

TRABAJO FIN DE MÁSTER EN ABOGACÍA



Universidad de Oviedo

***LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA
FAMILIAR TRAS LA CRISIS MATRIMONIAL. EN
ESPECIAL EL USO SOBRE LA VIVIENDA DE UN
TERCERO Y EN LA LIQUIDACIÓN DE LA
SOCIEDAD DE GANANCIALES***

Ana Álvarez Fernández

Tutor: Prof. Julio Carbajo González

1ª Promoción del Máster Universitario en Abogacía

Facultad de Derecho

Febrero de 2014

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
1. Introducción.....	3
2. Concepto de vivienda familiar.....	4
3. Naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar.....	6
4. Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar.....	9
4.1. En caso de existir hijos menores o incapacitados.....	10
A) Concesión de guarda y custodia en exclusiva.....	10
B) Distribución de los hijos entre los padres.....	15
C) Concesión de guarda y custodia compartida.....	15
4.2. A falta de hijos o siendo éstos mayores de edad.....	17
5. El uso sobre la vivienda de un tercero.....	20
5.1. La cesión gratuita del uso.....	20
A) Postura jurisprudencial anterior a la STS de 26 de diciembre de 2005.....	22
B) Postura jurisprudencial actual a partir de la STS de 26 de diciembre de 2005.....	24
5.2. Atribución del uso de la vivienda familiar arrendada al cónyuge no titular del arrendamiento.....	30
6. El uso de la vivienda familiar en la liquidación de la sociedad de gananciales.....	35
A) Cuestiones generales.....	35
B) Incidencia del derecho de uso atribuido al cónyuge más necesitado de protección, por no existir hijos o ser éstos mayores de edad, en la efectividad de la liquidación de la sociedad de gananciales.....	41
7. Conclusiones.....	46
8. Relación de jurisprudencia citada.....	47
9. Bibliografía	48

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es abordar las cuestiones que plantea la atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial y su solución desde el punto de vista legislativo y jurisprudencial. En las prácticas profesionales desarrolladas en el marco del Máster Universitario en Abogacía he podido estudiar asuntos relacionados con el Derecho de Familia y la vivienda familiar, que es uno de los objetos principales del procedimiento matrimonial o de regulación del cese de las parejas de hecho. Y es que se trata del bien máspreciado en el patrimonio de los cónyuges y donde han desarrollado gran parte de su existencia, por lo que ambos esposos, generalmente, interesan su atribución.

Se trata de un tema de gran complejidad y con diversos matices, tanto desde la óptica de la propia vivienda como de las circunstancias de sus ocupantes. Es una materia en constante cambio y evolución, y más ahora debido a la crisis económica por la que estamos atravesando que dificulta el acceso a la vivienda. Desde el punto de vista legislativo, su regulación es más bien escasa centrada en el art. 96 del CC, lo que hace necesario examinar a fondo la numerosa jurisprudencia existente al respecto. Gracias al nuevo recurso por interés casacional, que introdujo la LEC en el año 2000, esta materia pudo acceder al Tribunal Supremo, que está creando un cuerpo de doctrina muy importante y generando seguridad jurídica, cuestión de gran importancia ya que existían criterios contradictorios entre las Audiencias Provinciales en cuanto a las cuestiones derivadas de la vivienda familiar se refiere. Asimismo, también está en marcha una reforma del art. 96 CC contenida en el “Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio”, aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 19 de julio de 2013, que pretende dar respuesta a las críticas surgidas en diversos foros, así como adaptar la normativa a la doctrina creada por el Tribunal Supremo y a la nueva realidad sociológica.

Por todo ello y debido a que el Derecho de Familia es uno de los ámbitos que me interesa desarrollar en mi carrera profesional, he decidido dedicar mi Trabajo Fin de Máster en Abogacía a estudiar el destino de la vivienda familiar tras la ruptura matrimonial, una materia que genera grandes dificultades y conflictos en la práctica y que se encuentra en cambio permanente y pendiente de ser reformada.

A lo largo del trabajo abordaré diferentes asuntos, entre los que se encuentran la noción de vivienda familiar y cuál es la naturaleza del derecho a su uso, cuáles son los criterios que actualmente marca la ley para atribuir el inmueble y la jurisprudencia más

reciente al respecto, para centrarme luego en dos cuestiones concretas consistentes en que la vivienda familiar sea propiedad de un tercero, tanto cuando el uso se cede gratuitamente como en los casos de arrendamiento, y la incidencia que tiene el derecho de uso en la efectividad de la liquidación de la sociedad de gananciales.

2. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR

El Código Civil no define lo que es vivienda familiar y contiene una variedad de términos para referirse a una misma realidad. Así, el artículo 96 hace referencia a la vivienda familiar, del mismo modo en que lo hacen los artículos 90.c, 91, 103.2ª y 1357 del Código. Por otro lado, el artículo 1320 habla de vivienda habitual y en términos parecidos, el artículo 1406 se refiere a la vivienda donde tengan su residencial habitual los cónyuges. Por su parte, el artículo 70 se refiere al domicilio conyugal y el 93.2º al domicilio familiar, mientras que el 1362.1ª.2º alude al hogar familiar. Todo este conjunto normativo no está aludiendo a cosas distintas, sino que todas ellas responden a un mismo significado: el lugar físico donde se desarrolla la vida familiar.¹ Únicamente se podría admitir, como precisión terminológica, que el domicilio conyugal deja de existir cuando se produce la ruptura matrimonial (al no vivir los dos cónyuges ya en el mismo), mientras que esa ruptura no implica la desaparición de lo que debe entenderse por vivienda familiar, pues la misma sigue existiendo aunque en ella no resida uno de los cónyuges. Efectivamente, si se produce la ruptura matrimonial se puede seguir hablando de vivienda familiar, en tanto en cuanto se debe decidir a cuál de los cónyuges se atribuye su uso. Pero incluso estas dos expresiones (domicilio conyugal y vivienda familiar) se han entendido como sinónimas en la jurisprudencia².

Por vivienda familiar el Tribunal Supremo ha entendido que se trata de “un bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, cualquiera que sea el propietario”³; y que la vivienda familiar es algo más que la propia vivienda y se viene a identificar con el concepto de hogar familiar, o lugar donde,

¹ SAP Córdoba de 10 de mayo de 1993: “a tal fin se hace preciso recoger una serie de puntualizaciones doctrinales sobre este extremo, a saber: a) el legislador, si se atiene a los preceptos del CC, utiliza expresiones distintas como “vivienda familiar”, “vivienda habitual”, “vivienda donde tiene la residencia habitual” e incluso en el art. 82.2º utiliza la de “hogar familiar”, pero, sin entrar en disquisiciones justificadoras de tal diversidad de expresiones, todas ellas responden a un mismo significado, cual es, el de vivienda familiar”.

² Vid. MONTERO AROCA, J., *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (la aplicación práctica del artículo 96 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 11 y 12.

³ STS de 31 de diciembre de 1994.

habitualmente, la familia desarrolla su vida diaria⁴. Estas sentencias del TS han servido de pautas conceptuales para definiciones más recientes, y así pueden citarse la SAP de las Palmas, Secc. 3ª, de 8 de septiembre de 2007, donde se sostiene que, “al respecto ha de ser traída a colación la sentencia de nuestra audiencia de 17 de noviembre de 2005 que nos recuerda una definición de vivienda familiar, que se corresponde con el espacio físico, generalmente cerrado, que es ocupado por los componentes de una pareja y, en su caso, por sus descendientes más próximos (hijos), y que a su vez constituye el núcleo básico de su convivencia, es decir, el lugar donde se desarrollan habitualmente los quehaceres cotidianos más íntimos. Tal espacio puede tener diferente forma (vivienda unifamiliar, piso que forma parte de un edificio, dependencias dentro de una casa, etc.), puede situarse en un ámbito rural o urbano y puede incluso ser compartido con otras personas, (parientes o no), o familias, pero lo que le caracteriza y diferencia de otros es que simboliza y encarna uno de los aspectos de la vida más preciados por el ser humano, cual es el de su intimidad personal y familiar”; o la SAP de Asturias, Secc. 6ª, de 4 de noviembre de 2013 que afirma que “la doctrina viene entendiendo por vivienda familiar la residencia habitual, estable y permanente de la familia en continua convivencia, o lo que es lo mismo, el reducto donde se asientan y desarrollan las personas físicas que componen el grupo y sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias de descanso, aseo, alimentación y protección de su intimidad”.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 9 de mayo de 2012 formuló como doctrina casacional que “en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar, y esta no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia⁵”. Siguiendo tal doctrina, la STS de 31 de mayo de 2012 asegura que “es la forma en que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar (aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia), que es un concepto no definido en el Código civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el art. 70 CC, en relación al domicilio de los cónyuges”.

⁴ STS de 16 de diciembre de 1996.

⁵ Señala SEIJAS QUINTANA que “el art. 91 CC sólo permite al Juez, en defecto de acuerdo, o de no aprobación del acuerdo presentado, atribuir el uso de la vivienda familiar, siguiendo los criterios que establece el art. 96 CC. El art. 774.4 LEC repite la misma regla. De donde debemos deducir que el uso de los segundos domicilios u otro tipo de locales que no constituyan vivienda familiar, no puede ser efectuado por el Juez en el procedimiento matrimonial seguido con oposición de las partes”, en SEIJAS QUINTANA, J.A., “Guarda y custodia. Derecho de visitas. Vivienda familiar”, en AA.VV., *Jurisdicción de familia XX años, Asociación Española de Abogados de familia*, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 165.

Por lo tanto, la habitualidad y la estabilidad⁶ son notas que caracterizan a la vivienda familiar, que es el espacio físico donde de forma permanente reside el núcleo familiar, dejando fuera las segundas residencias y las de temporada.

3. NATURALEZA DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Determinar cuál es la naturaleza jurídica del derecho de uso atribuido judicialmente a uno de los cónyuges en el proceso matrimonial no ha sido una cuestión pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Por ello y con el propósito de unificar la doctrina en torno a esta cuestión, el Pleno del TS se pronunció en sus sentencias de fecha 14 y 18 de enero de 2010, afirmando definitivamente que el derecho de uso a la vivienda familiar otorgado mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde al interés familiar más necesitado de protección.

La STS de 14 de enero de 2010 reconoce que “la jurisprudencia de esta Sala ha experimentado vacilaciones en cuanto a la determinación de la naturaleza del derecho de uso de la vivienda atribuido por sentencia y en cuanto a los efectos del mismo. En algunos casos se ha calificado a este derecho como un derecho de eficacia real oponible a terceros (SSTS 13 de diciembre de 1991, RC nº 2987/1991, 18 de octubre de 1994, RC nº 1817/1991), y se ha afirmado que la protección de la vivienda familiar frente a terceros se produce con un ámbito objetivo equivalente al del derecho que la familia tiene al uso, incluyendo en este concepto el derecho privativo del cónyuge a quien se priva del uso”. Por ello, afirma la sentencia con cita a la STS de 18 de enero de 2010 (aunque todavía no se había publicado, se debatió en el mismo Pleno), que es necesario que el Pleno de la Sala 1ª, con fines de unificación de doctrina, se pronuncie sobre la naturaleza de dicho derecho. Así dispone que “el artículo 96.1 CC 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. El artículo 96.3 CC añade la posibilidad de acordar que el uso de la vivienda familiar temporalmente pueda atribuirse al cónyuge no titular siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado

⁶ Vid. GARCÍA VARELA, R., “Comentario al artículo 96 CC”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, Tomo II (Arts. 90 al 347), Bosch, Barcelona, 2006, pág. 138.

de protección. El derecho contemplado en estos preceptos comporta una limitación de disponer cuyo alcance se determina en el artículo 96.4 CC en los siguientes términos: para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”. Para terminar concluyendo sobre la naturaleza del derecho que “de la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). 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 Propiedad⁷ (RDGRN de 10 de octubre de 2008)”.

Añade la STS de 18 de enero de 2010 con cita al Derecho civil catalán (la ponente es Encarnación Roca Trías) que “se va a deducir una importante conclusión: el Código civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza

⁷ Afirma PÉREZ UREÑA, A. A., en “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar y su acceso al Registro de la Propiedad” publicado en http://www.elderecho.com/civil/atribucion-vivienda-familiar-Registro-Propiedad_11_310930001.html, el 1 de septiembre de 2011, que la “relevancia práctica de esta cuestión es indudable, dado que, el derecho de uso no inscrito no perjudica al tercero de buena fe, como expuso la STS de 22 de abril de 2004 (...). El TS resolvió que este derecho, caracterizado por las notas de provisionalidad y temporalidad, no puede ser opuesto a un tercero de buena fe, a quien se le ocultó su existencia. En similares términos se ha pronunciado la DGRN en sus Resoluciones de 25 de octubre de 1999 y de 19 de septiembre de 2007, poniendo el acento en que la oponibilidad de tal derecho a terceros es evidente, pero requiere que éstos no estén amparados por la fe pública registral”. Entiendo que esto será de aplicación cuando ambos cónyuges hayan decidido disponer de la vivienda (si es copropiedad de ambos) o el usuario no titular haya dado su consentimiento o medie autorización judicial; ya que se debe respetar lo establecido en el art. 96.4 CC que señala que “para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”. Si no existe consentimiento entiendo que la compraventa sería nula. Otra cuestión práctica relevante es que la inscripción del derecho de uso se deberá realizar respetando el principio de prioridad. Señala PÉREZ UREÑA que “en el caso de que la vivienda se encuentre previamente gravada con una carga hipotecaria, el adjudicatario de la finca en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria gozará de un estatus preferente frente al derecho de uso constituido por la sentencia de divorcio”. En la STS de 8 de octubre de 2010, el Alto Tribunal concluye acertadamente que “si no hubiera habido separación, al no pagarse el préstamo, ambos cónyuges habrían perdido la posesión de la finca”.

de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el Art. 83.3 CF y el Art. 233-22 del proyecto de Libro II del Código Civil Catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la Propiedad”. Tal afirmación me parece confusa, ya que da a entender que en el Derecho catalán tiene naturaleza real porque lo declara inscribible en el Registro de la Propiedad. Pero es que el TS tanto en su sentencia de 14 de enero de 2010 como en la de 27 de febrero de 2012, cuya ponente, por cierto, es Encarnación Roca, establecen que “esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad”. Al margen de este apunte, es claro su acceso al citado Registro y así lo confirma también la Resolución de la DGRN de fecha de 10 de octubre de 2008: “su naturaleza real es discutida, pero que en cualquier caso es oponible a terceros, y con independencia de que sea o no un derecho real, lo cierto es que en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario, con efectos erga omnes, por lo que debe tener acceso al Registro, a fin de evitar que una eventual manifestación falsa de dicho propietario, en caso de disposición, provoque la aparición de un tercero protegido por el art. 34 LH”. Además, el punto ocho del “Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio”, que contempla la reforma del art. 96 CC, añade un punto octavo a este precepto que declara expresamente, al igual que lo hace el Derecho civil catalán que “el derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge se podrá inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad”. ¿Quiere decir esto que si se aprueba tal reforma se deberá modificar la naturaleza del derecho de uso? No lo parece, ya que actualmente ya es inscribible en el Registro de la Propiedad y el TS ha declarado la naturaleza familiar y no real de este derecho de uso. Por último, cabe asimismo configurar este derecho como de carácter asistencial, personal, provisional y temporal⁸.

