueble para que sea disfrutado por las personas que el estime oportunas. En segundo lugar, la finalidad de la cesión es que los cónyuges junto a sus hijos desarrollen en el inmueble su vida familiar.

En estos supuestos, y una vez que el cesionario pretende recuperar su posesión, el problema radica en estimar si prevalece el derecho de propiedad frente el derecho de uso o viceversa. Así, en numerosas ocasiones⁴⁰ el Tribunal Supremo ha reiterado que el propietario no podrá verse afectado por una sentencia que ha sido dictada en un proceso en el que ni siquiera ha sido parte, ya que el derecho del cónyuge usuario no puede oponerse al que ostenta el propietario del inmueble, por lo que vencería el derecho de la propiedad frente el derecho de uso⁴¹. Siguiendo esta línea, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de octubre de 2008, ha fijado como doctrina que *“La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de un plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que se le hubiera atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial”*⁴².

Como reflejo de lo expuesto, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de marzo de 2013 ha establecido que *“La atribución del uso de la vivienda familiar acordada en una sentencia dictada en un procedimiento de familia no constituye un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni*

⁴⁰ Véase STS 861/2009 de 18 de enero de 2010 “ob. cit.”; STS 474/2009 de 30 de junio

⁴¹ CUENAS CASAS, Matilde *“El régimen jurídico de la vivienda familiar”*, Tratado de Derecho de la familia (volumen III), Aranzadi, Navarra, 2017, p.91.

⁴² STS 910/2008, de 2 de octubre

permite reconocer al beneficiario una protección posesoria superior al que la situación de precario proporciona a la familia”⁴³.

Por otro lado, existe otra línea jurisprudencial que entiende que a pesar de que los cónyuges durante el matrimonio pudieran tener la consideración de precaristas al cederles la vivienda un tercero sin ningún tipo de contraprestación, una vez que se produce la crisis matrimonial, y como consecuencia de la misma se genera la atribución mediante sentencia del derecho de uso de la vivienda familiar, el cónyuge usuario ostenta un título para poseer el inmueble consistente en un comodato, y por tanto, dejaría de ser precario.

Como reflejo de lo expuesto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2011 ha establecido que *“No constando un plazo de duración de la cesión pero que con la misma se quería dar el uso específico de hogar familiar del matrimonio y los descendientes del hijo de los propietarios, esa finalidad se seguirá cumpliendo aunque esté producida la crisis matrimonial, lo cual excluye la situación de precario, y al constituir un comodato o préstamo de uso, los propietarios únicamente pueden reclamar la vivienda en caso de urgente necesidad*”⁴⁴.

El comodato se caracteriza por ser un contrato por el cual una persona cede a otra de forma gratuita un bien para que haga uso de él, con la obligación de restituirlo una vez que finalice el uso por el cual se cedió⁴⁵. Por tanto, se caracteriza por la gratuidad y duración temporal. La figura del precario según ha plasmado PINTO ANDRADE⁴⁶ consiste en una situación posesoria cuyo origen puede ser la finalización de un contrato que confiera la tenencia de la cosa y en otras puede tener su origen en la tolerancia, beneplácito o demás causas de distinta naturaleza. En cualquiera de los casos es necesario para estar ante tal figura la falta de contraprestación ante la tenencia de la cosa.

⁴³ STS 160/2013 de 14 de marzo

⁴⁴ STS 178/2011 de 18 de marzo

⁴⁵ CHAPARRO MATAMOROS, P., “ob.cit.”, p.124.

⁴⁶ PINTO ANDRADE, C. “La atribución del uso de la vivienda familiar”, Bosch, Barcelona, 2011, p.103.

Así, los propietarios del inmueble que se vean privados de la vivienda como consecuencia de la atribución del derecho de uso establecido en una resolución judicial al cónyuge custodio y a sus hijos podrán alegar la falta de título de la propiedad del cónyuge usuario para permanecer en la vivienda instando el correspondiente proceso de desahucio por precario.

Hoy en día, salvo que exista prueba en contrario, se considera en la mayoría de los casos que se está ante la figura del precario, dejando atrás esa idea recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1992⁴⁷, en la cual se consideraba que en los supuestos en los que se cedía gratuitamente el inmueble sin determinar la duración, pero haciendo referencia al uso al que iba destinado el inmueble se estaba ante la figura del comodato. Actualmente para que se aprecie que estamos ante la figura del comodato y no ante la figura del precario, se debe de demostrar por escrito o por medio de testigos que puedan acreditar que el bien fue cedido por un tiempo determinado.

