

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL  
DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA  
FAMILIAR EN SUPUESTOS DE  
CRISIS DE PAREJA**

**JUDICIAL ATTRIBUTION OF HOUSING RIGHTS IN COUPLE CRISIS  
CASES**

**ATRIBUCIÓN XUDICIAL DO DEREITO DE USO DA VIVENDA FAMILIAR  
EN SUPOSTOS DE CRISE DE PARELLA**

**MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA**

**Autora: Consuelo María López Pena**

**Tutor: Rafael Colina Garea**

## ÍNDICE:

I.Consideraciones previas.....	1
II.La vivienda familiar.....	2
1.Concepto de vivienda familiar.....	2
2. Requisitos mínimos.....	4
2.A.Habitabilidad.....	4
2.B.Habitualidad.....	5
3.Trastero y plazas de garaje.....	7
4.Viviendas mixtas.....	9
III.Criterios de atribución del derecho de uso.....	10
1.El convenio regulador y los pactos privados.....	11
2.Ausencia de hijos.....	12
3.Hijos mayores de edad.....	14
4.Hijos menores de edad.....	16
4.A. Guarda y custodia monoparental.....	17
4.B. Guarda y custodia compartida.....	19
a) Sistema de domicilio fijo.....	21
b) Sistema de domicilio rotatorio.....	22
4.C. Guarda y custodia repartida.....	24
4.D. Violencia de género.....	26
IV.Duración de la atribución del derecho de uso.....	27
1.Ausencia de hijos o hijos independientes.....	27
2.Hijos menores de edad o dependientes económicamente.....	29
3.Limitación indefinida.....	31
4.Variación sobrevenida de las circunstancias que motivaron la atribución.....	33
4.A.Mayoría de edad o independencia económica de los hijos.....	33
4.B.Variaciones en la titularidad de la guarda y custodia.....	35

4.C.Liquidación de la sociedad de gananciales y liquidación de la cosa común...	36
4.D.Falta de uso de la vivienda por el cónyuge al que fue atribuida.....	38
4.E.Especial referencia a la STS 641/2018 de 20 de noviembre de 2018.....	39
V.Contribución a los gastos de la vivienda.....	40
VI.El derecho de uso sobre la vivienda frente a terceros.....	42
1.Vivienda en arrendamiento.....	42
2.El derecho de uso derivado de una situación de precario.....	44
3.Ejecución hipotecaria.....	45
VII.Conclusiones finales.....	48
VIII.Bibliografía.....	51
IX.Jurisprudencia.....	54
1.Tribunal Supremo.....	54
2.Audiencias provinciales.....	55
3.Juzgados de Primera Instancia.....	59

## **ABREVIATURAS**

AA. VV.	Autores varios
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
cit.	citado
coord.	coordinador
dir.	director
ed.	edición
IBI	Impuesto sobre Bienes Inmuebles
INE	Instituto Nacional de Estadística
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
núm.	número
p.	página
pp.	páginas
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
ss.	siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo

## **I. CONSIDERACIONES PREVIAS**

La vivienda es uno de los bienes materiales más importantes para el ser humano. Tengamos en cuenta que supone una gran inversión, incluso tal vez la mayor que harán los cónyuges a lo largo de sus vidas. Es por ello que, cuando se rompe un matrimonio o una pareja, una de las cuestiones de mayor trascendencia será qué va a ocurrir con el domicilio familiar. Realmente, el matrimonio no deja de ser un contrato entre dos partes y, cuando ese contrato llega a su fin, tan solo queda solucionar todos los asuntos legales que deriven de ello.

La atribución del uso de la vivienda familiar debe su importancia no solo al tema económico, sino también a la influencia que tiene en la vida cotidiana de los ex cónyuges. A lo largo de este trabajo conoceremos las distintas situaciones que pueden darse y que derivarán en la atribución de la vivienda a uno u otro de los convivientes, y qué criterios se siguen para establecerla, diferenciando, además, entre los casos en que existen hijos o no de por medio y, también, según el régimen de custodia establecido.

Se trata de una materia en la cual apenas existe legislación por lo que, el trabajo que tenemos entre manos, será esencialmente jurisprudencial. Analizaremos las distintas resoluciones que se han ido produciendo a lo largo de los años para comprobar, así, cómo ha ido variando el criterio de los tribunales en función de la realidad social del momento.