Una vez analizados el concepto de vivienda familiar y la naturaleza del derecho de uso de la misma, se estudiarán cuáles son los criterios de atribución y las últimas novedades jurisprudenciales al respecto.

⁸ Vid. SSTs de fecha 22 de abril de 2004 y de 10 de febrero de 2006 que afirman que el derecho de uso se caracteriza por su provisionalidad y temporalidad; y SAP Asturias Secc. 4ª de 13 de octubre de 2011.

4. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La atribución del uso de la vivienda familiar es uno de los aspectos más litigiosos en los procesos de crisis matrimonial debido a que en la mayoría de los casos cada cónyuge pretende su adjudicación. Y es que se trata, generalmente, del bien más valioso del patrimonio de la pareja, además del perjuicio económico que supone al cónyuge no usuario el tener que abandonar el domicilio familiar y alquilar o comprar otro inmueble donde establecer su residencia, e incluso volver al hogar paterno debido a la insuficiencia de recursos.

La atribución del uso de la vivienda familiar se puede determinar en convenio regulador en caso de acuerdo entre los cónyuges. No obstante, el Juez, según establece el art. 90 CC, no aprobará los acuerdos en relación a la vivienda familiar “si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”. En defecto de acuerdo entre las partes, el Juez, en el marco de un procedimiento contencioso, deberá pronunciarse sobre las medidas que sean necesarias en relación a la vivienda familiar, tal y como dispone el art. 91 CC⁹. Para ello deberá seguir las pautas establecidas en el art. 96 CC, precepto que contiene una escasa regulación de los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar y que establece como criterio principal el interés familiar más necesitado de protección y como criterio subsidiario el de la titularidad¹⁰.

El art. 96 CC es objeto de numerosas críticas y desde la doctrina¹¹ y diversos

⁹ En relación, ver la STS de 21 de mayo de 2012 en la que se plantea al TS si en un procedimiento matrimonial, en el que las partes no han pedido la atribución de la vivienda familiar, se aplica, como afirma la sentencia recurrida, el principio de congruencia y que ello impediría que el tribunal se pronunciase. Establece el Alto Tribunal que “el principio de rogación se aplica de forma relativa en estos procedimientos y ello sólo cuando existan menores de edad, cuyo interés es el más digno de protección. La facultad prevista en el art. 91 CC la tiene el juez cuando no se haya pedido ni adoptado ninguna medida, de modo que el art. 752.2 y 3 LEC establece que la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni éste podrá decidir la cuestión litigiosa basándose en la conformidad de las partes o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. En consecuencia, no puede alegarse la incongruencia cuando las partes no hayan formulado una petición que afecta al interés del menor, que deberá ser decidida por el juez, en virtud de la naturaleza de *ius cogens* que tiene una parte de las normas sobre procedimientos matrimoniales, tal como puso de relieve en su día la STC 120/1984”.

¹⁰ Vid. MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, P.1,2 y 3 CC). Teoría y práctica jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 99.

¹¹ Entre otros, LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, M.C., “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial”, en AA.VV., *El derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Asociación Española de Abogados de familia, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 264 a 272; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., “Crisis matrimonial y cambios en la atribución de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 738, julio-agosto de 2013, págs. 2248 a 2250.

foros¹² como el Encuentro Institucional de jueces y magistrados de familia, fiscales y secretarios judiciales, con abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia, se ha venido defendiendo la necesidad de adaptar el art. 96 CC a las nuevas realidades sociológicas. El Ministro de Justicia anunció en el Congreso el pasado 13 junio de 2012 una reforma del Código Civil, que ha sido plasmada en el “Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio”, aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 19 de julio de 2013. En él se realiza una profunda reforma del art. 96 CC y en su exposición de motivos se afirma que en la asignación de la vivienda debe prevalecer el interés superior de cada menor pero que también se atenderá al cónyuge que tenga más dificultades para encontrar una nueva vivienda tras el cese de la convivencia, siempre que sea compatible con el citado interés del menor. Dicha reforma será examinada a lo largo de los epígrafes correspondientes de este trabajo.

A continuación, se analizarán los distintos criterios que contiene actualmente el art. 96 CC, así como las novedades jurisprudenciales en la atribución del uso de la vivienda familiar.

4.1. En caso de existir hijos menores o incapacitados

A) Concesión de guarda y custodia en exclusiva

En el caso de existir hijos menores de edad o incapacitados¹³ el artículo 96.1 CC¹⁴ 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

¹² EDITORIAL SEPIN, *Criterios, Acuerdos y Conclusiones de Jueces y Abogados de Familia*, Sepin, Madrid, 2010, pág. 62. En el IV Encuentro de Jueces y Abogados de Familia celebrado en Valencia en 2009 se llegó a la siguiente conclusión: “a) se propone la reforma del art. 96 CC de forma que se proceda a una distribución del uso de la vivienda familiar entre las partes con plazos máximos legales de asignación y posible alternancia en el uso, atendidas las circunstancias, siempre que así se garantice el derecho de los hijos a habitar una vivienda en su entorno habitual. Dicha regulación debe comprender asimismo la concesión al Juez de amplias facultades para, salvaguardando el referido derecho de los hijos, acordar, en los casos de vivienda familiar de titularidad común de los progenitores, la realización de dicho inmueble, siempre a petición de alguna de las partes, mediante su venta a terceros o adjudicación a una de ellas, en línea con lo establecido en el artículo 43 de Código de Familia de Catalunya. La venta o adjudicación del inmueble sede de la vivienda familiar extinguirá automáticamente el derecho de uso constituido judicialmente”.

¹³ La STS de 30 de mayo de 2012 señala que “los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 CC, que no distingue entre menores e incapacitados (...)”.

¹⁴ Opina ESPIAU ESPIAU que “se trata de una determinación *ex lege*, en relación a la cual la decisión del Juez constituye tan sólo el cauce o instrumento a través del cual se exterioriza, mientras que en los otros dos supuestos la atribución judicial lo es realmente”, en ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992, pág. 225.

al cónyuge en cuya compañía queden¹⁵”. Por lo tanto, en caso de existir hijos menores o incapacitados la regla de atribución es clara en atención al principio general del *favor filli*, presuponiendo que es el de los menores el interés más necesitado de protección en todo caso. Según el TS, en sentencia de 1 de abril de 2011, “el principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor¹⁶, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC)”¹⁷. La citada sentencia pone fin a la práctica de limitar temporalmente el uso atribuido cuando existen hijos menores que algunas Audiencias Provinciales venían estableciendo y sienta la siguiente doctrina “la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del

¹⁵ Opina SALAZAR BORT que el art. 96.1 CC es una manifestación más del principio general *favor filli* y entiende que “este párrafo primero es un reflejo de lo que podríamos enunciar como principio de mantenimiento de los hijos menores en su entorno habitual”, en SALAZAR BORT, S., *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 46.

¹⁶ En cuanto al interés superior del menor, las SSTs de 17 de junio y 17 de octubre de 2013 señalan que se trata de “la suma de distintos factores que tienen que ver no sólo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no sólo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros. La situación del grupo familiar no es la misma antes que después de la separación o divorcio, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio o cuando se bloquea la normal disposición del patrimonio común de ambos cónyuges impidiendo una cobertura económica mayor, no sólo en favor de los hijos, sino de los propios padres que han contribuido a crear un patrimonio común afectado tras la separación por una situación de real incertidumbre”.

¹⁷ Aunque este trabajo se refiere únicamente a las parejas unidas por vínculo matrimonial, cabe apuntar que en los casos en los que existen hijos menores estas normas serán de aplicación también a las parejas de hecho. Así la STS de 1 de abril de 2011 señala que “el primer problema previo a resolver consiste en la respuesta a la pregunta de si puede aplicarse por analogía la norma del art. 96 CC, ya que ésta se refiere a la disolución del matrimonio por divorcio y el divorcio/separación sólo tiene lugar cuando se trata de matrimonios. Es cierto que en la regulación de la convivencia del hijo con sus padres cuando estén separados no existe una atribución del uso de la vivienda (art. 159 CC), pero las reglas de los arts. 156.5 y 159 CC no contradicen, sino que confirman lo que se establece en el art. 92 CC, por lo que la relación de analogía entre ambas situaciones existe, de acuerdo con lo establecido en el art. 4 CC (...). En realidad, el criterio de semejanza no se produce en relación a la situación de los padres, sino que de lo que se trata es de la protección del interés del menor, protección que es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados, en aplicación de lo que disponen los arts. 14 y 39 CE”. En cambio cuando no existen hijos, el TS opta por la no analogía (en este sentido, ver la STS de 6 de octubre de 2011). Entiende MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., que “en los casos que existen hijos comunes, la protección del interés de éstos (principio del *favor filli*) y el principio de igualdad entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, llevan a la atribución del uso al conviviente en cuya compañía queden; si no existen hijos, las soluciones son más variadas y habrá que estar al caso concreto, justificándose normalmente la atribución al no titular por el principio de protección al conviviente perjudicado”, en MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *Criterios de atribución...op. cit.*, pág. 37.

interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC”. Asegura la sentencia, cuya doctrina ha sido seguida por otras SSTS como las de fecha 14 de abril y 21 de junio de 2011 o la reciente de 17 de octubre de 2013, que lo establecido en el art. 96.1 CC “es una regla taxativa que no permite interpretaciones limitadoras e incluso el pacto entre progenitores debe ser examinado por el Juez para evitar que se pueda producir ningún perjuicio”. Reitera esta doctrina que “la atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen del bien acordado entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo en que los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien”. El TS admite que aunque pudiera ser una solución de futuro¹⁸ limitar el uso atribuido, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta regla, ya que están sometidos al imperio de la ley y señala que “esta norma 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 de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor”. Por lo tanto, como norma general, no cabe establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda familiar existiendo menores de edad o incapacitados.

No obstante esta regla general, tal y como afirman las SSTS de 5 de noviembre de 2012 y 17 de junio de 2013 hay dos factores que eliminan el rigorismo de la regla contenida en el art. 96.1 CC¹⁹:

a) el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de

¹⁸ Y así será de aprobarse el “Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio” que modifica el art. 96 CC, señalando en el apartado tercero que “en el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos y ésta fuera privativa del otro progenitor o común de ambos, lo será hasta que tenga la obligación de prestarles alimentos o se liquide la vivienda”.

¹⁹ El TS, en su sentencia de 17 de octubre de 2013, asegura que “valora las críticas que desde distintos sectores se están haciendo contra el rigorismo de la medida de uso de la vivienda familiar que se realiza al amparo del 96 del Código Civil, especialmente en unos momentos de crisis económica en que se han puesto en cuestión algunos de los postulados que permitieron su inicial redacción y que se han complicado especialmente en los casos de guarda y custodia compartida, haciendo inexcusablemente necesaria una nueva y completa regulación”.

la relación. Este es el caso que se da en la STS de 19 de noviembre de 2013, en el que el padre es piloto de avión y tiene su domicilio y base de trabajo en Madrid, mientras que la madre es azafata y tiene su base de trabajo en Barcelona, aunque ambos fijaron el domicilio familiar en Sevilla. El TS desestima el recurso de casación interpuesto confirmando las sentencias de instancia y de apelación en las que se otorgó el uso de la vivienda situada en Sevilla (que los ex cónyuges consideraban como familiar) a la menor y a su madre hasta la liquidación de la sociedad de gananciales²⁰.

b) que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés del menor. Son ejemplo la STS de 29 de marzo de 2011²¹, en la que se otorga la vivienda familiar al cónyuge no custodio ya que la esposa y su hijo residen en una nueva vivienda que aquélla ostenta en copropiedad con una nueva pareja con la que convive; la STS de 10 de octubre de 2011²², en la que se otorga el uso temporalmente de la vivienda familiar (propiedad de los padres del marido) a la mujer y a su hija hasta que finalice el contrato de arrendamiento de otra vivienda de la que son copropietarios ambos ex cónyuges y dicta la siguiente doctrina “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

²⁰ Y es que entiende el TS que “el domicilio en el que convive la menor no constituye la residencia habitual de la unidad familiar, antes al contrario, la vivienda sirve más para preservar de forma residual o secundaria los intereses de los progenitores que los de la menor puesto que, aunque por determinación expresa de ambos, el domicilio familiar se fijó en Sevilla, ninguno de ellos convive habitualmente en ella por razones de trabajo que lo tienen en Barcelona y Madrid, y la medida que se adopta no sólo no priva a la menor de su derecho a una vivienda, que tiene la de cualquiera de sus padres, y provisionalmente la de Sevilla, sino que de mantenerse impediría la disposición de un patrimonio común, afectando necesariamente a la liquidación del haber conyugal, integrado, entre otros bienes, por la vivienda gravada con una carga hipotecaria de larga duración, y consiguiente reparto entre ambos cónyuges, con evidente beneficio de la menor que puede mejorar sus necesidades alimenticias, que deben prestarse por el titular de la patria potestad, incluida la que resulta de la vivienda (artículo 142 CC). Sin duda, la atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste. Pero más allá de que se le proporcione una vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro cuando ello es posible, lo que no es posible es atribuir a la hija y al progenitor custodio en calidad de domicilio familiar un inmueble que no tiene sirve a estos fines, más allá del tiempo que se necesita para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos cónyuges”.

²¹ Señala la STS que “cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, como ocurre en el caso presente, en que la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con la que convive, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia (...). La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC”.

²² Sigue esta doctrina la SAP de Asturias, Secc. 7ª, de 1 de junio de 2012.

(ante la posibilidad de un desahucio por precario) y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos.”; la STS de 5 de noviembre de 2012, en la que la madre ha adquirido una nueva vivienda que cubre las necesidades de alojamiento de la hija menor en condiciones de dignidad y decoro, además, el padre recupera la vivienda (privativa de él) lo que le permite disfrutar de un status similar al de su hija y su ex esposa; la STS de 17 de junio de 2013, que establece que no es contrario al interés del menor mantener tres años al hijo y a su madre en la vivienda familiar, para luego pasar a otra (copropiedad de los ex cónyuges) cuando el domicilio familiar conlleva el uso de la finca donde se ubica e impide la disposición de un patrimonio común importante (en la que se incluyen negocios), afectando necesariamente a la liquidación del haber conyugal y a su reparto entre ambos cónyuges; o la STS de 3 de diciembre de 2013 en la que la vivienda familiar se atribuye al cónyuge no custodio hasta la extinción del condominio, dado que las menores tenían cubierta la necesidad de alojamiento, al residir el padre en una vivienda de alquiler de elevada renta (1800 euros mensuales), y ser la madre el interés más necesitado de protección, al encontrarse en una situación precaria.