En definitiva, serán los Tribunales quienes apreciarán en cada caso concreto si nos encontramos ante la figura del comodato, y por tanto, vencerá el derecho de uso, o si de lo contrario, nos encontramos ante la figura del precario, y por tanto, prevalecerá el derecho de la propiedad.

4. Mención a los hijos mayores de edad

En cuanto a los hijos mayores de edad, el art. 96 CC menciona a los hijos pero no distingue entre hijos menores o mayores de edad. Respecto a esto, en numerosas ocasiones surge la duda de si los hijos mayores de edad se encuentran dentro de la protección de dicho artículo. Existen dos posturas jurisprudenciales acerca de esta problemática.

⁴⁷ STS 1.118 de 2 de diciembre

En primer lugar, una primera postura jurisprudencial entiende que los hijos mayores de edad no se encuentran dentro del marco de protección que establece el precepto, ya que una vez que los mismos alcancen la mayoría de edad, es elección de los padres seguir manteniéndolos en su propia casa o contribuir mediante el pago de la pensión alimenticia que corresponda (art 149 CC). Esta corriente entiende que el precepto únicamente trata de proteger a los hijos menores de edad o con la capacidad judicialmente modificada. Por tanto, esta postura considera que a partir de la mayoría de edad cesa el deber de los padres de velar por sus hijos y educarles, sin perjuicio del deber de prestar alimentos a favor de los mismos.

Así, el Tribunal Supremo establece que la necesidad de habitación de los hijos mayores de edad no es factor suficiente para adjudicarle el uso de la vivienda, pues aquella habrá que satisfacerse en virtud de los alimentos entre parientes. En la Sentencia del Supremo de 25 de octubre de 2016 se establece que “*Ningún mayor de edad tendrá derecho a obtener parte de los alimentos que le corresponde con la atribución del uso de la vivienda familiar*”⁴⁸. Siguiendo esta línea, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 11 de noviembre de 2013 falló a favor del cese de la aplicación de este régimen entendiendo que la mayoría de edad supone la extinción del criterio de atribución automática del uso de la vivienda que establece el artículo 96 CC, pudiendo los cónyuges en función de las circunstancias atribuir un régimen distinto del que fue fijado por la minoría de edad⁴⁹.

La segunda postura jurisprudencial entiende que el artículo 96 CC ni siquiera distingue entre hijos mayores y menores, y por esa razón se extenderá la protección del artículo a los hijos mayores pero que sean dependientes económicamente de sus padres. Esta corriente entiende que los principios de *favor filii* son aplicables también en los supuestos en los que los hijos alcancen la mayoría de edad, ya que no dejan de ser el interés prioritario de protección. Y ello es así, porque la mayoría, al alcanzar esta edad se encuentran en formación, como por ejemplo, realizando estudios universitarios y por tanto, no son independientes económicamente. Según esta corriente, la obligación de los padres de prestar habitación y alimentos no cesa

⁴⁸ STS 635/2016 de 25 de octubre

⁴⁹ STS 707/2013, de 11 de noviembre

porque se alcance la mayoría de edad siempre que se atienda a las circunstancias en cada caso y mientras el mayor sea dependiente económicamente. Así, la Sentencia de 19 de noviembre de la Audiencia Provincial de Toledo⁵⁰, otorga el uso de la vivienda familiar a la única hija de 19 años que vivía con la madre, a pesar de que recientemente había empezado a trabajar pero sus ingresos eran mínimos. El juzgador en este caso consideró que el interés más necesitado de protección era la hija.

Respecto lo anterior, podemos concluir que la mayoría de edad de los hijos no es causa suficiente para la extinción de la pensión contemplada en el art 152 CC, debiendo mantenerse a los hijos mientras carezcan de ingresos propios por no haber finalizado sus estudios o formación por causa que no le sea imputable. En estos supuestos, los padres estarán en la obligación de prestar alimentos, dentro de los cuales se encuentra la habitación. Así la extinción del derecho a la pensión de alimentos tendrá lugar cuando se den alguno de los requisitos de los artículos 150 y 152 CC, entre ellas *“cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia”*; *“cuando el alimentista hubiese cometido alguna de las faltas que dan lugar a la desheredación”* o *“cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de áquel provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, y mientras subsista esta causa”*.