Considero que es una materia que todos vamos a encontrarnos en alguna ocasión a lo largo del ejercicio de nuestra labor profesional, y es por ello que creo necesario conocer los entresijos de este tema, tanto para tener una formación más completa sobre él, como para poder asesorar de la mejor forma posible a nuestros futuros clientes.

El objetivo del trabajo será conocer cuál ha sido la postura de la doctrina a lo largo de los años y también cómo se han venido pronunciando los tribunales para que, al finalizar la labor de investigación, podamos tener una idea detallada y profunda del tema. Estimo necesario conocer los entresijos de la atribución del derecho de uso teniendo en cuenta la mayor y menor edad de los hijos, la independencia económica, la titularidad de la vivienda... creo que todos ellos son elementos que debemos analizar punto por punto para ofrecer un conocimiento completo sobre la materia.

Para ello, examinaremos en profundidad la legislación existente al respecto, especialmente el Código Civil y, más concretamente, su art. 96, ya que son pocos los artículos dedicados en exclusiva a este asunto, y habrá que realizar, en muchas ocasiones, una interpretación extensiva de los mismos. Pero también entraremos a fondo en la postura de los distintos sectores doctrinales en cada uno de los elementos de mayor relevancia y, como ya he dicho anteriormente, valoraremos sobre todo las resoluciones de los tribunales a lo largo del tiempo.

Empezaremos, para ello, por delimitar el concepto de vivienda familiar, para continuar explorando los criterios que se han venido siguiendo a la hora de atribuir el domicilio conyugal en función del tipo de guarda y custodia establecida en el caso de matrimonios con hijos, pero también de los matrimonios en que no existen o bien cuando estos ya han alcanzado la mayoría de edad. Trataremos de fijar la duración de

esa atribución, analizando la postura de los tribunales en función de los cambios sobrevenidos de las circunstancias que la motivaron, así como los supuestos especiales en que, por ejemplo, la vivienda no pertenece a ninguno de los cónyuges, sino a un tercero.

No se trata de una materia sencilla pues, como hemos dicho anteriormente, prácticamente toda la información que poseemos al respecto proviene de la jurisprudencia, ya que no hay una legislación clara al respecto y es por ello que debemos centrarnos en la casuística, analizando supuestos reales que nos conducirán a una idea global de la materia.

## **II.LA VIVIENDA FAMILIAR**

### **1.Concepto de vivienda familiar**

Como punto de partida, resulta necesario establecer una definición del concepto de vivienda familiar. Sin embargo, nos encontraremos con que el Código Civil no ofrece una descripción clara y precisa del mismo, sino que debemos acudir a la jurisprudencia y a la doctrina para comprender todos los elementos que abarca. Si bien el CC no establece una definición exacta del concepto, la doctrina entiende que, si bien la vivienda con carácter general hace alusión a aquel edificio destinado a ser habitado, una vez que se le añade el adjetivo familiar se ha de entender que las personas que lo habitan forman parte de la misma familia.<sup>1</sup>

Para obtener un concepto claro sobre vivienda habitual, debemos acudir a la normativa fiscal, la Ley 35/2006 de 28 de noviembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en la cual se explica en su Disposición adicional vigésimo tercera: “se considerará vivienda habitual aquella en la que el contribuyente resida durante un plazo continuado de tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo aquel carácter cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, concurren circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda, tales como celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención de primer empleo o de empleo más ventajoso u otras análogas”.<sup>2</sup>

Nos aclara el Código Civil, en su art. 69 que “se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos”. También el art. 70 del Código Civil nos informa de que “los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez teniendo en cuenta el interés de la familia”. No se hace referencia, sin embargo, en ninguno de los dos artículos a ningún elemento que limite el concepto y nos permita conocer qué componentes son exigibles para que tenga tal consideración.

También el art. 90 CC hace referencia a la necesidad de que el convenio regulador debe contener necesariamente la atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar, pero ya en alusión a las situaciones de crisis familiar. Asimismo, y dentro de

---

<sup>1</sup> SERRANO GÓMEZ, E. *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*. Ed. Tecnos. Madrid 1999, p. 11-12.