Por lo tanto, y tal y como concluye PINTO ANDRADE²³ “en la atribución judicial de la vivienda familiar con hijos menores existe la presunción *iuris tantum* de que el interés de los menores se satisface mediante la atribución de la vivienda que fue familiar, presunción que puede quebrar en determinados casos pero quedando siempre salvaguardado y satisfecho el interés del menor, que siempre será el superior”.

Por último, otra cuestión que ha sido planteada al TS es si cabe la posibilidad de división material de la vivienda. El Alto Tribunal se pronunció en la STS de 30 de abril de 2012 en la que formuló la doctrina de que “cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando ello sea lo más adecuado para el cumplimiento del art. 96 CC, es decir, la protección del interés del menor y siempre que la división es posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad”.

²³ PINTO ANDRADE, C., “La atribución de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 30, mayo de 2013, pág. 21.

B) Distribución de los hijos entre los padres

Dispone el art. 96.2 CC²⁴ que “cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente”. Entiende ELORRIAGA DE BONIS²⁵ que en estos casos el interés más necesitado de protección es difícil de precisar (...) y por ello se dota al sentenciador de un mayor poder de discrecionalidad²⁶. Asegura que “puede parecer difícil hacer precisiones mayores, pero es posible beneficiar con el uso de la vivienda al cónyuge que le corresponda el cuidado de un mayor número de hijos, o al marido o a la mujer que tiene a su cargo los hijos menores o incapacitados, o al que a pesar de tener el mismo número de hijos bajo su cuidado tiene ingresos mucho menores”. Se trata de una situación poco frecuente ya que hay que recordar que prevalece el criterio de no separar a los hermanos.

C) Concesión de guarda y custodia compartida

La Ley 15/2005, de 8 de julio modificó el art. 92 CC e introdujo la guarda y custodia compartida en su apartado 5º, el cual establece que “se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”. Este apartado debe ponerse en relación con el número 8º del mismo precepto que señala que “excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este

²⁴ Este párrafo fue introducido en el Senado y se refiere a una hipótesis que la anterior redacción del precepto no contemplaba. Opina GARCÍA CANTERO que “el mayor defecto de este artículo es el haber querido descender a disposiciones cuasi-reglamentarias, que nunca pueden abarcar toda la realidad, en lugar de haberse contentado con dar unos principios muy generales”, en GARCÍA CANTERO, G., “Comentario al artículo 96 CC”, en ALBALADEJO GARCÍA, M., (Dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, T.II (arts. 42 a 107 CC), Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982, pág. 412.

²⁵ ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 488 y 489.

²⁶ En la SAP de Málaga, Secc. 6ª, de 30 de septiembre de 2010, no se atribuye el uso de la vivienda familiar “ya que ambos progenitores trabajan y tienen unos ingresos semejantes, encargándose cada uno de uno de los hijos cuyos gastos ordinarios costea”; en la SAP de Valencia, Secc. 10ª, de 14 de enero de 2010, se otorga la vivienda familiar al padre y al hijo de 15 años “ya que la esposa marchó a vivir con su madre, con la que residió junto con sus hijos en un principio, y con la que sigue viviendo, por lo que tiene cubierta la necesidad de vivienda (y su hija de 18 años)”; o la SAP de Ávila, Secc. 1ª, de 25 de abril de 2005 en la que “se atribuye el uso de la vivienda familiar al hijo mayor y al padre ya que la madre dispone de independencia económica al haber iniciado un trabajo por cuenta ajena que le ha permitido alquilar una vivienda en el mismo municipio donde se encuentran residiendo sus hijos menores”.

artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable²⁷ del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor²⁸. El problema surge con la atribución del uso de la vivienda familiar ya que el art. 96 CC no fue reformado en 2005²⁹ y ninguno de sus apartados se refieren a la custodia compartida, por lo que se deberá acudir a la jurisprudencia. Señala HERNÁNDEZ IBÁÑEZ,³⁰ siguiendo a DE LA IGLESIA MONGE, que los Tribunales han adoptado distintas soluciones. En primer lugar, que la vivienda se transmita si es de titularidad conjunta, y que cada cónyuge adquiera un nuevo inmueble con el beneficio de la venta, donde vivirán con sus hijos en los periodos que les corresponda³¹; otro criterio consiste en que los menores se queden en la vivienda familiar y que sean los padres los que se desplacen a ésta en el periodo que les toque estar con sus hijos, sin que la vivienda se atribuya a ninguno de los cónyuges³²; y por último, otra opción en la que se atribuye la vivienda familiar a uno sólo de los progenitores, atendiendo para ello a motivos de salud, económicos, etc³³.

²⁷ El inciso “favorable” ha sido declarado inconstitucional y nulo en la STC de 17 de octubre de 2012 porque “dicha decisión no debe quedar sometida al parecer único del Ministerio Fiscal (...) corresponde al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional”.

²⁸ El “Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio” añade un nuevo artículo 92 bis al CC en el que se señala en su apartado primero que “el Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida. Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí”. En palabras del Ministro de Justicia tras la aprobación del Anteproyecto por el Consejo de Ministros el pasado 19 de julio de 2013 “con la nueva regulación la custodia compartida deja de ser excepcional, pero no se convierte en preferente y general”.

²⁹ En el II Encuentro Institucional de jueces y magistrados de familia, fiscales y secretarios judiciales, con abogados de la AEAF, celebrado en Madrid en el 2005 ya se llegó a la conclusión de que “hubiera sido deseable la reforma del art. 96 CC, en el sentido de que quedara garantizado siempre el derecho de habitación del menor, sin necesidad de que se imponga con carácter rígido la atribución del uso del domicilio familiar al progenitor con el que resida. La reforma adolece de no haber alterado el sistema anterior para adaptarlo a las nuevas circunstancias sociológicas y a la institución de la custodia compartida, por lo que se reclama una puntual modificación legal en este aspecto”.

³⁰ HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., “Crisis matrimonial y...*op. cit.*, págs. 2242 y 2243.

³¹ SAP Islas Baleares, Secc. 5ª, de 29 de junio de 2005 o SAP de Valencia, Secc. 10ª, de 18 de octubre de 2006.

³² SJPI nº 8 de Gijón de 3 de octubre de 2008 o SJPI nº 7 de Sevilla de 8 de abril de 2011. En cuanto a este criterio se refiere, soy de la opinión de HERNÁNDEZ IBÁÑEZ quien afirma que “se trata de una solución antieconómica, ya que los progenitores han de sufragar los gastos de tres viviendas”, además de las complicaciones que pueden surgir en el caso de una nueva relación sentimental de los progenitores con terceras personas. Esta autora apuesta por la venta de la vivienda familiar y el reparto del beneficio obtenido entre los cónyuges, aunque es consciente de la dificultad que supone vender un inmueble en el momento actual y que si se opta por adquirir una nueva vivienda, ésta será inferior a la que tenían; en HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., “Crisis matrimonial y...*op. cit.*, pág. 2244.

³³ SJPI nº 28 de Madrid de 19 de julio de 2007 o SJPI nº 3 de Granollers de 8 de octubre de 2009.

Algunas Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio también regulan la figura de la custodia compartida, pero a diferencia del régimen común, se ocupan de la atribución de la vivienda familiar en estos casos. Así, en Cataluña, el art. 233-20.3.a) del Libro Segundo de su Código Civil señala que en caso de que la guarda de los hijos sea compartida, el Juez debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado de protección. El Código del Derecho Foral de Aragón en su art. 81 establece que “en los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares”. Y por último, la Comunidad Valenciana, que en el art. 6 de la Ley 25/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no convivan, dispone que “a falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda”.

La falta de previsión del art. 96 CC en relación al art. 92.5 CC hace necesaria una modificación del primero en el sentido de regular la atribución de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida. Parece que dicho cambio legislativo se va a producir en un espacio corto de tiempo de aprobarse el “Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio”. En el citado texto se prevé que en los casos de custodia compartida, la vivienda familiar se atribuya al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, siempre que no fuera atribuido su uso por periodos alternos a ambos progenitores y fuera compatible con los intereses de los menores.

4.2. A falta de hijos o siendo éstos mayores de edad

En el caso de que no existan hijos el artículo 96.3 CC dispone que “podrá acordarse que el uso de tales bienes (la vivienda y los enseres), por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección³⁴”. Pese a que el precepto sólo se refiere a los supuestos en que la vivienda

³⁴ Afirma GARCÍA CANTERO que “se observa aquí un criterio más restrictivo que en la primera hipótesis y la adopción de mayores cautelas (...). Es facultativo del Juez (“podrá acordarse”), no siendo

familiar es de titularidad exclusiva de uno de los cónyuges, también será aplicable en los casos en los que la vivienda sea de titularidad compartida³⁵.

La Ley únicamente habla de examinar las circunstancias de los cónyuges para determinar cuál de ellos representa el “interés más necesitado de protección”, sin concretar ningún tipo de parámetro, lo que quedará, por tanto, a criterio del juzgador³⁶. La STS de 14 de noviembre de 2012 resuelve un caso en que la recurrente entiende que la Audiencia Provincial de Madrid no ha valorado suficientemente las circunstancias personales de las partes a la hora de atribuir el uso alternativo, por años, de la vivienda familiar a ambos cónyuges³⁷. El TS se pronuncia al respecto y establece que “las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación deben ser respetadas en cuanto son consecuencia de la libre y ponderada valoración de los distintos factores que, en el caso, han servido para valorar la procedencia de asignar la vivienda familiar de forma alternativa entre los cónyuges, y ninguno de estos factores resulta absurdo, ilógico o irracional para modificarlo”. Por lo tanto, en la atribución judicial del uso de la vivienda familiar no habiendo hijos o siendo éstos mayores de edad, la valoración de las circunstancias concretas de cada caso y la posterior determinación del “interés más necesitado de protección” (art. 96.3 CC) no presentan interés casacional, siendo competencia del tribunal de instancia o de apelación, siempre que dicha determinación sea debidamente razonada y no sea absurda o ilógica. Asimismo, también puede darse el caso de que el juzgador, una vez examinadas las circunstancias, no pueda determinar quién representa el interés más necesitado de protección, por ser las condiciones de ambos cónyuges parecidas. Es evidente que cuando la vivienda es de titularidad privativa de uno de los cónyuges, no existirá atribución del uso en sentido estricto, sino que continuará en el uso de lo que le pertenece, sin necesidad de medida concreta alguna de atribución. Más dificultades se pueden plantear cuando la vivienda es propiedad de ambos cónyuges. En este caso, soy de la opinión, al igual que

un derecho del cónyuge que pueda ejercer indiscriminadamente”; en GARCÍA CANTERO, G., “Comentario al art. 96 CC...*op. cit.*”, pág. 413.

³⁵ Vid. GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2013, pág. 160.

³⁶ Apunta ELORRIAGA DE BONIS que “indudablemente se trata de una cuestión que debe resolverse en cada caso concreto, quedando entregada a la discrecionalidad del Juez, quien deberá determinar cuál es el interés más digno de protección y si es aconsejable la atribución de la vivienda a este cónyuge”. Debe atenderse a distintas circunstancias como las condiciones económicas, sociales, laborales o de salud de ambas partes; en ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de...op. cit.*, págs. 491 y 493.

³⁷ La AP de Madrid sostiene que “en ninguno de los consortes se advierte interés necesitado de mayor protección, al concurrir en ambos semejantes condiciones de edad, estado de salud, así como las posibilidades de atender dignamente el sustento, siquiera la esposa con la pensión compensatoria a cargo del ex marido, en importe hoy próximo al salario mínimo interprofesional vigente para el año, y en ausencia de cargas que afrontar”.

MANZANA LAGUARDA³⁸ o IBÁÑEZ DE ALDECOA³⁹, de que lo más acertado sería no atribuir el uso a ninguna de las partes y proceder a la división de la comunidad; frente a la idea de atribuir el uso de la vivienda de modo alternativo cuando concurre una similar situación de necesidad⁴⁰, puesto que esta opción puede crear futuros conflictos entre las partes. No obstante, para el caso de que se atribuya la vivienda a una de las partes por ser el interés más necesitado de protección, esta atribución, generalmente, deberá ser siempre temporal. Así lo establece el art. 96.3 CC cuando dice que se podrá atribuir por el “tiempo que prudencialmente se fije”. Por lo tanto, se podrá fijar un límite temporal concreto (uno, dos ó tres años, por ejemplo) en función de la necesidad o en el caso de viviendas comunes hasta que se produzca su división.

En los casos en los que existan hijos mayores de edad, tanto dependientes económicamente o fuera ya del hogar paterno, la jurisprudencia equipara estas situaciones a la no existencia de hijos, y por lo tanto se aplicará el art. 96.3 CC y la atribución de la vivienda se producirá en función del cónyuge más necesitado de protección. Así lo establece la sentencia del Pleno del TS de 5 de septiembre de 2011 (ponente Xiol Ríos) que fija como doctrina jurisprudencial que “la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del artículo 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”. En este caso la AP de Cantabria había otorgado el uso de la vivienda familiar al marido y a los dos hijos del matrimonio hasta que éstos concluyeran su formación. El TS revoca dicho pronunciamiento y señala que “ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del CC, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha

³⁸ MANZANA LAGUARDA considera que en determinados casos como en matrimonios jóvenes, de escasa duración, sin hijos es necesario no atribuir el uso a ninguno de ellos, con la finalidad de favorecer la efectiva división de la vivienda; en MANZANA LAGUARDA, M.P., “La atribución del uso de la vivienda familiar”, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, nº 22, 2007, en www.tirantonline.com, (epígrafe VII: supuestos excepcionales).

³⁹ En el Congreso Nacional de Derecho de Familia celebrado en Oviedo los días 12 y 13 de diciembre de 2013, IBÁÑEZ DE ALDECOA sostuvo que el Juez no tiene porqué pronunciarse si no existe con claridad un interés más necesitado de protección; debiendo proceder las partes a la liquidación de la sociedad de gananciales.

⁴⁰ En este sentido, *vid.* la SAP de Asturias, Secc. 7ª, de 3 de febrero de 2012 en la que se revoca un uso alternativo atribuido por el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Gijón a ambos cónyuges cuatrimestralmente por entender que ese sistema no es viable y puede producir conflictos futuros, atribuyendo el uso al marido por un plazo de dos años, salvo que se liquide antes la sociedad conyugal.

tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1º sino del párrafo 3º del artículo 96 CC”. Concluye la sentencia afirmando que “la decisión de los hijos mayores de convivir con el padre no debió considerarse factor determinante a la hora de privar a la esposa de su derecho a usar el domicilio familiar, una vez acreditado y no discutido que las circunstancias en ella concurrentes lo hacían aconsejable por ser su interés el más necesitado de protección” y le atribuye su uso hasta la liquidación del régimen matrimonial. Esta doctrina jurisprudencial ha sido reproducida posteriormente en las SSTs de 30 de marzo de 2012 (ponente Roca Trías) y 11 de noviembre de 2013 (ponente Seijas Quintana). Por lo tanto, cabe concluir que los hijos mayores de edad, aunque carezcan de independencia económica, quedan fuera de la protección del art. 96 CC y la atribución de la vivienda familiar se realizará en función de las necesidades de los cónyuges y no de los hijos, aplicando el art. 96.3 CC.