Así la edad no es motivo suficiente para el cese de la extinción de esta pensión, teniendo que atender a las circunstancias en cada caso concreto, como ha manifestado la Sentencia del Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de noviembre de 2019^{51 52}.

Así, el Tribunal Supremo en el año 2013, en su Sentencia de 11 de noviembre manifestó que *“Una vez que se adquiere la mayoría de edad cesa el criterio que*

⁵⁰ SAP 336/2004, de Toledo de 19 de noviembre

⁵¹ STS 587/2019 de 6 de noviembre

⁵² Véase también STS 558/2016 de 21 de septiembre

establece el artículo 96 CC sobre la atribución de la vivienda, pero interviene un nuevo régimen de asignación de uso, pudiendo los cónyuges asignar un nuevo régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, sino teniendo en cuenta el interés superior de protección”⁵³. En estos casos, esta nueva situación es equivalente a aquellos supuestos en los que no existieran hijos y tal adjudicación como es debido se hiciera al cónyuge más necesitado de protección, pero no se hará por tiempo indefinido. Así, si la vivienda es privativa de uno de los progenitores y el progenitor no propietario es el más necesitado de protección, la vivienda cederá a favor de éste pero con carácter temporal. El Juez para determinar cual es el cónyuge más necesitado de protección tendrá en cuenta la situación económica de cada uno de ellos: posibilidad de acceder a otra vivienda, propiedades, ingresos, sueldos o incluso, el estado de salud.

Siguiendo esta línea, la Sentencia del Tribunal de Supremo de 27 de septiembre de 2017⁵⁴ también ha manifestado que la mayoría de edad de los hijos da lugar a una nueva situación equiparable a los supuestos en los que no hay hijos, de manera que se deberá de atender al interés más necesitado de protección cuando las circunstancias así lo aconsejen, aplicando por tanto el párrafo tercero del art 96 CC.

5. Convivencia del progenitor custodio con un tercero en la vivienda familiar

En la práctica un supuesto que genera grandes conflictos es cuando el progenitor al que se le ha atribuido el uso de la vivienda familiar, ya sea por ser el más necesitado de protección o por ostentar la guarda y custodia de los hijos, inicia una convivencia con un tercero en el considerado domicilio familiar. Esta situación creaba una situación injusta para el cónyuge no custodio, que pudiendo ser incluso el propietario de dicho domicilio, debía soportar que un tercero residiera en la vivienda, teniendo el mismo que seguir soportando la deuda hipotecaria si la hubiera.

⁵³ STS 707/2013 de 11 de noviembre “ob.cit”.

⁵⁴ STS 527/2017 de 27 de septiembre

Hasta el año 2018 el Tribunal Supremo no se había pronunciado sobre esta situación, siendo dispares las soluciones otorgadas por las Audiencias Provinciales⁵⁵, entendiendo la mayoría jurisprudencial⁵⁶ que la extinción del uso de la vivienda vulneraba el interés superior del menor. Un ejemplo de ello es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de septiembre de 2009 en la que se confirmó que *“La nueva situación personal y familiar afectante a la esposa en modo alguno puede afectar negativamente a los hijos, en una correcta interpretación de lo dispuesto del artículo 96 del Código Civil, pues no se olvide que tal atribución del derecho de uso de la vivienda lo es en beneficio e interés de dichos hijos, de conformidad con el artículo 39 de la Constitución”*⁵⁷ o, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de febrero de 2012 en la que se manifestó que *“Aunque la convivencia more uxorio de la madre con una tercera persona en dicha vivienda, haya quedado debidamente acreditada, en nada afecta a la atribución al hijo común pues, de conformidad con el art. 85 del Código Civil el matrimonio se disuelve por el divorcio, lo que impide que el actor pueda interferir en la vida sentimental de la que fue y ya no es su esposa”*⁵⁸.

Como ejemplo de ello, a continuación, relataremos un supuesto sucedido en la práctica. Durante un procedimiento matrimonial, el actor solicitó la supresión del uso de la vivienda familiar a la demandada debido a la convivencia de la misma con su nueva pareja en el domicilio familiar. El Juzgado de Instancia desestimó dicha pretensión.