<sup>2</sup> LUQUE JIMÉNEZ, M.C. *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España. Madrid 2012, p. 24.

estos mismos supuestos, menciona en el art. 103 CC la necesidad de determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección.

Debido a esta escasa delimitación del concepto, se hace necesario acudir a la jurisprudencia para entender qué sentido le han dado los tribunales y qué elementos han venido considerando dentro del término vivienda. Realiza una definición bastante precisa la Audiencia Provincial de Cádiz en su Sentencia de 6 de abril de 2010<sup>3</sup>: “La vivienda familiar es el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos”.

También nos aclara un poco más el concepto esta otra resolución del 14 de septiembre de 2009<sup>4</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid en la que se nos indica: “El concepto de vivienda familiar a que se refieren los artículos 90, 91, 96 y 103-2 del CC es la vivienda habitual de la familia, sin incluir dentro por tanto de su ámbito de aplicación las denominadas viviendas de temporada o segundas residencias usadas por la familia en periodos vacacionales o fines de semana. Tampoco entran dentro del concepto de vivienda familiar otras viviendas que los cónyuges pudieran poseer conjuntamente en proindivisión o en régimen de gananciales, pero en las que no resida la familia”. Por lo tanto, a través de esta resolución ya se delimita un poco más el concepto, excluyendo del término vivienda a las segundas residencias y a las viviendas de temporada, por lo que podemos entender que tendrán la consideración de hogar únicamente aquellas dedicadas al día a día de la unidad familiar, aquellas que tengan carácter de permanencia.

Precisamente la Audiencia Provincial de A Coruña en su Sentencia de 16 de abril de 2009<sup>5</sup> se pronunció sobre la necesidad de habitualidad para considerar a una vivienda familiar como tal, determinando que vivienda habitual es “aquella en la que los cónyuges cumplen su deber de convivencia y de atención a los descendientes y comparten las responsabilidades domésticas”.

También la Audiencia Provincial de Valladolid en su Sentencia de 16 de abril de 2004<sup>6</sup> nos ofrece una definición bastante precisa, de forma que vivienda familiar será “aquella a la que el matrimonio y sus hijos, durante su convivencia y hasta la ruptura de la unidad familiar, convierten por voluntad propia en su residencia personal y familiar y sede física de sus actividades sociales y económicas”.

Pero, para que una vivienda pueda resultar considerada familiar, también se exige permanencia. Es decir, ya nos queda claro en la resolución de la sentencia de la

---

<sup>3</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) de 6 de abril de 2010 (ECLI: ES:APCA:2010:348)

<sup>4</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) de 14 de septiembre de 2009 (ECLI: ES:APM:2009:13406)

<sup>5</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 5ª) de 16 de abril de 2009 (ECLI: ES:APC:2009:1254)

<sup>6</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1ª) de 16 de abril de 2004 (ECLI: ES:APVA:2004:509)

Audiencia Provincial de Madrid mencionada anteriormente que no serán consideradas como tal las segundas residencias, pero hay que recalcar que debe tratarse de un lugar en el cual la familia haya podido desempeñar su vida cotidiana, que sea un lugar de descanso y donde sus miembros vivan su día a día. Este carácter permanente viene a reforzarse el Tribunal Supremo en su STS de 31 de mayo de 2012<sup>7</sup>, afirmando que “debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia”. También hay que resaltar que el carácter familiar no desaparece por el hecho de que no se utilice en ciertos periodos como pueden ser los fines de semana o las vacaciones.<sup>8</sup>

Y es que el Tribunal Supremo no considera a la vivienda familiar un bien patrimonial, sino familiar, de forma que podemos entender que su derecho de uso prima sobre cualquier otro derecho inherente a la vivienda. Y así será aunque se produzca la ruptura de la unidad familiar, quedando claramente establecido en su Sentencia del 18 de octubre de 1994<sup>9</sup>: “ocupan el mero uso, goce o disfrute de espacios que sirven de morada humana, pues sin perder estos destinos, han de configurarse como medio patrimonial que cumple la continuidad de la vida familiar aunque fragmentada, pero con predominio tutelador de los intereses de los hijos matrimoniales”. Por supuesto, esta protección se extiende también a los hijos extramatrimoniales ya que el propio art. 39 CE otorga los mismos derechos a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. También la STS de 31 de diciembre de 1994<sup>10</sup> hace referencia a ese carácter familiar y no patrimonial, definiendo a la vivienda como “bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario”.