5. EL USO SOBRE LA VIVIENDA DE UN TERCERO

5.1. La cesión gratuita del uso

Un problema habitual con el que se encuentran los abogados que trabajan el Derecho de Familia es la situación que se produce cuando antes o después de contraer matrimonio, los familiares (normalmente los padres) de uno de los cónyuges le ceden una vivienda a título gratuito para que sirva de vivienda del cesionario y de su familia. Constante matrimonio no se plantea ningún problema, pues ambos disfrutan de la vivienda ajena cuyo uso les ha sido generosamente concedido por el propietario. Los conflictos se plantean cuando se produce una crisis en la pareja que provoca la separación o el divorcio, y los cónyuges de mutuo acuerdo en el convenio regulador o el Juez en la sentencia, atribuye el uso de la vivienda familiar al cónyuge no cesionario y, en su caso, a los hijos, en aplicación del artículo 96 CC. Normalmente ante esta situación, el propietario de la vivienda (en la mayoría de los casos, según lo estudiado en la Jurisprudencia, el padre o la madre del hombre separado o divorciado que ha tenido que abandonar la vivienda familiar) quiere recuperar su propiedad y para ello ejercita una acción de desahucio por precario o una acción reivindicatoria. El propietario alega que la cesión del inmueble fue en precario, por lo que el cedente puede reclamarla en cualquier momento (art. 1750 CC). Por otro lado, la parte demandada

entiende que se trata de un comodato, y por lo tanto la devolución sólo tendrá lugar si el propietario acredita urgente necesidad (art. 1749 CC).

El comodato es una de las modalidades del contrato de préstamo, por el cual y de acuerdo con lo que establece el artículo 1740 CC, una de las partes entrega a la otra una cosa no fungible (en nuestro caso un inmueble) para que use de ella cierto tiempo y la devuelva. Se trata de un contrato esencialmente gratuito y de duración temporal. Según los artículos 1749 y 1750 del CC, la duración del comodato puede venir fijada de varias formas: la que hayan pactado las partes, la que resulte del uso al que se destina la cosa dada en comodato, o la que determine la costumbre de la tierra. En el comodato, aunque no haya transcurrido el plazo de duración establecido, el comodante podrá reclamar su devolución si tiene urgente necesidad de la cosa (art. 1749 CC). No obstante, según el artículo 1750 CC, cuando los contratantes no han fijado un plazo en el comodato y éste no se deduce del tiempo que sea necesario para usar la cosa que se prestó, ni venga el plazo determinado por la costumbre de la tierra, podrá reclamar el comodante el bien a su voluntad, en cualquier momento y sin alegar causa alguna. Sobre este precepto se ha construido jurisprudencialmente la noción de precario, que el Código Civil vincula con el comodato sin plazo de duración. Así el TS ha señalado que “se encuentran en precario los que sin pagar merced poseen una finca sin título o con título ineficaz para destruir el del dueño, y sin otra razón que la simple tolerancia o liberalidad del propietario”⁴¹. Aunque el CC no se refiere expresamente al precario (sí indirectamente en el precepto anteriormente citado) la aceptación de tal variedad de comodato está fundamentada también en la referencia que la LEC hace a este contrato en su artículo 250.1.2º, llamándolo por su nombre, precario.

La postura jurisprudencial ha sido vacilante durante años sin fijar una doctrina uniforme y consolidada que diera respuesta a los distintos supuestos de hecho planteados⁴². Fue en 2005, con la STS de fecha 26 de diciembre, cuando el Alto Tribunal sentó las bases que fijan la doctrina jurisprudencial actual en esta materia, por ello se va a analizar la situación antes y después de la citada sentencia.

⁴¹ Entre otras las SSTS de fecha 22 de junio de 1945 y de 22 de octubre de 1987.

⁴² SALAZAR BORT critica duramente al TS por la creación de una situación jurisprudencial confusa en estos casos, en SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Aranzadi, Navarra, 2001, págs. 216 a 218.

A) Postura jurisprudencial anterior a la STS de 26 de diciembre de 2005

Inicialmente y antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981 que introdujo el divorcio como medio de disolución del matrimonio, el TS ya consideró en su sentencia de 30 de noviembre de 1964 que “aunque es normal y frecuente que los padres de familia, al casarse alguno de sus hijos, les entreguen la vivienda para que vayan a habitar en ella, lo cierto es que esa cesión del uso y disfrute, sin señalamiento y exigencia de pago de renta o merced, no puede inferirse, mientras otra cosa no conste que se establezca un derecho real de habitación, sino solamente que se constituye un verdadero precario, en el sentido técnico con que el derecho romano lo configuraba; que cesará cuando a él quieran ponerle fin el cedente o el cesionario”. De modo que según esta sentencia, “la cesión del uso y disfrute de una vivienda a un familiar muy allegado, sin señalamiento o exigencia de renta o merced, se entiende siempre que es constitutiva de un simple precario, que es lo menos gravoso para el concedente”.

Posteriormente, con la STS de 2 de diciembre de 1992 se introdujo una nueva visión en estas situaciones. La Sala modifica su línea inicial y concluye en este caso que el uso del inmueble quedaba determinado “por la proyección unilateral que al comodato se le inviste por la doctrina mayoritaria que consiste en servir de habitación a la familia de los demandados y sus hijas y como tal uso preciso y determinado lo impregna de la característica especial que diferencia el comodato del precario (artículos 1749 y 1750 CC), pues aún cuando no se haya especificado el tiempo de su duración, éste viene circunscrito y reflejado por esta necesidad familiar que no se ha negado en la demanda”. Esta resolución determina una inversión de lo que venía siendo la regla general, pasando a ser con carácter general comodato lo que en un principio se consideraba precario, basándose el TS en que el inmueble objeto de controversia satisfacía las necesidades habitacionales de la familia y se destinaba a un uso concreto y determinado que permitía categorizar este supuesto como comodato, con independencia de que se hubiera fijado o no un plazo al uso. Esta doctrina⁴³ entiende que una vez producida la

⁴³ En contra de la doctrina contenida en esta sentencia se muestra ELORRIAGA DE BONIS que entiende que “no parece correcto que se identifique la necesidad familiar con plazo de término del préstamo, pues por definición el plazo involucra un hecho futuro pero cierto, en tanto que el cese de la necesidad familiar si bien es un hecho futuro no es cierto, lo que lo acerca a una condición y no a un plazo. Por otra parte, no resulta del todo justificable la decisión desde la óptica de los dueños del inmueble, ya que ellos cedieron la vivienda en razón del matrimonio que unía a su hijo con la ahora ocupante del piso, situación que normalmente desaparece con la sentencia que declaró el divorcio de ambos”. Para este autor “la naturaleza del uso de la vivienda no se identifica con un período de tiempo, ni con su inicio ni con su término, pues se entrega en préstamo para habitar en ella, acción ajena a períodos temporales identificables”; y opina que “cuando los padres ceden al hijo un inmueble de su propiedad a fin de que la ocupe junto a su esposa e hijos, no pasa de ser un precario, por lo que el beneficiario de la cesión gratuita no goza de ninguna

crisis familiar, la vivienda sigue cumpliendo su función inicial, aunque los cónyuges ya no convivan, por lo que la intención del propietario del inmueble vulnera intereses familiares satisfechos por la vivienda⁴⁴.

El Tribunal Supremo volvió a pronunciarse sobre esta materia en la sentencia de 31 de diciembre de 1994 decantándose nuevamente por el precario. En este caso afirmó que “siempre ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí sólo proteger el que la familia ya tenía. Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita el ceder el uso de la vivienda. Y traería como consecuencia que desaparecieran muchas benéficas ayudas para proporcionar techo a seres queridos ante el temor de que una crisis familiar privara en parte del poder de disposición que sobre la vivienda tiene el cedente del uso”.

También en la jurisprudencia menor han existido diversas posturas sobre la cesión gratuita de un inmueble para servir de vivienda familiar. Así por una parte, un buen número de sentencias lo califican como comodato, entre otras, las SSAP de Zaragoza de 30 de noviembre de 1994, Cádiz de 2 de febrero de 1995, Asturias de 20 de enero de 1999, Barcelona de 14 de marzo de 2000, Vizcaya de 28 de abril de 2000, Jaén de 1 de febrero de 2002, Pontevedra de 13 de octubre de 2004, etc. El argumento principal es que se ha establecido la duración del comodato en función de un uso preciso y determinado que ha de darse al inmueble, y que es el de servir de vivienda familiar. De manera que mientras continúe ese uso, que no desaparece por producirse la separación o divorcio, se mantiene el comodato. Además de este argumento, algunas sentencias añaden otros para justificar la calificación de comodato: la SAP de Asturias de 20 de enero de 1999 considera que es la medida más adecuada para conseguir la protección de la familia; la SAP de Madrid de 15 de enero de 2000 invoca el principio constitucional de protección a la familia, entendiendo que prima el derecho a la vivienda de los miembros del grupo familiar respecto del derecho que sobre la vivienda

titularidad jurídica sobre el bien que pueda oponer a sus progenitores”, en ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de...op. cit.*, págs. 258 y 259.

⁴⁴ Vid. GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar...op. cit.*, págs. 176 y 178.

familiar pudieran ostentar otros miembros o terceros ajenos; o la SAP de Albacete de 18 de enero de 1999 que estima que no cabe la devolución del bien pues ello perjudica gravemente los intereses de los menores⁴⁵.

Por otro lado, existen otras muchas sentencias que entienden que quien posee la vivienda lo hace en precario, por lo que el propietario puede instar su devolución en cualquier momento⁴⁶. Así lo consideran entre otras muchas las SSAP de Asturias de 5 de noviembre de 1997, de 15 de abril de 1999, de 7 de julio de 1999, de 15 de marzo de 2000 o de 16 de diciembre de 2004; la SAP de Madrid de 13 de diciembre de 1993, la SAP de Córdoba de 16 de julio de 1996, la SAP de Valencia de 20 de enero de 2004, la SAP de Almería de 19 de mayo de 2005, etc.

B) Postura jurisprudencial actual a partir de la STS de 26 de diciembre de 2005

La postura actualmente sostenida por el Tribunal Supremo se fija en la sentencia de 26 de diciembre de 2005 que califica la situación como precario. La sentencia, en su FD 4º, manifiesta que el problema cuya resolución se le plantea ha sido sometido a su consideración en dos ocasiones, antes analizadas: por una parte, la STS de 2 de diciembre de 1992 que lo califica como comodato; y de otra la STS de 31 de diciembre de 1994, que siguiendo la línea de la STS de 30 de noviembre de 1964, considera que se trata de un precario.

Como señala la sentencia en su FD 5º, la cuestión que se debe resolver es si la demandada ostenta un título que le permita seguir poseyendo la vivienda propiedad del padre de su marido una vez producida la crisis matrimonial. Apunta la sentencia que “cuando nos encontramos ante una posesión concedida a título gratuito y revocable puede suceder una de estas dos posibilidades:

1ª Que exista una auténtica relación contractual que justifica la posesión; deben aplicarse los efectos que el Código civil atribuye al comodato, de manera que deberá aplicarse el artículo 1750 del Código civil, sin olvidar las limitaciones que establece el

⁴⁵ Vid. MARÍN LÓPEZ, M.J., “El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?”, *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2008, págs. 17 y 18; y MORENO VELASCO, V., “La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito”, *Diario La Ley*, nº 6503, 13 de junio de 2006, pág. 2.

⁴⁶ SALAZAR BORT cree que “no se puede sostener, en lo más mínimo, la celebración en su día de un contrato de comodato entre los recién casados y los propietarios del inmueble. Bien al contrario, opino que un detenido análisis de la situación y circunstancias concurrentes revelan, de forma inequívoca, la presencia de un simple precario”, en SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso...op. cit.*, pág. 184.

artículo 1749 del Código civil cuando se pactó un uso concreto y determinado, en este caso, la utilización por la familia del hijo del concedente. Pero hay que tener en cuenta que la relación contractual debe constar de forma clara, aunque puede deducirse también de los actos tácitos de las partes. Pero si cuando cesa este uso, el concedente no reclama la devolución del inmueble dado en comodato, la situación del usuario es la de un precarista.

2ª Que se trate de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso nos hallamos ante un simple precario, que la sentencia de 30 de octubre de 1986 define como el "[...] disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella, por lo que la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño.

Por lo tanto, cuando exista un contrato, que debe probarse por cualquiera de los medios aceptados en derecho, se aplicarán los efectos de este contrato; a falta de prueba del mismo, nos hallaremos ante un precario". Continúa sosteniendo la sentencia en su FD 6º que "la aplicación de esta doctrina al presente recurso nos lleva a concluir que nos hallamos ante un simple precario, porque habiendo probado el actor su título de propiedad, no ha quedado probado que la demandada ostentara ningún título que la legitimara para poseer el inmueble aquí reivindicado. A esta conclusión opuso la Sra. Irene el argumento de la protección de la vivienda ligado a la de la familia. Este argumento es absolutamente aceptable cuando se trata de las relaciones entre cónyuges, pero no puede afectar a terceros que nada tienen que ver con el matrimonio que se disuelve y que no son parte, porque no pueden serlo, en el procedimiento matrimonial (argumento ex sentencia del Tribunal Constitucional 126/1989, de 12 de julio). Por tanto, la sentencia que homologue el convenio de separación o divorcio, no altera la titularidad en virtud de la cual los cónyuges ostentaban la posesión del inmueble destinado a vivienda habitual. Al haberse convertido en un precario la posesión concedida inicialmente por el Sr. Hugo, tal como indica la sentencia recaída en el litigio en la 1ª Instancia, el propietario puede recuperar la vivienda a su voluntad, una vez atribuido el uso a uno de los cónyuges, con exclusión del otro".

Esta postura ha sido seguida por otras muchas sentencias del TS como las de fecha 2 y 29 de octubre de 2008, 13 de noviembre de 2008, 22 de octubre de 2009, 14 de julio de 2010, 18 de marzo de 2011, 30 de abril de 2011 ó 14 de marzo de 2013, entre otras. La STS de 2 de octubre de 2008 considera que debe analizarse cada caso

concreto y fija una serie de reglas de aplicación que resultan de su fundamentación jurídica:

“a) Cuando se aprecie la existencia de un contrato entre el titular cedente de la vivienda y los cesionarios, y, en particular, de un comodato, se han de aplicar los efectos propios de ese contrato; pero en el caso de que no exista, la situación de los cesionarios en el uso del inmueble es la propia de un precarista.

b) En concreto, en los casos en que la vivienda se ha cedido a título gratuito y sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado, que, ciertamente, puede consistir en la utilización por el cónyuge y la familia del hijo del concedente como hogar conyugal o familiar, si bien con la precisión de que dicho uso ha de ser siempre y en todo caso específico, y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino, y de que la relación jurídica ha de constar de forma clara, con independencia de que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes.

c) Cuando cesa el uso, lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal, y el concedente no reclama la devolución del inmueble, la situación del usuario es la de un precarista.

d) El derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, atribuido por resolución judicial a uno de los cónyuges, es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, pero no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia se ha roto o cuyo vínculo se ha disuelto, que no son parte -porque no pueden serlo- en el procedimiento matrimonial, pues no genera por sí mismo un derecho antes inexistente, ni permite reconocer a quienes ocupan la vivienda en precario una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, ya que ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda”.