Tras esto, el actor interpuso recurso de Apelación. La Audiencia Provincial de Murcia resolvió en su Sentencia de 9 de diciembre de 2009 manifestando que *“El hecho de que conviva una tercera persona en el domicilio con la demandada y sus*

⁵⁵ Méndez Tojo, R. *“Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges por convivencia con tercera persona: la novedosa STS 641/2018, de 20 de noviembre”*, Dialnet.

⁵⁶ Véase SAP 306/2010 de Cáceres de 21 de julio; SAP 190/2012 de Asturias de 30 de abril; SAP 487/2010 de Barcelona de 14 de octubre

⁵⁷ SAP 528/2009 de Madrid de 11 de septiembre

⁵⁸ SAP 77/2012 de Barcelona de 14 de febrero

hijos nada tiene que ver con las relaciones familiares, puesto que los hijos siguen siendo menores y por dicha razón dicha atribución viene impuesta legalmente”⁵⁹.

A pesar de esta mayoría, existe otro sector que considera que la entrada de una tercera persona a la que hasta el momento era considerada vivienda familiar implica el cese del derecho de uso del inmueble. Así lo ha manifestado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 19 de marzo de 2007 al manifestar que *“Si el cónyuge a quien se atribuye el disfrute de una vivienda ganancial desea fundar con una tercera persona una familia, o unirse establemente a ella, lo oportuno es que, consumando la liquidación de gananciales que a la disolución provocada por la sentencia de separación o divorcio debe ordinariamente suceder, forme nuevo hogar renunciando al privilegio del que, en atención a su anterior situación, venía disfrutando”⁶⁰.*

Fue en el año 2018 cuando por primera vez se manifestó el Tribunal Supremo sobre esta situación con una sentencia que resultó muy novedosa y que vamos a tratar a continuación. Se trata de un supuesto en el que se atribuye el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio, que en este caso era la madre y los hijos que quedaron en su guarda y custodia.

Transcurrido un tiempo, el padre, el cual ha sido privado del uso de la vivienda pide una modificación de las medidas, solicitando que se extinga el derecho de uso de la misma, basándose en la nueva convivencia de la pareja del progenitor custodio (la madre) en la vivienda. El Juzgado de Primera Instancia denegó la extinción solicitada pero sí accedió a reducir la cuantía solicitada en concepto de pensión alimenticia que prestaba el padre a los hijos menores de edad.

Se interpone recurso de Apelación y la Audiencia Provincial de Valladolid en su Sentencia de 15 de enero de 2018 manifestó que *“La entrada de una tercera persona en el ámbito material en la que fue vivienda familiar hace perder a la vivienda su antigua naturaleza de vivienda familiar por servir en su uso a una*

⁵⁹ SAP 287/2009 de Murcia de 9 de diciembre

⁶⁰ SAP 59/2007 de Almería de 19 de marzo

familia distinta y diferente, considerando vivienda familiar aquella en la que se haya convivido con una voluntad de permanencia, de manera que usando este criterio, consideramos que desaparecida esa familia, la vivienda también debe de perder la consideración de vivienda familiar, ya que no puede considerarse familiar a la vivienda que no sirve a los fines del matrimonio, estimando que no tiene sentido que los hijos y el custodio sigan manteniendo el uso de un inmueble que ya no sirve a sus primitivos fines más allá del tiempo que se necesite para liquidar la sociedad de gananciales”⁶¹.

Ante esto, el Ministerio Fiscal interpone recurso de Casación por considerar que se ha vulnerado el art 96 CC manifestando que se está protegiendo el interés patrimonial y no el interés del menor.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 20 de noviembre de 2018, manifestó que *“Se procede a extinguir el uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio, y a los hijos debido a la nueva convivencia de la nueva pareja de la madre, considerando que la entrada de una tercera persona a la vivienda produce la extinción de familiar, aclarando que el derecho de uso que se había otorgado a la madre se extinguirá en el momento en que se produzca la disolución de gananciales”⁶².*

En esta Sentencia el Tribunal Supremo establece que la convivencia de un tercero en la vivienda cambia el estatus de la que hasta el momento era considerada como vivienda familiar. Además, añade que la introducción de un tercero conlleva la valoración de elementos distintos a los que se tuvieron en cuenta a la hora de fijar las medidas. Estos argumentos utilizados por el Supremo dan lugar a la extinción automática del derecho de uso por convivencia con un tercero privando al cónyuge custodio y al menor de su uso.