Por lo tanto, la categoría de vivienda familiar, entendida como sede del domicilio conyugal, se atribuye por el ordenamiento cuando concurren los requisitos de hecho y de voluntad establecidos, ya obedezcan a una expresa manifestación de la voluntad de los cónyuges, ya a una mera voluntad implícita de sus actos, ya a un reconocimiento judicial de su existencia.<sup>11</sup>

## **2.Requisitos mínimos**

### *2.A.Habitabilidad*

Lo que ha venido a constatar la jurisprudencia a lo largo de los años es que se hace imprescindible el criterio de la habitabilidad, teniendo en cuenta que la vivienda es el sitio en el que se desarrollan las actividades diarias de la familia y donde se cubren las necesidades básicas, a la vez que también es el lugar de privacidad de los miembros de la misma.

Teniendo esto en cuenta, se exige que la vivienda cuente con unas dimensiones suficientes y, también, que tenga unas dependencias mínimas. Debería disponer, al

---

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 31 de mayo de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:3850).

<sup>8</sup> ORDÁS ALONSO, M. *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*. Ed. Bosch. Las Rozas (Madrid) 2018. p. 87.

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 18 de octubre de 1994 (ECLI: ES:TS:1994:18242)

<sup>10</sup> STS (Sección 1ª) de 31 de diciembre de 1994 (ECLI: ES:TS:1994:20231).

<sup>11</sup> CUENA CASAS, M. “El régimen jurídico de la vivienda familiar” en AA. VV. *Tratado del Derecho de la familia*. M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dir.) Ed. Aranzadi. Navarra 2017, p. 293.

menos, de iluminación y suministros eléctricos así como de ventilación. Y es que existen opiniones diversas sobre si podría llegar a ser considerado vivienda incluso un barco o una autocaravana <sup>12</sup> pero parece claro que nunca podría serlo un solar, un establo, una choza, una casa ruinoso o un local de negocio.

Un buen principio de prueba que justifique el cumplimiento de este requisito podría ser la obtención de la cédula de habitabilidad pero, aun así, no sería totalmente determinante ya que sería necesario igualmente examinar las condiciones de la vivienda para asegurar la salubridad ciñéndose a los criterios anteriormente mencionados<sup>13</sup>.

El requisito de la habitabilidad goza de tal esencialidad que resulta prácticamente imposible encontrar una sentencia de divorcio en la cual no se haga referencia a ella ya que, a la hora de atribuir la guarda y custodia, es imprescindible que se examine que la vivienda en la que va a residir el menor cumple con las condiciones necesarias para llevar una vida digna. Por ejemplo, se hace este examen en el informe psicosocial de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vigo de 21 de junio de 2018<sup>14</sup> del siguiente modo: “El padre, como ya dijimos, convive con su madre, en una vivienda situada en zona urbana de la que el mentado informe dice que tiene condiciones de habitabilidad y el menor cuenta con habitación propia (el padre también dijo en el acto del juicio que disponía de ordenador). En ambos domicilios, por tanto, el menor cuenta con espacio propio que le permite preservar su intimidad y facilitar el estudio”.

Por consiguiente, se hace necesario valorar cada caso en concreto para determinar si reúne o no las condiciones necesarias para considerarse vivienda familiar.

## *2.B.Habitualidad*

Se considera imprescindible que, en el momento de la ruptura, la vivienda sea el lugar en el cual la familia desarrolla su actividad diaria, que sea su zona de descanso y donde cubren sus necesidades básicas habitualmente.