Dicha sentencia sostiene que “en el caso que se examina la sentencia recurrida consideró, en esencia, que la relación jurídica que vinculaba a los demandantes, titulares dominicales de la vivienda, y los demandados, era la propia del comodato. Dicha calificación se basaba en el hecho de que la cesión de la vivienda por sus titulares se hizo en consideración al matrimonio de su hijo y con objeto de que los cónyuges establecieran en ella el hogar conyugal y familiar donde iban a residir junto con los

hijos habidos en el matrimonio. Ahora bien, semejante circunstancia, que, desde luego, no ha de ser objeto de discusión, no permite por sí sola reconocer a la demandada un título capaz de enervar la acción de desahucio ejercitada en la demanda, pues con independencia de que en ella pueda identificarse el uso concreto y determinado que sirve para calificar la relación jurídica como un préstamo de uso, ha de convenirse, en línea con el criterio jurisprudencial expuesto, que este elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la convivencia conyugal, encontrándose quien posee el inmueble desde entonces en la situación de precarista, que es la que en cualquier caso se da cuando, por cesar la convivencia conyugal, desaparece el uso concreto y determinado al que eventualmente pudiera considerarse que fue destinada la vivienda cedida. Y esta situación no se ve afectada por la atribución judicial a la esposa codemandada del derecho de uso y disfrute de la vivienda en su condición de vivienda familiar, pues, tal y como se ha indicado, semejante declaración jurisdiccional no comporta la creación de un derecho antes inexistente, ni confiere mayor vigor jurídico que el correspondiente al precario, que pueda oponerse eficazmente frente a un tercero en la relación y en el proceso matrimonial que pretende, contando con título jurídico bastante para ello, la recuperación posesoria del inmueble”. Por lo tanto, la STS de 2 de octubre de 2008 introduce un matiz y es que con independencia de que concurra una situación de mera tolerancia o una relación que fundamente un comodato, en los casos en los que se produzca la ruptura conyugal y se determine la atribución del uso a uno de los cónyuges, la relación jurídica pasa a ser de precario⁴⁷. Fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: “la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio familiar o conyugal es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial”. Nuestra Audiencia Provincial ya sostenía esta idea de mutación del comodato en precario en los casos en los que se producía la ruptura matrimonial. Así las SSAP de Asturias de 5 de noviembre de 1997, de 7 de julio y 2 de septiembre de 1999 o de 20 de julio de 2005

⁴⁷ SALAZAR BORT se pregunta, una vez que ha quedado claro que la solución adecuada será el desahucio del cónyuge demandado junto con los hijos, que en su caso, queden con él, “qué sentido y tipo de eficacia se le puede otorgar a la atribución realizada en el previo proceso matrimonial”. Entiende este autor que “el pronunciamiento que se produce en estos casos respecto al uso de la vivienda familiar en el proceso matrimonial es totalmente innecesario, debido ello principalmente a su ineficacia”. Aboga por “evitar la atribución, ya que implicaría no sólo liberar al cónyuge de su responsabilidad, sino al mismo tiempo traspasar dicha responsabilidad a un tercero ajeno al proceso”, en SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso...op. cit.*, págs. 218 a 223.

afirmaron que “aún cuando se apreciara la existencia inicial de comodato, resulta evidente que tal calificación muta en precario cuando el uso concreto previsto ha cesado al romperse la unidad familiar”.

Por último, en cuanto a la doctrina del Alto Tribunal en esta materia, en su sentencia del Pleno de la Sala de 18 de enero de 2010 afirmó, en relación a la solución que debe darse a estos conflictos, que “el tema debe enfocarse desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias de la separación /divorcio no tienen que ver con los terceros propietarios”.

Actualmente, la jurisprudencia menor acoge de manera casi unánime el criterio establecido por el TS aceptando la acción de desahucio por precario. En nuestra Audiencia Provincial son ejemplo de ello las SSAP Asturias de 7 y 23 de mayo de 2012 o más recientemente la SAP Asturias, Secc. 4ª, de 6 de junio de 2013. En el caso de esta última, la Magistrada del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Avilés dictó sentencia el 30 de enero de 2013 sin seguir la consolidada doctrina jurisprudencial del TS que existe al respecto, desestimando la demanda de desahucio por precario y acogándose a los argumentos expuestos por la parte demandada que, básicamente consistían en que el uso de esa vivienda le había sido asignado a ella en juicio de divorcio y que allí residía junto a su hija menor de edad, a cuyo interés ha de atenderse con carácter prioritario. Tras interponer la parte actora recurso de apelación, la Audiencia Provincial afirma que no comparte la solución dada en primera instancia y tras exponer la doctrina del TS en esta materia, revoca la sentencia del Juzgado, condenando a la parte demandada a dejar libre y expedita la vivienda a disposición de la actora. Por lo tanto, en los casos en que en primera instancia no se otorgue la razón al propietario que intenta recuperar la posesión de su vivienda, es clara la decisión de interponer un recurso de apelación, aunque sea un gran esfuerzo para nuestro cliente abonar la tasa para poder litigar (nada más y nada menos que 800 euros de cantidad fija más otra variable), ya que la postura de nuestra Audiencia Provincial es pacífica al respecto.

La cuestión estudiada en este epígrafe es una de las más litigiosas en relación a la atribución del uso de la vivienda familiar y ha sido resuelta jurisprudencialmente, a diferencia de lo que sucede en Cataluña donde se ha dado una solución legal al asunto, y es que el artículo 233-21.2 del Libro Segundo del CCCat. establece que “(...) si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la

adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias”. Por lo tanto, el Derecho civil catalán sigue la línea de no hacer extensivas obligaciones a terceros ajenos al vínculo matrimonial. No obstante, parece que en el derecho común también se va a dar respuesta legal a este asunto ya que el anteriormente citado Anteproyecto de Ley que reforma el artículo 96 CC, le añade un punto séptimo en el que se establece que “cuando los cónyuges detentaran la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando éste le reclame su restitución, debiendo preverse, para tal caso, la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o pensión compensatoria, en su caso, a la nueva situación”.

Para concluir este punto, entiendo que la solución dada por el Tribunal Supremo a este conflicto decantándose por la figura del precario, desde mi punto de vista, es la solución correcta. En el caso objeto de análisis no es habitual que el propietario de la vivienda y el/los cónyuge/es que reciben la misma para usarla sometan la cesión a un término final de duración (por ejemplo de tres años o hasta que suceda un hecho concreto), ya que si así fuera, estaría clara la existencia de un comodato. Tampoco la cosa prestada se destina a un uso específico o concreto, que en cambio sí existiría si se cediera por ejemplo para pasar las vacaciones de Semana Santa, ya que esa finalidad (pasar las vacaciones) sirve para fijar la duración del contrato. Los propietarios ceden el inmueble simplemente para que éste sirva de vivienda a la unidad familiar, siendo claro que ese fin para el que se cede el inmueble no constituye un uso determinado en el sentido del art. 1750 CC, ya que no determina ninguna duración concreta. La vivienda se cede para servir a su uso genérico (una vivienda sirve para habitarla), sin que pueda ser entendido como criterio de delimitación temporal; y por tanto como no se concreta la duración del uso, estamos ante un precario y no un comodato. Opino que los propietarios de la vivienda cuando deciden cederla a su hijo u otro familiar cercano lo hacen con la creencia de que podrán recuperar su inmueble en cualquier momento, ya que si no fuera así, la cesión quizás no se hubiera producido. Y es que en el caso de contratos de naturaleza gratuita habrá que estar a la regla de la menor transmisión de derechos e intereses contenida en el art. 1289 CC. Una idea clave que resume toda la doctrina jurisprudencial es que en estos casos habrá que plantear el conflicto desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia; y que aunque se hubiera cedido la vivienda en virtud de comodato, en el momento de la ruptura de la relación ese uso concreto decae y la situación del usuario o usuaria es la propia de un precarista.

5.2. Atribución del uso de la vivienda familiar arrendada al cónyuge no titular del arrendamiento.

Otro de los supuestos que también ha generado problemas en la práctica es la atribución del uso de la vivienda familiar arrendada al cónyuge no titular del contrato de arrendamiento. A diferencia de la cesión gratuita del uso a la que se le ha dado, hasta ahora, una solución jurisprudencial, la situación descrita tiene respuesta normativa en el artículo 15 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que es de aplicación a los contratos posteriores a 1 de enero de 1995, pero también a los anteriores en virtud de lo previsto en la Disposición Transitoria Primera y Segunda de la LAU de 1994. Dicho artículo ha sido recientemente modificado por la Ley 4/2013 de 4 de junio, de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado del Alquiler de Vivienda (con vigencia desde el 6 de junio de 2013), introduciendo una importante novedad: el cónyuge al que se le atribuya el uso pasa a ser el titular del contrato.

El citado precepto establece en su punto primero que: “en los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil que resulte de aplicación. El cónyuge a quien se haya atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, pasará a ser el titular del contrato”.

Parece que dicha reforma intenta dar solución a la discusión que sobre la naturaleza jurídica de la cesión y sus consecuencias han tenido la doctrina y la jurisprudencia a lo largo de los años⁴⁸. Con anterioridad a la reciente modificación, el artículo 15 de la LAU ha dado lugar a dos interpretaciones⁴⁹: así por un lado, un primer grupo de autores y resoluciones judiciales sostienen que dicho precepto crea un derecho de subrogación a favor del cónyuge al que se atribuye el uso, que se produce *ope legis*,

⁴⁸ Según lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 4/2013, dicha novedad referente a la subrogación del cónyuge en el contrato, solamente puede darse en los contratos de arrendamiento que se concierten con posterioridad a la reforma: “los contratos de arrendamiento sometidos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación. Sin perjuicio de ello, cuando las partes lo acuerden y no resulte contrario a las previsiones legales, los contratos preexistentes podrán adaptarse al régimen jurídico establecido en esta Ley”, al respecto, *vid.* FUENTES LOJO LASTRES, A., *Arrendamientos urbanos. Derecho sustantivo y procesal. Adaptado a la Ley 4/2013, de 4 de junio*, El Derecho, Madrid, 2013, pág. 130.

⁴⁹ *Vid.* DEL CARPIO FIESTAS, V., “La vivienda familiar arrendada en caso de crisis matrimonial”, en LASARTE ÁLVAREZ, C., (Dir.), *Perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI (XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia)*, formato electrónico, Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, Sevilla, 2004, págs. 9 a 11.

convirtiéndose éste en arrendatario, el cual asume las cargas y ventajas derivadas de la relación arrendaticia, y despojando de tal condición al cónyuge no favorecido por el uso de la vivienda. En esta línea encontramos a autores como ELORRIAGA DE BONIS⁵⁰ y sentencias como la SAP de Asturias de 28 de junio de 1996; la SAP de Granada de 21 de abril de 1998; la SAP de Burgos de 26 de junio de 1999 o la SAP de Asturias de 4 de septiembre de 2000. Otra postura entiende que no varía la titularidad negocial arrendaticia, produciéndose la atribución del mero uso al cónyuge no titular, por lo que el cónyuge no usuario seguirá conservando la cualidad de arrendatario. En este sentido DÍAZ VALES⁵¹ afirma que “se confiere únicamente un derecho de uso de la vivienda arrendada al cónyuge no titular al que el Juez adjudica la vivienda familiar, con mantenimiento de la titularidad del originario cónyuge arrendatario inmutado”; y en cuanto a la jurisprudencia son ejemplos la SAP de Santander de 26 de octubre de 1998; la SAP de Granada de 9 de septiembre de 2000; la SAP de Madrid de 12 de julio de 2007 o la SAP de Asturias de 22 de octubre de 2010.

El TS no se ha pronunciado claramente al respecto, pero parece que en la STS de 18 de enero de 2010 se decanta hacia la subrogación y es que afirma, en un asunto que no tiene que ver con un arrendamiento, que “debe señalarse que aunque el título que permitió al cónyuge el uso de la vivienda perteneciente al tercero tenga naturaleza contractual, no se mantiene esta relación con el otro cónyuge, que sea atributivo del uso por sentencia dictada en pleito matrimonial. El ejemplo del contrato de arrendamiento es significativo, puesto que el artículo 15 LAU permite que se produzca subrogación, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo segundo”.

La posición de nuestra Audiencia Provincial no es unánime y así lo ha puesto de manifiesto la SAP de Asturias de 22 de octubre de 2010 (Secc. 5ª), que se declara a favor de la opción que sostiene que lo que el artículo 15 recoge es un derecho de uso que no afecta ni modifica la titularidad de la relación arrendaticia⁵²: “desde la entrada en vigor de la norma esta Audiencia no ha dejado de pronunciarse, pero sin uniformidad de

⁵⁰ ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de...op. cit.*, págs. 538 a 542.

⁵¹ DÍAZ VALES, F., “El art. 15.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Doctrina de la Audiencias Provinciales”, *Boletín de Arrendamientos Urbanos, El Derecho*, nº 20, 2002.

⁵² Y ello porque entiende que “la voluntad del legislador fue obviar la subrogación, limitándose a garantizar la protección de la vivienda familiar, mediante la concesión del derecho de uso al cónyuge atributivo en la sentencia matrimonial. Apoya también esta idea el estudio sistemático de la Ley y así el art. 8 se refiere a la cesión; el art. 12.3 usa el término "arrendatario" para concretar la nueva posición del cónyuge no contratante en el arriendo con motivo del desistimiento o el abandono y el art. 16.1ª vuelve a referirse a la subrogación”.

criterio; y así tenemos que la sentencia de la Secc. 4ª de 4-9-2000⁵³ se declara decididamente a favor de la subrogación, antes de eso, la de 10-2-1999 no se pronuncia y la de 14-12-1999 lo rechaza; la Secc. 7ª en su sentencia de 28-6-2002 no se pronuncia decididamente, aunque parece decantarse por el criterio de la atribución del uso y la más reciente de la Sala 1ª de 16-7-2008 no se pronuncia. Esta Sala en las de 28-6-1996 y 14-6-2002 apoyó el criterio de la subrogación, pero por el contrario en la de 7-8-2000 no toma partido”. Una de las últimas sentencias que se ha pronunciado sobre el tema es la SAP de Asturias de 23 de enero de 2012 (Secc. 6ª) que entiende que la condición del cónyuge no contratante es la de un verdadero arrendatario y que “parece más acertado entender que la subrogación en el contrato del cónyuge favorecido por el uso es una novación subjetiva, pero meramente provisional o interina porque durará mientras subsista la medida dictada en el proceso matrimonial; y en consecuencia, una vez desaparecida la interinidad, esto es cesada la atribución judicial del uso de la vivienda familiar, el mismo mecanismo de la notificación de la modificación al arrendador hará que recobre plena eficacia el vínculo con el primitivo arrendatario, que podrá ocupar nuevamente la vivienda sin necesidad de nuevo convenio”.