Ésta sentencia a pesar de ser muy novedosa también ha sido objeto de múltiples críticas por considerar que se atiende más a proteger el interés del cónyuge no custodio que al propio interés del menor.

⁶¹ SAP 20/2018 de Valladolid de 15 de enero

⁶² STS 641/2018 de 20 de noviembre

6. Atribución de la vivienda en caso de violencia de género

Dado que la violencia de género es un problema en nuestra sociedad, los poderes públicos han creado medidas para proteger a las víctimas que sufren este tipo de violencia. Así, existen varias leyes que protegen a las víctimas no solo desde el punto de vista penal sino también desde una perspectiva civil. Por ejemplo, la Ley 1/2004 de Medidas de Protección Contra la Violencia de Género⁶³, la cual suprime el concepto de violencia doméstica por violencia de género o la Ley 27/2003 Reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia de Género⁶⁴. Esta última ley introduce la competencia de los Juzgados de Instrucción para acordar medidas cautelares de naturaleza civil previas a un procedimiento de familia. Estas medidas pueden ser entre otras, régimen de visitas, régimen de custodia de los hijos, atribución del uso de la vivienda familiar etc.

En primer lugar, cabe decir que el Juez de Violencia Sobre la Mujer puede acordar medidas civiles en los supuestos que considere oportunos. Estas medidas coinciden con las que puede acordar el Juez de Primera Instancia cuando se encuentra ante una demanda de divorcio. Así la Ley de Enjuiciamiento Criminal recoge la posibilidad de adoptar medidas de naturaleza civil, y concretamente el artículo 544 ter apartado 7º LECrim establece que una de dichas medidas podrá ser la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar. Esta medida podrá ser solicitada por la víctima, por su representante legal o por el Ministerio Fiscal.

Centrándonos en el tema que nos compete, el uso de la vivienda familiar en los casos en los que exista violencia de género habiendo hijos menores de edad se atribuirá a los hijos y al progenitor en cuya compañía queden, que al tratarse de estos casos, suele ser la madre. Es decir, será de aplicación el apartado primero del art .96 CC.

⁶³ LO 1/2004, de medidas de protección contra la violencia de género

⁶⁴ Ley 27/2003, reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia de género

Por otro lado, cuando no hay hijos y nos encontramos ante un supuesto de violencia de género, el uso de la vivienda se atribuirá a la parte más necesitada de protección, que al tratarse de este tipo de violencia, es la mujer. En estos casos es de aplicación el apartado tercero del artículo 96 CC⁶⁵.

⁶⁵ ALVÁREZ ALVÁREZ, H. *“La víctima de violencia de género y la atribución de la vivienda familiar”* Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales, Lex Nova, Valladolid, 2009, p.268.

7. Conclusiones

PRIMERA: Este trabajo tiene como objeto la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial. En consecuencia, es de gran importancia saber a qué nos referimos cuando hablamos de vivienda familiar. Hay que precisar que el Código Civil no contiene una definición de la misma y que el artículo 96 de este mismo cuerpo legal, establece los criterios que se deben tener en cuenta a la hora de atribuir el inmueble; diferenciando así entre la existencia de hijos y la ausencia de ellos, otorgando prioridad al derecho de familia y a proteger los intereses de los más necesitados de protección, y todo ello sin tener en cuenta la naturaleza privativa o ganancial de la vivienda. Con respecto a los garajes, trasteros y otros espacios; antes de la crisis matrimonial, la familia disfrutaba de esos lugares como parte de la vivienda, por lo que no tendría sentido que al atribuir el uso de la misma a los menores y al cónyuge custodio se excluyeran los garajes o trasteros, los cuales son también de provecho.

SEGUNDA: En los supuestos en los que existan hijos menores de edad, la vivienda se atribuirá atendiendo al principio del interés del menor o *favor filii*, estando este interés por encima de la voluntad de las partes. En el tema que nos compete, este principio se garantiza al satisfacer la necesidad de habitación del menor tratando así de alterar lo menos posible su entorno. Por este motivo, es lógico que los hijos menores de las uniones de hecho reciban el mismo tratamiento a la hora de atribuirse la vivienda que los hijos matrimoniales, ya que no sería justo que la decisión de contraer matrimonio pudiera perjudicar a los hijos en este tipo de cuestiones. Además, el principio de interés del menor no distingue entre hijos matrimoniales o provenientes de las parejas de hecho.