No existe uniformidad doctrinal en cuanto a las segundas residencias o viviendas de temporada, así como las utilizadas durante los fines de semana o en períodos vacacionales. Por un lado, se ha entendido que pertenecen al conjunto familiar, que sirven para satisfacer las necesidades de sus miembros en determinadas ocasiones y que, por lo tanto, a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar a uno de los miembros de la pareja, también podría atribuírsele el de las segundas residencias al mismo cónyuge ya que se considera que así se obtiene el beneficio de la familia. Tampoco se puede considerar vivienda familiar a aquella que es empleada por uno solo de los cónyuges y no por el grupo familiar al completo.<sup>15</sup>

Pero también se ha venido considerando, contrariamente, que domicilio familiar solo puede serlo la primera vivienda, de forma que no se consideraría apropiado

---

<sup>12</sup> TAMAYO CARMONA, J.A. *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2003, p.35.

<sup>13</sup> PINTO ANDRADE, C. *La atribución del uso de la vivienda familiar*. Ed. Bosch. Barcelona 2011, cit. p.42.

<sup>14</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Vigo (Sección 6ª) de 21 de junio de 2018 (ECLI: ES:APPO:2018:923).

<sup>15</sup> SERRANO GÓMEZ, E. *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*. cit. p. 12.

pronunciarse en un proceso matrimonial sobre un domicilio que no responde a cubrir las necesidades básicas y diarias de la familia ya que no afecta a los intereses más necesitados de protección y, teniendo en cuenta el art. 96 CC, el Juez solo debe pronunciarse sobre el estrictamente considerado domicilio familiar.<sup>16</sup>

De este modo, lo que se ha venido haciendo en mayor medida a lo largo del tiempo por parte de los jueces, es atribuir el uso de la que poseía el carácter de vivienda familiar en el momento de la quiebra familiar. Hay que destacar, por lo tanto, la STS de 9 de mayo de 2012<sup>17</sup>, que resuelve sobre el asunto del siguiente modo: “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 o, lo que es lo mismo, sin acuerdo”.

Por otro lado, es necesario hacer también una mención a las viviendas en construcción, es decir, aquellas que se estaban construyendo en el momento de la ruptura matrimonial con intención de llegar a convertirse en domicilio familiar.

También aquí hay dos posturas enfrentadas y es que jurisprudencialmente se han llegado a considerar vivienda familiar dado que ese era su propósito de no haberse producido la crisis pero, sin embargo, también hay resoluciones que vienen a negar esta cualidad dado que todavía no se ha podido asentar allí la vida diaria del grupo. El hogar familiar es necesario para el bienestar de sus miembros, mientras que la segunda residencia podría ser prescindible, y también podría considerarse que, en el caso de que la primera sea atribuida a uno de los miembros de la pareja, el que la segunda residencia se atribuya al mismo podría estimarse poco justo.

La doctrina<sup>18</sup>, por su parte, ha venido entendiendo que las viviendas en construcción o de nueva adquisición quedan excluidas del concepto de vivienda familiar puesto que, al tiempo de producirse la crisis matrimonial, no era el lugar donde se estaba desarrollando la convivencia del grupo familiar de forma permanente. Hay que resaltar como excepción que, en el supuesto de que la vivienda en construcción o de nueva adquisición sea la única vivienda de la que disponga la familia, esta deberá ser considerada familiar, tal y como han constatado tanto la doctrina<sup>19</sup> como la jurisprudencia.

Y, por último, y con relación a la habitualidad habría que mencionar también aquellas situaciones en las que se produce el abandono del domicilio familiar por uno de los miembros de la pareja o incluso de los dos.

En este sentido, conviene diferenciar entre aquellos casos en los cuales el miembro de la pareja lo hace de manera esporádica, por un corto periodo de tiempo y, por ejemplo, para poner fin a una situación de convivencia hostil, a cuando ese

---

<sup>16</sup> PINTO ANDRADE, C. *La atribución del uso de la vivienda familiar*, cit. p. 45.

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 9 de mayo de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:3057).