Por lo tanto, con la nueva reforma y a diferencia de la antigua redacción que se limitaba a declarar que el cónyuge podía continuar en el uso de la vivienda arrendada sin detenerse en calificar la forma jurídica de la continuación del arrendamiento, se apuesta por la subrogación, produciéndose un cambio de titularidad del contrato a favor del cónyuge usuario, pero matizando la norma “siempre que se haya atribuido el uso de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento”. Esta distinción y el hecho de que se haya modificado por la Ley 4/2013 que la atribución del uso se haga “de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil que resulte de aplicación” y no “conforme a lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del CC” (medidas definitivas) tal y como se decía anteriormente, también zanja otra discusión referente a si el artículo 15 de la LAU extendía o no sus efectos a las medidas provisionales (arts. 102 y 103 CC). Acertadamente, así lo entendía ya CERVILLA

⁵³ Entiende la SAP Asturias de 4 de septiembre de 2000 que “se produce una subrogación contractual ope legis en favor del cónyuge adjudicatario, el cual asume las cargas y ventajas derivadas de la relación arrendaticia, conclusión que resulta corroborada por el tenor de los artículos 8 y 12 de la citada Ley arrendaticia, pues si el primero de dichos preceptos posibilita la cesión del contrato a un tercero, y el artículo 12 prevé el desistimiento del arrendatario y la posibilidad de continuar su cónyuge en el arriendo, imponiendo al arrendador esa sucesión con solo notificarle tal propósito, con mayor razón cabrá la concentración en uno de los cónyuges de las facultades y obligaciones dimanantes del contrato de arrendamiento de la vivienda familiar, en los casos de crisis matrimonial”.

GARZÓN⁵⁴ cuando al referirse a la subrogación del contrato afirmó que “por la permanencia (que no inmodificabilidad) de la medida, ésta deberá presentarse siempre ligada a resoluciones judiciales definitivas. En este sentido, entiendo que la cesión deberá establecerse (a no ser, claro está, que los cónyuges lo acuerden) sólo en sentencia; en cambio, en otras fases del procedimiento judicial (medidas provisionales), dada la transitoriedad de los pronunciamientos, es más aconsejable optar por la cesión del uso”. Parece que la reforma del artículo 15 de la LAU va en este sentido, diferenciando ambos momentos procesales.

Y es que optar por la subrogación del contrato ostentando la condición de arrendatario a todos los efectos el cónyuge beneficiario del uso, desde mi punto de vista, es mucho más ventajoso que considerar que se trata de una mera cesión del uso. Al subrogarse el cónyuge usuario en la posición jurídica arrendaticia, asume todos los derechos y obligaciones derivados del contrato tales como el pago de la renta o ejercitar los derechos de adquisición preferente entre otros. Y es que así se evita, por ejemplo, el conflicto que se plantea en el caso de que el propietario quiera emprender acciones legales derivadas de la relación arrendaticia. Es evidente, que en el caso de la subrogación el cónyuge usuario pasa a ser el arrendatario por lo tanto el propietario únicamente deberá demandar a éste. Pero, ¿qué pasa en el caso de una mera atribución del uso conservando la condición de arrendatario el otro cónyuge no usuario? Aquí se plantea la duda sobre si se deberá demandar también a la parte usuaria no arrendataria. La solución inicialmente fue dada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 31 de octubre de 1986 declarándose a favor de la concurrencia, en estos casos, de un litisconsorcio pasivo necesario, aunque con posterioridad matizó esta postura en su sentencia de 4 de octubre de 1993 afirmando que no prosperaba la alegación de indefensión planteada por la parte no emplazada usuaria de la vivienda y no arrendataria. Con la entrada en vigor del artículo 15 de la LAU 1994 se produjo un cambio ya que éste establece en su punto segundo que “la voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda”. Por lo tanto, si se ha realizado la notificación, el arrendador está obligado a

⁵⁴ CERVILLA GARZÓN, M.D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Barcelona, 2005, págs. 58 y 59.

demandar a ambos ex cónyuges; en cambio, queda eximido si desconocía la situación de crisis y las consecuencias que de ella han derivado en el uso de la vivienda por causa imputable a aquéllos que debieron notificarlo en los términos legalmente establecidos. Pero como afirma CERVILLA GARZÓN⁵⁵ lo dicho anteriormente “deberá ser matizado por el interés que el usuario pudiera tener en el pleito, así como el perjuicio que le causa haber quedado excluido del mismo. La exigencia de litisconsorcio pasivo necesario será una consecuencia del principio de buena fe, con la finalidad de evitar perjuicios a un interés tan legítimo como el del cónyuge usuario de la vivienda familiar arrendada. Y teniendo como referencia la obligación de notificación que coloca al incumplidor en una posición que le hace responsable de los perjuicios que de ello pudieran derivarse (como puede ser quedar excluido de la condición de parte de un procedimiento judicial)”. En esta línea la SAP de Asturias de 20 de febrero de 2001 (Secc. 7º) dice que “ya en otras ocasiones ha declarado esta Audiencia Provincial (SAP Asturias de 15/4/1999, secc. 6ª) que si dicha comunicación no se produce no puede apreciarse la existencia de litisconsorcio pasivo, y es que no puede invocar una eventual indefensión quien ha incumplido las obligaciones que la ley le impone en orden a evitar que aquélla se produzca”. Pero sobre este planteamiento habrá que tener en cuenta el hecho de que el arrendador pueda tener un conocimiento tácito de la situación. Así la SAP de Asturias de 22 de octubre de 2010 (Secc. 5ª) dispone que “el conocimiento cierto del hecho por la propiedad suple la falta de comunicación, extremo en el que también reina cierta unanimidad entre nuestros tribunales (SAP Asturias de 14/12/1999; SAP Alicante de 7/7/2009 y SAP Cádiz de 9/9/2009)⁵⁶”.

En conclusión, parece que la nueva reforma del artículo 15 de la LAU 1994 operada por la Ley 4/2013 resuelve las dudas que a lo largo de los años se han planteado en esta materia posicionándose, desde mi punto de vista acertadamente, a favor de la subrogación de la titularidad del contrato a favor del cónyuge al que le ha sido atribuido el uso de la vivienda; ahora habrá que ver cómo se pronuncian los Tribunales.

⁵⁵ CERVILLA GARZÓN, M.D., *La atribución del...op. cit.*, pág. 54.

⁵⁶ CERVILLA GARZÓN no cree que “la falta de notificación sea motivo suficiente para solicitar la resolución del contrato por la vía del art. 1124 CC, en CERVILLA GARZÓN, M.D., *La atribución del...op. cit.*, pág. 61.

6. EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Otra cuestión problemática que se plantea en la práctica es la incidencia que tiene el derecho de uso sobre la vivienda familiar en la liquidación de la sociedad de gananciales. En este epígrafe voy a tratar, en primer lugar, las cuestiones generales en relación al derecho de uso y la liquidación de la sociedad de gananciales, para luego analizar la situación concreta del derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges sin existir hijos o con hijos mayores de edad, por ser el interés más necesitado de protección, y su incidencia en la efectividad de la liquidación de la sociedad de gananciales a través de un caso visto en las prácticas profesionales.

A) Cuestiones generales

Los artículos 1392 a 1410 CC regulan la disolución y la liquidación de la sociedad de gananciales. Así el artículo 1392 CC establece que en los casos de separación, divorcio y nulidad la sociedad de gananciales concluye de pleno derecho. Tras la disolución surge una comunidad sobre el patrimonio hasta que se practica la liquidación que se ha denominado comunidad postganancial, con un patrimonio que pertenece por partes iguales a los cónyuges. La liquidación se realiza a través de un inventario del activo y del pasivo de la sociedad y posteriormente se divide entre los cónyuges el patrimonio, tal y como determina el artículo 1396 CC.

El derecho de uso atribuido judicialmente sobre la vivienda familiar ganancial tiene una incidencia enorme en la liquidación de la sociedad de gananciales. Varios han sido los interrogantes que se han planteado al respecto y que los Tribunales han intentado solucionar estableciendo ciertas pautas de actuación⁵⁷:

1. Compatibilidad entre la acción de división y el derecho de uso: la jurisprudencia acepta la posibilidad del ejercicio de la acción de división de la vivienda común a pesar de la existencia del uso atribuido a los hijos o al cónyuge en el proceso de familia. El TS ha compaginado los derechos del copropietario a pedir la división, de acuerdo con lo establecido en el art. 400 CC, y el mantenimiento de los derechos

⁵⁷ Vid. CARRERAS MARAÑA, J.M., “Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a la vivienda en arrendamiento. Régimen de las parejas de hecho en relación con la vivienda”, en LARROSA AMANTE, M.A., (Dir.), *Derecho inmobiliario: problemática actual*, Tomo I, Manuales de Formación continuada, nº 50, 2009, págs. 146 a 156; LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, M.C., “El derecho de uso... *op. cit.*”, págs. 296 a 301; PÉREZ UREÑA, A., “La *actio communi dividundo* de la vivienda familiar atribuido a uno sólo de los cónyuges copropietarios. Praxis judicial”, *El Derecho*, 6 de octubre de 2010.

derivados del art. 96 CC. Ejemplo de ello son, entre otras, la STS de 8 de mayo de 2006 que sostiene que “la doctrina reiterada de esta Sala al abordar supuestos análogos al presente sostiene la posibilidad de ejercicio de la acción de división si bien garantizando la continuidad del derecho de uso que pudiera corresponder en exclusiva a uno de los partícipes. Así la sentencia de 27 de diciembre de 1999, citando en igual sentido las anteriores de 5 de junio de 1989, 6 de junio de 1997 y 8 de marzo de 1999, afirma que la acción de división de la comunidad representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, salvo el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a diez años, por lo que los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse, que corresponde a cualquiera de ellos, ni el ejercicio de la acción procesal al respecto. En el caso de que en virtud de un derecho de usufructo o de uso esté atribuida la utilización de la cosa común sólo a uno de los cotitulares, ello supone la exclusión de los demás respecto de dicho uso o disfrute, pero no les priva de la posibilidad de pedir la división de la cosa”; o la STS de 27 de junio de 2007 que afirma que “la sentencia recurrida es absolutamente concordante con la jurisprudencia de esta Sala, que mantiene la posibilidad del ejercicio de la acción de división a pesar de la existencia y vigencia del uso atribuido a los hijos o al cónyuge (...) En este punto, la Sala ha compaginado los derechos del copropietario a pedir la división, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 400 CC y el mantenimiento de los derechos derivados del artículo 96 C”.

2. Protección y mantenimiento del derecho de uso: una vez aclarada la posibilidad de ejercitar la acción de división sobre la vivienda familiar cuyo uso se había atribuido judicialmente, cabe resolver qué sucede con este derecho de uso una vez producida la división. Pues bien, la jurisprudencia ha dejado claro que dicho uso se mantiene indemne. La STS de 8 de mayo de 2006, con cita a las de 22 de diciembre de 1992, 20 de mayo de 1993, 14 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1995, dispone que “si bien el cotitular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, ex cónyuge, en virtud de la sentencia de divorcio. Por lo tanto, el derecho de uso se mantiene indemne (...) y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, que sólo puede ser modificada por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional

competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó”. También la STS de 27 de noviembre de 2007 se pronuncia sobre esta materia y señala que “esta Sala ha afirmado reiteradamente que la venta en pública subasta no puede alterar el derecho de uso concedido a uno de los cónyuges en sentencia de separación o de divorcio. La jurisprudencia ha venido proclamando la compatibilidad entre la división y cesación de la comunidad y el derecho de uso, consecuencia de la existencia de una situación jurídica tutelada legalmente y así ya la sentencia de 14 julio 1994 decía que subsistiendo la situación producida por el divorcio que determinó la atribución del derecho de uso de la vivienda conyugal a la esposa, debía mantenerse la indemnidad de la ocupación de la vivienda en tanto dure la temporalidad del disfrute”. Recientemente, la STS de 27 de febrero de 2012 se ha manifestado sobre la doctrina del TS en el mantenimiento del derecho de uso afirmando que “esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008). Esta doctrina está confirmada por la STS 861/2008, de 18 enero 2010 , donde se añade que el cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división. Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges⁵⁸”. Por lo tanto, el derecho de uso subsiste y se mantiene indemne tras la acción de división y es oponible frente a terceros, y por ello, inscribible en el Registro de la Propiedad.

3. En el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales no se puede alterar el pronunciamiento de la sentencia matrimonial sobre la atribución del uso: en dicho proceso no se puede alterar el pronunciamiento de la sentencia matrimonial, ya que no cabe declaración expresa de la extinción de tal derecho, aunque se pida, ni su cesación es consecuencia de la liquidación, excepto claro está, que en la sentencia matrimonial así se hubiera establecido. Así lo consideran entre otras, la STS de 3 de mayo de 1999

⁵⁸ Dicha doctrina es seguida por nuestra Audiencia y así en la SAP de Asturias de fecha 13 de octubre de 2011 se afirma que “es doctrina jurisprudencial que el derecho de uso, cuando la vivienda es propiedad común de los cónyuges, se mantiene indemne ante la división, es oponible frente a terceros, y una eventual venta de la cosa en pública subasta debe garantizar la subsistencia de dicho derecho”.

que afirma que “dicho Convenio regulador, en el que se atribuye a la esposa el uso de la vivienda familiar, continúa plenamente vigente, pues no ha sido modificado por mutuo acuerdo entre los cónyuges (hoy divorciados), ni por resolución judicial firme, que inexcusablemente ha de ser dictada en el proceso en que se decretó el divorcio, careciendo de idoneidad procesal para ello el proceso al que este recurso se refiere (que únicamente tiene por objeto la liquidación de la sociedad de gananciales)”;

o la STS de 27 de noviembre de 2007 al afirmar que “el derecho de uso que ostenta D^a Trinidad sobre el inmueble ganancial proviene de la sentencia firme de divorcio donde se reconoce. Esta atribución no se ha alterado ni se ha cambiado y no se debe reiterar mientras no se pronuncie una nueva decisión judicial en trámite de modificación de medidas y relativa a este derecho y ello con independencia de que se proceda a la venta del citado inmueble en pública subasta, si a ello hubiere lugar”. Por lo tanto, el derecho de uso se podrá extinguir por acuerdo de las partes o en un procedimiento de modificación de medidas, pero no en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, salvo que así lo hubiera establecido la sentencia de separación, divorcio o nulidad.