TERCERA: Dado que existiendo hijos menores debe primar el interés de los mismos, es lógico que tras una crisis matrimonial, se atribuya el uso de la vivienda a los menores y al cónyuge en cuya compañía queden, todo ello dentro del marco de la custodia exclusiva. A mi parecer, es propio que el único límite existente sea la mayoría de edad, puesto que de lo contrario se vulnerarían los derechos del menor, como por ejemplo, la necesidad de habitación. A pesar de lo expuesto, es

cierto que no existe previsión legal alguna sobre la compensación económica en estos casos. Así, sería conveniente que atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto se conceda la misma, ya que es injusto que el propietario del inmueble por el mero hecho de no ostentar la custodia, tenga que procurarse otra suponiendo un gran perjuicio económico para el mismo.

QUARTA: La custodia compartida es el sistema que en la mayoría de casos salvaguarda el interés del menor, ya que los hijos tendrían contacto habitual con ambos progenitores. Así, a pesar de que el artículo 96.I CC regula los supuestos de custodia monoparental o exclusiva, la jurisprudencia ha aportado soluciones para solventar aquellos casos en los que la custodia sea compartida. Una de las soluciones es la custodia nido. En mi opinión, esta no es la más beneficiosa, ya que a pesar de que garantiza el interés del menor y el mismo se mantiene en la vivienda familiar, considero que es bastante oneroso para los progenitores tener que costearse otra vivienda, además de resultar una inestabilidad para sus vidas cotidianas tener que trasladarse a la vivienda familiar cada vez que el menor esté bajo su guarda. La solución más acertada ha sido la de atribuir el uso de la vivienda al progenitor que tenga más necesidad de ella, ya que no tiene sentido atribuir el domicilio al progenitor que ostente o pueda sufragarse otra vivienda en buenas condiciones. Por otro lado, sería vulnerar el principio del interés del menor permitir que éste se encuentre bajo la guarda y custodia de un progenitor que no pueda satisfacerle la necesidad de habitación.

QUINTA: Con respecto al límite de tiempo, la regla general en los supuestos de custodia monoparental, es no establecer ningún límite de tiempo a los menores, siendo el único límite existente la mayoría de edad. En las custodias compartidas se suele establecer como regla general, un límite de tiempo. En ambos tipos de custodias el interés prioritario es el menor, por lo que estimo que en ninguna de éstas debería establecerse ningún límite mientras se encuentre dentro de esta franja temporal, salvo que se alcance la mayoría de edad o cuando se acredite que las necesidades de habitación están cubiertas por otra vía.

SEXTA: La vivienda familiar en ocasiones es cedida de forma gratuita y sin ningún tipo de contraprestación a los cónyuges por un tercero para que desarrollen su vida personal y familiar. El problema surge cuando tras la crisis matrimonial se atribuye el uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio y a los hijos, teniendo el titular de la vivienda un lazo afectivo con el cónyuge no custodio, y como consecuencia, teniendo éste que abandonar la vivienda. En estos casos, el titular del inmueble como es lógico querrá recuperar la vivienda. Así, aunque el interés prioritario es el del menor y se debe de garantizar siempre sus necesidades, no es justo que el tercero que en su día cedió la vivienda, pueda verse afectado tras la crisis matrimonial por una sentencia donde se atribuya el uso del inmueble a los menores y al cónyuge custodio. A mi parecer, el cesionario no debería verse afectado por un proceso en el que ni siquiera ha sido parte, ni por las consecuencias de una crisis matrimonial.

Por tanto, no me parece acertada la posición de los Tribunales que entienden que se ha producido una conversión del título jurídico de precario a comodato, ya que considero que la atribución del uso de la vivienda familiar mediante sentencia judicial no es suficiente para ostentar un título de posesión del inmueble.

SÉPTIMA: Dado que el Código Civil no hace distinción entre hijos menores y mayores de edad, la protección del art. 96 CC debería de extenderse de igual forma a los hijos mayores de edad siempre que sean dependientes económicamente, ya que el hecho de cumplir los dieciocho años no es motivo suficiente para que los hijos reciban un trato diferente; con la salvedad de que los mismos no tuviesen independencia económica por causas que le fueran imputables, como por ejemplo, no querer formarse académicamente o la negativa de entrada al mercado laboral.