<sup>18</sup> ANGUITA RÍOS, R. M. “El acceso a la vivienda: algunas situaciones problemáticas en torno a la pareja”. *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº14, julio 2011, p.113-114; LUQUE JIMÉNEZ, M.C. *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, cit. p. 31

<sup>19</sup> GIL MEMBRADO, C. *La vivienda familiar*. Ed. Reus. Madrid 2013, pp. 20-21.

abandono se alarga en el tiempo. En este último caso, no podría aceptarse que solicite el uso de la vivienda considerada familiar ya que, con el paso del tiempo, perdió tal categoría para ese miembro. Queda claro entonces que los dos criterios a tener en cuenta serán el motivo del abandono y el tiempo durante el que se alargue. Resulta interesante a este respecto la SAP de Barcelona de 28 de septiembre de 2010<sup>20</sup>, en la cual, tras el pacto de poner a la venta el inmueble, la esposa ha abandonado el domicilio familiar para residir con su hijo menor junto a sus padres. Resuelve el Alto Tribunal considerando que, al dejar de vivir en la vivienda que en su día fue familiar, ha quedado desafectado de tal naturaleza.

Del mismo modo, también se produciría esa desafectación cuando los dos miembros abandonan la vivienda familiar para vivir en lugares distintos de manera separada, de modo que en el proceso de divorcio no se entendería que soliciten el uso de la que ha sido vivienda familiar como tal. Se pronuncia en este sentido la SAP de Barcelona de 20 de diciembre de 1999<sup>21</sup>, en la cual, tras abandonar ambos cónyuges la vivienda considerada familiar, le fue atribuida al esposo en primera instancia, resolviendo la AP del siguiente modo en la segunda: “La realidad descrita pone de relieve que, ante la crisis familiar, ambos cónyuges optaron por dejar la vivienda que había sido familiar que, con ello, perdió tal carácter, lo que determina que no sea de aplicación ninguna de las previsiones legales y deba dejarse sin efecto la atribución del uso de la vivienda al esposo”.

Por lo tanto, desaparece el carácter de familiar si el abandono se produce voluntariamente, mientras que no desaparece tal carácter en el caso de que la violencia de género sea el motivo por el que uno de los ocupantes de la vivienda sale de ella.<sup>22</sup> Tampoco se consideraría abandono voluntario si se produce para cumplir el auto o la sentencia judicial, por lo que se mantendría el carácter de familiar.<sup>23</sup>

### **3.Trastero y plazas de garaje**

Otro asunto que suele generar numerosas controversias a lo largo de las crisis matrimoniales es la atribución del trastero y de las plazas de garaje, llegando a debatirse hasta qué punto pueden ser considerados inherentes a la vivienda familiar.

No existe jurisprudencia unificada el respecto. Es por ello que nos podemos encontrar diferentes resoluciones en uno y otro sentido. En ocasiones, se ha considerado que forma parte de la vivienda y, por lo tanto, se ha optado por atribuirse al miembro de la pareja al que se haya atribuido el uso del domicilio familiar, siempre que haya sido solicitado y que registralmente conste como parte del mismo. Si ninguno de los cónyuges solicita su uso, suele considerarse que debe ser atribuido a la persona que va a quedarse en la vivienda.

---

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 18ª) de 28 de septiembre de 2010 (ECLI: ES:APB:2010:7102).

<sup>21</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 20 de diciembre de 1999 (ECLI: ES:APB:1999:13533)

<sup>22</sup> GARCÍA PRESAS, I. *Los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis de pareja*. Ed. Reus. Madrid 2019, p.21.

<sup>23</sup> ORDÁS ALONSO, M. *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*. cit. pp. 81-83

En esta línea, se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Alicante en su Sentencia de 3 de abril de 2012<sup>24</sup>, entendiendo que la asignación de la vivienda comprenda la de los anexos, aun procediendo de distintos títulos adquisitivos si su uso material es conjunto ya que “se trata de elementos que, por su ubicación y destino, forman parte de la atribución del uso de la vivienda familiar a la que están adscritos”.

De igual forma, se pronunció la Audiencia Provincial de Valencia en su Sentencia de 5 de noviembre de 2019<sup>25</sup>, al no aceptar separar la plaza de garaje y el trastero de la vivienda familiar del siguiente modo: “interesa el recurrente queden fuera del ámbito de atribución del uso de la vivienda, por no estar vinculados a la misma al formar parte de distintas comunidades de propietarios. Sin embargo, como establece la sentencia, se trata de la plaza de garaje en la que se aparcaba el vehículo familiar y el trastero en que se guardaban los enseres familiares, por lo que existe una accesoriadad de los mismos a la vivienda y no existe motivo para negar ahora la referida vinculación que, en consecuencia, debe mantenerse”.