4. El cónyuge beneficiario del uso no tiene un derecho de atribución preferente en la partición: ningún derecho de atribución preferente asiste al beneficiario del uso en orden a la adjudicación de la vivienda familiar ganancial, ya que ningún precepto se lo reconoce. El art. 1406.4º CC en los casos de disolución por muerte, se lo concede al cónyuge viudo, pero no en los casos de separación, divorcio o nulidad, por lo que no cabe acudir a dicho artículo⁵⁹. La STS de 9 de mayo de 2007 se ha pronunciado al respecto estableciendo que “cuando se trata de la liquidación de la sociedad, el CC no contempla una preferencia en la atribución de la vivienda conyugal a ninguno de los cónyuges y mucho menos, prevé que deba aplicarse en este caso la regla del artículo 96 CC, que exige la concurrencia de unas condiciones para atribuir el uso, no la propiedad, de la vivienda conyugal cuando los cónyuges se separen o divorcien, teniendo en cuenta de manera primordial, el interés de los hijos, que debe protegerse en el procedimiento de crisis matrimonial, pero que no tienen este interés en un proceso puramente liquidatorio de la sociedad conyugal, que acabará atribuyendo los bienes que la forman por criterios puramente económicos, con las excepciones del artículo 1406. La regla del

⁵⁹ Vid. MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., “La atribución del uso de la vivienda común en los supuestos de crisis matrimonial. En especial, su incidencia en la sociedad de gananciales”, *Revista El Consultor Inmobiliario*, nº 62, noviembre de 2005, pág. 25.

artículo 96 CC no afecta a la titularidad del inmueble destinado a vivienda, sino a su uso, porque los intereses protegidos en el proceso matrimonial en que se incardina el artículo 96 CC, son fundamentalmente los de los hijos menores, a quienes la ruptura debe perjudicar lo menos posible, y esta finalidad no existe en el procedimiento que ahora se está efectuando, por lo que no pueden alegarse las reglas de la atribución del uso de la vivienda en el procedimiento de divorcio con la finalidad de que se adjudique definitivamente a uno de los titulares de la sociedad, el bien que la había constituido, en detrimento del principio de igualdad que debe presidir la liquidación”. Por lo tanto, en el procedimiento de liquidación impera el principio de igualdad y no se pretende proteger interés alguno ni de los cónyuges, ni de los hijos; su objetivo es la adjudicación de los bienes bajo criterios exclusivamente económicos.

5. No cabe la valoración del derecho de uso en la liquidación de la sociedad de gananciales: el Tribunal Supremo sostiene una doctrina contraria a que pueda valorarse el derecho de uso en las operaciones liquidatorias de bienes gananciales. Afirma que el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges no constituye una carga real que deba valorarse en la liquidación para descontarla del valor total de inmueble. Ejemplo de esta doctrina son entre otras las SSTS de fecha 23 de diciembre de 1993, 4 de abril de 1997 ó 23 de enero de 1998. Esta última establece que “la adjudicación del uso, de la que no se le puede privar mientras no se decida especialmente, no es un plus de atribución a la hora de partir, es un medio legal de dar satisfacción a la necesidad de vivienda de quien merece mayor tutela y en ningún caso, cabe hablar de derecho de usufructo, aunque alguna escasa sentencia de esta Sala ha apreciado a la atribución alguna forma de derecho real”. El TS considera que la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar se justifica en atención a un interés digno de protección sin efectos de cara a la liquidación de la sociedad de gananciales⁶⁰.

En esta materia nuestra Audiencia Provincial sigue el criterio establecido por el TS de no valoración a efectos de la liquidación. Muestra de ello son las SSAP de fecha 10 de octubre de 2000 (Sec. 1ª), 26 de febrero de 2002 (Secc. 5ª), 2 de diciembre de 2002 (Sec. 6ª), 12 de abril de 2006 (Sec. 5ª) o la de 11 de junio de 2010. Así la SAP de Asturias de 10 de octubre de 2000 mantiene que “lo que sí está claro, y así está afirmado en reiteradas resoluciones, incluidas las de esta propia Sala, que cita el recurrente, es que, en todo caso, lo que se pretende es garantizar frente a terceros este

⁶⁰ Vid. GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar...op. cit.*, pág. 225.

derecho de ocupación del cónyuge e hijos a quienes se les ha atribuido el uso, del que no se les puede privar mientras no se decida especialmente, pero no como una carga que gravite sobre el inmueble, esto es como una carga que infravalore la propiedad y que debe descontarse de su valor total, sino como ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiado por dicha atribución de uso -S.T.S. de 23 de diciembre de 1993; 4 de abril de 1997-, puesto que la adjudicación del uso no es un plus de atribución a la hora de partir, es un medio legal de dar satisfacción a la necesidad de vivienda de quien merece mayor tutela -S.T.S. de 23 de enero de 1998-, y puesto que, en definitiva, un derecho no puede convertirse a la postre en carga”. La SAP de Asturias de 12 de abril de 2006 resume la doctrina al afirmar que “resta por decidir la inclusión pretendida en el activo del derecho de uso y disfrute concedido a la esposa e hijos del que fuera hogar familiar, debiendo en esto volver a confirmarse la sentencia recurrida, pues, como afirma la sentencia de la Sala 6ª de esta Audiencia de 2-12-2002, el derecho de uso de la vivienda conyugal atribuido por sentencia matrimonial no es un activo valorable a la hora de liquidar, siendo criterio de las Salas de esta Audiencia negar también a dicho beneficio la condición de carga que minusvalore el valor del bien inmueble o que constituya una carga a computar en el pasivo, y así por la sentencia de la Sección 4ª de 23-2-2005 se dice: el segundo motivo del recurso no puede resultar acogido, pues esta Audiencia se ha pronunciado en diversas ocasiones en el sentido de que no debe tenerse en cuenta el derecho de uso de la vivienda a la hora de cuantificar su valor. Así la sentencia de la Sección 1ª de 23 de noviembre de 2000 señala que la consideración del derecho de uso de la vivienda conyugal como carga a incluir en el pasivo de la sociedad legal de gananciales ha sido rechazada por esta Audiencia (por todas S. de esta misma Sala de 10 de octubre de 2000). Se sostiene en ella que se trata de un derecho, que no puede convertirse en carga que gravite sobre el inmueble y que, en definitiva, infravalore la propiedad debiendo descontarse de su valor total. Lo que realmente pretende este derecho de uso es garantizar frente a terceros la ocupación del cónyuge e hijos a quien se le atribuyó, del que no se le puede privar mientras no se decida especialmente. Todo ello dejando al margen si se trata de un derecho sui generis (STS 23-12-1993), si no puede considerarse como un derecho real (STS 20-4-1994), o si habrá de ser considerado como de un derecho real familiar de eficacia total afectado de la temporalidad a que se refiere el art. 96, párrafo último CC (STS 18-10-1994) etc, y en el mismo sentido se ha pronunciado la Sección 5ª en su sentencia de 26 de febrero de 2002. El criterio anteriormente expuesto debe mantenerse no sólo cuando el derecho de

uso se atribuye a un cónyuge sino también cuando también se concede a los hijos con base en el art. 96 CC. Debe tenerse en cuenta que estos deben residir con su progenitor, que tiene su guarda y custodia, pues así resulta de los arts. 96 y 154 del CC y que no existe obstáculo legal para que éste se traslade con ellos a otra vivienda y pueda vender, si lo desea, la que constituía el domicilio familiar que se le atribuyó con la liquidación, por lo que su valor no se ve mermado por el hecho de que los hijos tengan concedido este derecho de uso conjuntamente con uno de sus padres”.

Sentado lo anterior, otra cuestión a tratar es si se debe hacer constar o no en el inventario el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges aunque no se considere una carga ni sea objeto de valoración. Tal cuestión se planteó en el caso visto en el despacho que posteriormente será analizado y que fue resuelto por la SAP de Asturias de fecha 13 de octubre de 2011 (Sec. 4ª) en sentido afirmativo. Sostiene la citada sentencia que “con independencia de que quepa o no conceptuar estrictamente este derecho de uso como pasivo de la sociedad, y de que tenga o no un determinado valor patrimonial, su condición inequívoca de derecho o carga familiar, derivado de la crisis matrimonial y oponible a terceros adquirentes en caso de venta de la vivienda que fue propiedad ganancial, aconseja tanto a efectos de publicidad frente a esos posibles terceros como de protección del titular del derecho, que tenga su debido reflejo en el inventario de la sociedad conyugal”.

Por lo tanto, el derecho de uso sobre la vivienda familiar atribuido a uno de los cónyuges no constituye una carga ni se debe valorar a efectos de la liquidación, pero sí deberá hacerse constar en el inventario a efectos publicitarios y de protección del titular del derecho.

B) Incidencia del derecho de uso atribuido al cónyuge más necesitado de protección, por no existir hijos o ser éstos mayores de edad, en la efectividad de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Una de las mayores dificultades que puede plantear en la práctica el derecho de uso sobre la vivienda familiar en relación con la liquidación de la sociedad de gananciales, se produce cuando éste ha sido atribuido al cónyuge más necesitado de protección, por no existir hijos o ser éstos mayores de edad, sin establecer ningún tipo de limitación temporal. Este es el caso que estudié en uno de los despachos donde realicé las prácticas profesionales. El derecho de uso fue atribuido a la esposa en el año 2003, de acuerdo con lo establecido en el art. 96.3 CC, por entender que era el cónyuge

más necesitado de protección (trabajaba media jornada percibiendo un salario inferior a su marido y padecía en ese momento cáncer de mama), puesto que los hijos ya eran mayores de edad, no fijando un plazo de duración a ese uso. Posteriormente, en el año 2011 el que había sido su marido inicia un procedimiento para liquidar la sociedad de gananciales. Pero claro, el problema que plantea este tipo de casos es que el derecho de uso que pesa sobre la vivienda familiar no permite la efectiva liquidación de la sociedad de gananciales porque, ¿quién va a comprar un inmueble gravado con un derecho de uso de duración indefinida? Lo que condena al ex cónyuge no usuario a permanecer en la indivisión y a no poder disponer de un inmueble del que es copropietario. No obstante, y en el remoto caso de que un tercero adquiriera la vivienda gravada con el uso, se plantean otro tipo de problemas. Y es que a pesar de ser un derecho de carácter familiar y no real, ciertamente constituye una carga para ese tercer adquirente que no va a poder disponer del inmueble mientras no se extinga el derecho de uso. Pero tal derecho deriva de un procedimiento de divorcio con efectos sólo para las partes y que únicamente se puede extinguir por acuerdo de los ex cónyuges o en un procedimiento de modificación de medidas; por lo que se daría el contrasentido de que si el ex cónyuge no usuario no solicita una modificación (lo más probable una vez vendido el inmueble), el tercero adquirente, que no fue parte en el proceso matrimonial, no tiene legitimación para plantear la modificación de medidas y el derecho de uso sobre el inmueble se mantendría *sine die*⁶¹.

Otra dificultad que se plantea, es la iniciación de un procedimiento de modificación de medidas con el objetivo de extinguir el derecho de uso sobre la vivienda familiar cuando las circunstancias que propiciaron esa atribución se mantienen inalteradas. Es sabido que para que una modificación de medidas tenga éxito debe de haberse producido una alteración sustancial de las circunstancias que propiciaron dicha medida. En el caso visto en el despacho las circunstancias de la usuaria de la vivienda se mantienen inalteradas, tanto en sus ingresos como en sus problemas de salud, siendo la única diferencia que los hijos ya no conviven con ella. ¿Quiere decir esto que el derecho

⁶¹ Así lo entiende también LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, M.C., en “El derecho de uso...*op. cit.*, pág. 298: “subsistiendo el derecho de uso, la venta a terceros del inmueble con reparto del precio se presenta como materialmente inviable aunque lo sea jurídicamente, pues como es natural ningún tercero estará dispuesto a pujar por adquirir un inmueble gravado con un derecho de uso de duración indefinida e incierta cuya extinción, además, depende del ejercicio de una acción judicial por el vendedor, quien, por razones económicas, una vez enajenado el inmueble, perderá todo interés en la extinción del derecho de uso que grava el inmueble vendido”.

de uso debe mantenerse al no haber variado las circunstancias sustancialmente? Desde mi punto de vista no, ya que en ese caso el derecho de uso perdería su carácter temporal y provisional y constituiría un abuso de derecho, puesto que el cónyuge no usuario ya tuvo que buscar otro alojamiento por no poder disponer de la vivienda de la que es copropietario (hace ya 10 años), y se vería perjudicado también en el procedimiento de liquidación.

Es criterio de los Tribunales fijar un plazo para la extinción del derecho de uso en los casos en que no haya hijos menores de edad, normalmente hasta la liquidación de la sociedad de gananciales. Concretamente, hay una sentencia de nuestra Audiencia Provincial (Secc. 1ª) de fecha 16 de noviembre de 2011, en la que se reproduce esta doctrina y extingue un derecho de uso en un procedimiento de modificación de medidas en un caso prácticamente igual al estudiado en el despacho, con la salvedad de que se atribuyó el uso de mutuo acuerdo en convenio regulador. Dice la citada sentencia en referencia a la doctrina del TS que “una de las características de esta medida, como se deduce del párrafo tercero del art. 96 CC, y señala el Tribunal Supremo, en sentencias entre otras de 23 de noviembre de 1998 y 22 de abril de 2004, es su naturaleza temporal al establecer dicho precepto que no habiendo hijos (aplicable a cuando estos sean mayores), podrá acordarse el uso por el tiempo que prudencialmente se fije. El Tribunal Supremo ha dictado incluso doctrina en esta materia en su sentencia de 5 de septiembre de 2011, al fijar como doctrina jurisprudencial que la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del artículo 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”. En cuanto a la jurisprudencia menor, el criterio a seguir y que sigue nuestra Audiencia en la sentencia es el siguiente: “esta también había sido la postura general de la jurisprudencia provincial cuando la medida prevista en el art. 96.3 ha sido acordada por el Juez o Tribunal y así lo resume la SAP de Valencia⁶², Sección 10ª, de 7 de julio de 2011, que citando a su vez la de la Audiencia de Barcelona, Sección 18ª de 14 de junio de 1999 dice que en efecto, como vienen sosteniendo la práctica totalidad de las Audiencias Provinciales (*ad exemplum*, sentencias de la AP de Madrid de 17 de noviembre de 1992 y 12 de marzo de 1993 y de la AP de Vizcaya de 25 de abril de 1997), en ausencia de hijos comunes o cuando éstos sean independientes

⁶² Vid. MANZANA LAGUARDA, M.P., “La atribución del uso...*op. cit.* (epígrafe IX: duración de la atribución del uso).

económicamente, la atribución a uno de los cónyuges del uso del que fuera domicilio común no puede, salvo casos realmente excepcionales, prorrogar de forma indefinida su vigencia, en cuanto que de tal manera el derecho de quien, en tal sentido, ha de merecer una protección preferente, conforme prescriben los artículos 96 y 103 del CC, entraría en colisión con los legítimos derechos que al otro consorte puedan corresponder sobre el referido inmueble, no tanto en cuanto a su uso, como y fundamentalmente en lo relativo a su disposición, a través de la venta u otra operación que permita la efectiva liquidación del patrimonio común, y que, por aquella vía de la asignación del uso sin límite temporal, puede ver frustrado en la práctica su derecho de reparto efectivo, y no meramente nominal, por cuotas ideales, de los bienes comunes. Así, ya el propio artículo 96 CC establece la asignación del uso con carácter temporal al cónyuge no titular del inmueble, criterio que, conforme constante interpretación judicial, es perfectamente traspolable a los casos de titularidades compartidas, pues de otra forma las facultades dominicales de uno de los cónyuges, precisamente el no beneficiario por el derecho de uso, quedarían largo tiempo, cuando no indefinidamente frustradas, transgrediéndose de tal forma los derechos, que en cualquier otro caso de comunidad de bienes reconocen los artículos 392 y siguientes, del propio Código sustantivo, y en especial el de instar la división de la cosa común sancionado por el artículo 400 del CC”.