OCTAVA: La nueva convivencia de un tercero con el progenitor custodio no es motivo suficiente para que se produzca el cese del derecho de uso de la vivienda familiar, puesto que el interés que se protege, como se ha reiterado anteriormente, es el del menor, y no es de justicia que el mismo pudiera verse perjudicado por la decisión de su progenitor de convivir con una nueva persona, decisión en la que probablemente no ha tenido que ver.

8. Bibliografía

ALVÁREZ ALVÁREZ, H. *“La víctima de violencia de género y la atribución de la vivienda familiar”* Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género.

Aspectos procesales, civiles, penales y laborales, Lex Nova, Valladolid, 2009.

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

CUENAS CASAS, M. *“El régimen jurídico de la vivienda familiar”*, Tratado de Derecho de la Familia (volumen III), Aranzadi, Navarra, 2017.

MARTIN MELÉNDEZ, M.T, *“Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales”*: artículo 1357, párrafo segundo, del Código Civil, Civitas ediciones, Madrid, 2002.

MÉNDEZ TOJO, R. *“Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges por convivencia con tercera persona”*: la novedosa STS 641/2018 de 20 de noviembre, Dialnet.

PEREZ VALLEJO, A.M ; CANTERO CAPARRÓS-SAÍZ, M.B *“Protección de la Infancia y marco jurídico de la coparentalidad tras la crisis familiar”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

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

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

SERRANO FERNANDEZ, C. ROCA TRÍAS, E. “*Atribución del uso de la vivienda familiar*”, Crisis Matrimoniales, Francis Lefebvre, Madrid, 2020.

Jurisprudencia

Sentencias del Tribunal Supremo

- STS 1118, de 2 de diciembre de 1992
- STS 1199/1994, de 31 de diciembre de 1994
- STS 1085/1996, de 16 de diciembre de 1996
- STS 100/2006, de 10 de febrero de 2006
- STS 910/2008, de 2 de octubre de 2008
- STS 474/2009, de 30 de junio de 2009
- STS 861/2009, de 18 de enero de 2010
- STS 178/2011, de 18 de marzo de 2011
- STS 191/2011, de 29 de marzo de 2011
- STS 221/2011, de 1 de abril de 2011
- STS 236/2011, de 14 de abril de 2011
- STS 451/2011, de 21 de junio de 2011
- STS 695/2011, de 10 de octubre de 2011
- STS 304/2012, de 21 de mayo de 2012
- STS 340/2012, 31 de mayo de 2012
- STS 671/2012, de 5 de noviembre de 2012

- STS 160/2013, de 14 de marzo de 2013
- STS 426/2013, de 17 de junio de 2013
- STS 707/2013, de 11 de noviembre de 2013
- STS 593/2014, de 24 de octubre de 2014
- STS 5/2015, de 16 de enero de 2015
- STS 635/2016, de 25 de octubre de 2016
- STS 558/2016, de 21 de septiembre de 2016
- STS 117/2017, de 22 de febrero de 2017
- STS 517/2017, de 22 de septiembre de 2017
- STS 527/2017, de 27 de septiembre de 2017
- STS 249/2018, de 25 de abril de 2018
- STS 641/2018, de 20 de noviembre de 2018
- STS 284/2019, de 23 de mayo de 2019
- STS 587/2019, de 6 de noviembre de 2019

Sentencias Audiencias Provinciales

- SAP 336/2004, de Toledo, de 19 de noviembre de 2004
- SAP 59/2007, de Almería de 19 de marzo de 2007
- SAP 528/2009, de Madrid, de 11 de septiembre de 2009
- SAP 536/2009 de Madrid de 14 de septiembre de 2009
- SAP 287/2009, de Murcia, de 9 de diciembre de 2009
- SAP 306/2010, de Cáceres, de 21 de julio de 2010
- SAP 487/2010, de Barcelona, de 14 de octubre de 2010

- SAP 77/2012, de Barcelona, de 14 de febrero de 2012
- SAP 131/2012, de Alicante, de 3 de abril de 2012
- SAP 190/2012, de Asturias, de 30 de abril de 2012
- SAP 20/2018, de Valladolid, de 15 de enero de 2018

Sentencia de Juzgados de Primera Instancia

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla 223/2011