Por lo tanto, en el caso analizado, cuyo último trámite fue la liquidación de la sociedad de gananciales, entiendo que no sería descabellado plantear una modificación de medidas con el fin de extinguir el derecho de uso sobre la vivienda familiar, pese a los gastos que le supone al cliente y la posibilidad de que se impongan las costas del procedimiento (entiendo que escasa ya que el caso plantea serias dudas debido a la especial naturaleza del derecho de uso y a su indefinición temporal). La SAP de Asturias citada, de 16 de noviembre de 2011, avala esta idea, ya que, aunque no se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias, afirma que “ha de valorarse la modificación de las circunstancias en relación a la especial naturaleza de la medida de atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de ausencia de hijos, o cuando éstos fueron mayores e independientes económicamente”. La resolución extingue el derecho de uso, si bien supeditada a la liquidación de la sociedad de gananciales, por varios motivos: atendiendo a la naturaleza temporal que tiene en el CC la medida de atribución del uso de la vivienda en los casos del art. 96.3 CC, porque los hijos ya no viven en la vivienda familiar, por el tiempo transcurrido desde la separación (13 años) y

sobre todo por la práctica imposibilidad que tiene el cónyuge no usuario de la vivienda de ejercer sus facultades dominicales sobre el bien ganancial ante la prolongación indefinida del uso por parte del otro cónyuge. Todas estas circunstancias se dan en el caso estudiado en el despacho, además de haberse atribuido el uso en defecto de acuerdo entre las partes y tener liquidada ya la sociedad de gananciales. Asimismo, la Audiencia Provincial de Asturias ha declarado, en la reciente sentencia de fecha 13 de septiembre de 2013, -que resuelve una modificación de medidas extinguiendo un derecho de uso sobre la vivienda familiar-, que “es criterio reiterado de esta Sala el establecer la fecha de la liquidación de la sociedad legal de gananciales como *dies ad quem* para la medida de atribución del uso de la vivienda conyugal cuando no existan hijos menores, y ello por cuanto el art. 96 *in fine* CC establece para tales casos la necesidad de que dicho uso se atribuya por el tiempo que prudencialmente se fije, y si bien es cierto que la norma únicamente contempla el supuesto del cónyuge no titular, también lo es que su ámbito de aplicación deberá extenderse al de las viviendas gananciales pues de otro modo se obstaculizaría de modo considerable aquella liquidación”.

Cabe concluir, que en los casos en los que se decida sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, en ausencia de hijos o cuando éstos sean mayores de edad, el abogado del cónyuge al que no se le atribuya el uso deberá siempre pedir que ese derecho de uso sea limitado en el tiempo, normalmente hasta la liquidación de la sociedad de gananciales. Y para el caso de que en Primera Instancia no se fijara ese límite, se deberá recurrir la sentencia a la Audiencia Provincial cuyo criterio al respecto es pacífico⁶³. Con ello se evitaría el problema aquí planteado sobre la efectiva liquidación de la sociedad de gananciales estando vigente el derecho de uso de manera indefinida, cuya única solución, en ese caso, sería plantear un procedimiento de

⁶³ Vid. SAP Asturias Secc. 4ª, de 26 de septiembre de 2013. En este caso se presenta demanda de divorcio en la que se solicita se fije un límite temporal al derecho de uso sobre la vivienda familiar que fue atribuido a la esposa e hijo en sentencia de separación. El juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Siero rechaza fijar límite temporal alguno y la AP de Asturias revoca dicha decisión y establece que “en cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar a la mujer y al hijo, se valora procedente mantener ese pronunciamiento, al ser ellos quienes en estos momentos representan el interés más digno de protección. Ahora bien, como apunta el recurrente, dicha atribución de uso no puede ser indefinida en el tiempo, en particular teniendo en cuenta que el hijo ya es mayor de edad. Ponderando las circunstancias concurrentes en el presente caso, que el apelante dispone de otra vivienda, en tanto que su ex mujer no y que los ingresos de uno y otro son sustancialmente diferentes, se considera más ajustado a derecho el mantener esa atribución de uso hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, y en todo caso por un plazo mínimo de cuatro años a aplicar en el supuesto de que la liquidación del régimen económico matrimonial se produjera antes, periodo de tiempo a computar a partir de esta sentencia”.

modificación de medidas, que tal y como se ha apuntado, en mi opinión existen argumentos suficientes para que pueda prosperar y se extinga el citado derecho de uso. Por último, cabe afirmar que el conflicto aquí planteado tendrá respuesta legal si se aprueba el Anteproyecto de Ley que modifica el artículo 96 CC y que establece en su punto tercero que en caso de atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, en defecto de hijos o si éstos son mayores de edad, lo será por un tiempo máximo de dos años, mientras se procede a la liquidación del inmueble.

7. CONCLUSIONES

I.- La atribución del uso de la vivienda familiar es uno de los aspectos más conflictivos que se presentan tras la crisis matrimonial y que genera más dificultades en la práctica diaria de los abogados. Gran parte de la complejidad que generaba este tema, principalmente por las soluciones dispares que cada Audiencia Provincial emitía al respecto, ha sido mitigada por la creación del recurso de casación en el año 2000, teniendo acceso estos asuntos al Tribunal Supremo, que ha creado un cuerpo de doctrina muy importante en esta materia, generando seguridad jurídica.

II.- Algunos de los interrogantes que planteaba esta materia han sido solucionados jurisprudencialmente, como la problemática derivada de la cesión gratuita de un inmueble para servir de vivienda familiar, que tras la ruptura matrimonial, la situación se concibe como un precario y, por lo tanto, se facilita el desahucio.

III.- Otros asuntos, en cambio, han sido solucionados normativamente como en el caso de la vivienda familiar arrendada por el cónyuge no usuario, que con la reciente reforma del art. 15 de la LAU, operada por la Ley 4/2013 de 4 de junio, de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado del Alquiler de Vivienda, se ha optado por la subrogación y el cambio de titularidad a favor del cónyuge a quien se le ha atribuido el uso del inmueble.

IV.- Es evidente que la situación actual no es la misma que existía cuando se aprobó la Ley 30/1981, por lo que se debe proceder a reformar el art. 96 CC. Indudablemente, el interés del menor debe primar siempre, pero el automatismo del art. 96.1 CC de atribuir la vivienda familiar a los menores en caso de custodia exclusiva, está generando situaciones injustas. Por ello, hay que proponer soluciones que, respetando siempre el interés superior de los menores y garantizando a éstos una vivienda digna, tengan en cuenta también los intereses de los progenitores. Se debe

regular la materia considerando todos los aspectos posibles tales como la capacidad económica y situación profesional y personal de los progenitores, la titularidad de la vivienda o el tipo de guarda y custodia concedida. Tras años de críticas por parte de la doctrina y otros foros, parece que la ansiada reforma se va a producir a corto plazo. Todo indica que el “Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio” ha tenido en consideración las críticas realizadas y pondera los intereses del cónyuge que más dificultades pueda tener para encontrar una nueva vivienda tras el cese de la convivencia, siempre que dichos intereses sean compatibles con el interés superior de los menores. Se tiende a limitar el derecho de uso en todas las situaciones; entiendo que la mejor opción es la de facilitar la venta de la vivienda familiar, claro está cuando sea común de ambos cónyuges, y con lo obtenido procurarse una nueva residencia, aunque tal elección puede resultar complicada, teniendo en cuenta la situación actual de crisis económica por la que atraviesa nuestro país y el mercado inmobiliario. Habrá que ver cuál es el impacto de la nueva regulación en esta materia y cómo evolucionan las resoluciones de los Tribunales tras la misma.

8. RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CITADA

A) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 31/10/1986	STC 04/10/1993	STC 17/10/2012
----------------	----------------	----------------

B) TRIBUNAL SUPREMO

STS 22/06/1945	STS 30/11/1964	STS 22/10/1987	STS 02/12/1992
STS 23/12/1993	STS 31/12/1994	STS 16/12/1996	STS 04/04/1997
STS 23/01/1998	STS 03/05/1999	STS 22/04/2004	STS 26/12/2005
STS 10/02/2006	STS 08/05/2006	STS 09/05/2007	STS 27/06/2007
STS 27/11/2007	STS 02/10/2008	STS 29/10/2008	STS 13/11/2008
STS 22/10/2009	STS 14/01/2010	STS 18/01/2010	STS 14/07/2010
STS 08/10/2010	STS 18/03/2011	STS 29/03/2011	STS 01/04/2011
STS 14/04/2011	STS 30/04/2011	STS 21/06/2011	STS 05/09/2011
STS 06/10/2011	STS 10/10/2011	STS 27/02/2012	STS 30/03/2012
STS 30/04/2012	STS 09/05/2012	STS 21/05/2012	STS 30/05/2012
STS 31/05/2012	STS 05/11/2012	STS 14/11/2012	STS 14/03/2013
STS 17/06/2013	STS 17/10/2013	STS 11/11/2013	STS 19/11/2013
STS 03/12/2013			

C) AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Córdoba 10/05/1993	SAP Madrid 13/12/1993	SAP Zaragoza 30/11/1994
SAP Cádiz 02/02/1995	SAP Asturias 28/06/1996	SAP Córdoba 16/07/1996
SAP Asturias 05/11/1997	SAP Granada 21/04/1998	SAP Santander 26/10/1998
SAP Albacete 18/01/1999	SAP Asturias 20/01/1999	SAP Asturias 15/04/1999
SAP Burgos 26/06/1999	SAP Asturias 07/07/1999	SAP Asturias 02/09/1999
SAP Madrid 15/01/2000	SAP Barcelona 14/03/2000	SAP Asturias 15/03/2000
SAP Vizcaya 28/04/2000	SAP Asturias 04/09/2000	SAP Granada 09/09/2000
SAP Asturias 10/10/2000	SAP Asturias 20/02/2001	SAP Jaén 01/02/2002
SAP Asturias 26/02/2002	SAP Asturias 02/12/2002	SAP Valencia 20/01/2004
SAP Pontevedra 13/10/2004	SAP Asturias 16/12/2004	SAP Ávila 25/04/2005
SAP Almería 19/05/2005	SAP Baleares 29/06/2005	SAP Asturias 20/07/2005
SAP Asturias 12/04/2006	SAP Valencia 18/10/2006	SAP Madrid 12/07/2007
SAP Las Palmas 08/09/2007	SAP Valencia 14/01/2010	SAP Asturias 11/06/2010
SAP Málaga 30/09/2010	SAP Asturias 22/10/2010	SAP Asturias 13/10/2011
SAP Asturias 16/11/2011	SAP Asturias 23/01/2012	SAP Asturias 03/02/2012
SAP Asturias 07/05/2012	SAP Asturias 23/05/2012	SAP Asturias 01/06/2012
SAP Asturias 06/06/2013	SAP Asturias 13/09/2013	SAP Asturias 26/09/2013
SAP Asturias 04/11/2013		

D) JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

SJPI nº 28 Madrid 19/07/2007	SJPI nº 8 Gijón 03/10/2008
SJPI nº 3 Granollers 08/10/2009	SJPI nº 7 Sevilla 08/04/2011
SJPI nº 1 Avilés 30/01/2013	

E) REGISTROS Y NOTARIADO

RDGRN 25/10/1999	RDGRN 19/09/2007
RDGRN 10/10/2008	RDGRN 14/05/2009

9. BIBLIOGRAFÍA

CARRERAS MARAÑA, J.M., “Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a la vivienda en arrendamiento. Régimen de las parejas de hecho en relación con la vivienda”, en LARROSA AMANTE, M.A., (Dir.), *Derecho inmobiliario: problemática actual*, Tomo I, Manuales de Formación continuada, nº 50, 2009.

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

DEL CARPIO FIESTAS, V., “La vivienda familiar arrendada en caso de crisis matrimonial”, en LASARTE ÁLVAREZ, C., (Dir.), *Perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI (XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia)*, formato electrónico, Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, Sevilla, 2004.

DÍAZ VALES, F., “El art. 15.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Doctrina de la Audiencias Provinciales”, *Boletín de Arrendamientos Urbanos, El Derecho*, nº 20, 2002.

EDITORIAL SEPIN, *Criterios, Acuerdos y Conclusiones de Jueces y Abogados de Familia*, Sepin, Madrid, 2010.

ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992.

FUENTES LOJO LASTRES, A., *Arrendamientos urbanos. Derecho sustantivo y procesal. Adaptado a la Ley 4/2013, de 4 de junio*, El Derecho, Madrid, 2013.

GARCÍA CANTERO, G., “Comentario al artículo 96 CC”, en ALBALADEJO GARCÍA, M., (Dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, T.II (arts. 42 a 107 CC), Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982.

GARCÍA VARELA, R., “Comentario al artículo 96 CC”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, Tomo II (arts. 90 al 347), Bosch, Barcelona, 2006.

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

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., “Crisis matrimonial y cambios en la atribución de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 738, julio-agosto de 2013.

LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, M.C., “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial”, en AA.VV., *El derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Asociación Española de Abogados de familia, Dykinson, Madrid, 2010.

MANZANA LAGUARDA, M.P., “La atribución del uso de la vivienda familiar”, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, nº 22, 2007, en www.tirantonline.com.

MARÍN LÓPEZ, M.J., “El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?”, *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2008.

MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, P.1, 2 y 3 CC). Teoría y práctica jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 2005.

MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., “La atribución del uso de la vivienda común en los supuestos de crisis matrimonial. En especial, su incidencia en la sociedad de gananciales”, *Revista El Consultor Inmobiliario*, nº 62, noviembre de 2005.

MONTERO AROCA, J., *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (la aplicación práctica del artículo 96 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MORENO VELASCO, V., “La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito”, *Diario La Ley*, nº 6503, 13 de junio de 2006.

PÉREZ UREÑA, A., “La *actio communi dividundo* de la vivienda familiar atribuido a uno sólo de los cónyuges copropietarios. Praxis judicial”, *El Derecho*, 6 de octubre de 2010.

PÉREZ UREÑA, A.A., “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar y su acceso al Registro de la Propiedad”, http://www.elderecho.com/civil/atribucion-vivienda-familiar-Registro-Propiedad_11_310930001.html, 1 de septiembre de 2011.

PINTO ANDRADE, C., “La atribución de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 30, mayo de 2013.

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

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

SEIJAS QUINTANA, J.A., “Guarda y custodia. Derecho de visitas. Vivienda familiar”, en AA.VV., *Jurisdicción de familia XX años, Asociación Española de Abogados de familia*, Dykinson, Madrid, 2013.