Después del estudio de numerosas resoluciones recientes, queda patente que la tónica general es la de atribuir el uso de las plazas del garaje y del trastero junto a la vivienda, sin hacer separación de los mismos, ya que se entiende que forman parte de la misma y, en la mayor parte de los casos, ni se discute ni se hace distinción entre vivienda y trastero, sino que se atribuye todo a la vez. Se entiende que han servido a la familia durante el tiempo de la convivencia y que, por lo tanto, no tendría sentido impedir su uso cuando, además, posiblemente resultaría inservible para el cónyuge que no va a disfrutar de la vivienda, teniendo que realizar la entrada por un elemento común a la misma y pudiendo suscitar así conflictos.

Sin embargo, resulta especialmente interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 3 de mayo de 2016<sup>26</sup>, en la cual se atribuye tanto el garaje como el trastero junto a la vivienda a la madre y a los hijos en primera instancia. Sin embargo, menciona en recurso la AP el art. 96 CC y dice: “la norma se refiere a la vivienda, como espacio donde los menores desarrollan su intimidad, pero no a los anejos, tales como trasteros, zonas de esparcimiento o garajes que no forme parte de forma inseparable de aquélla, para cuya atribución deberían regir las normas generales de protección de los intereses más necesitados de protección. (...) Interpretamos que al igual que sucede con segundas residencias, otros locales propiedad de los esposos no deben ser atribuidos en procesos de divorcio”.

Pero, también la AP de Pontevedra, en este caso en su Sentencia de 14 de febrero de 2007<sup>27</sup>, hace referencia a la habitualidad de que tanto los trasteros como las plazas de garaje formen parte del concepto de vivienda. Señala que, aun así, puede suceder que queden fuera del mismo, bien porque así se ha acordado en el convenio regulador, bien porque quede acreditada la independencia y autonomía de tales

---

<sup>24</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4ª) de 3 de abril de 2012 (ECLI: ES:APA:2012:2637)

<sup>25</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) de 5 de noviembre de 2019 (ECLI: ES:APV:2019:4580)

<sup>26</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) de 3 de mayo de 2016 (ECLI: ES:APPO:2016:622)

<sup>27</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) de 14 de febrero de 2007 (ECLI: ES:APPO:2007:576)

instalaciones y, para este caso concreto, resuelve manteniendo el uso de la vivienda y todos sus anexos a la madre, tal y como se había acordado en primera instancia, del siguiente modo: “resulta que la plaza de garaje en cuestión está integrada en el mismo edificio que el piso, accediéndose directamente del piso al garaje, y viceversa, a través del ascensor, sin necesidad por lo tanto, de tener que acceder de uno a otro por el exterior del inmueble, y teniendo así una utilización complementaria respecto de la vivienda para facilitar el uso normal del vehículo a los moradores de la vivienda”.

Por lo tanto, queda claro que no hay una postura uniforme con respecto a este asunto, pero la tónica general es la de atribuir el derecho de uso de las plazas de garaje, trasteros, jardines... junto a la vivienda, si se entiende que forman parte de la misma y que solamente tendría lugar el atribuirlos de forma separada en el caso de que su uso anterior no fuera el de dar servicio a la familia en su conjunto, es decir, que fuera utilizado, por ejemplo, por uno de los cónyuges como almacén para sus materiales de trabajo y que podría seguir utilizándose de manera separada, ya que no es necesario para acceder a él, por ejemplo, emplear la puerta de la vivienda.

#### **4. Viviendas mixtas**

Haremos referencia en este apartado a las viviendas en las cuales, además de desarrollarse la vida familiar, cuentan con un espacio dedicado a locales comerciales (véase, por ejemplo, una consulta médica o incluso toda una planta dedicada a un negocio o industria).

En consecuencia, la jurisprudencia se ha pronunciado de forma que la parte de la vivienda destinada a locales de negocio no sea considerada como vivienda familiar. Así lo recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 7 de junio de 2006<sup>28</sup>, en la cual el matrimonio disponía de una vivienda con planta baja dedicada a la cocina del negocio que tenían en común. Solicita su uso la apelante, junto al del resto del domicilio, por considerar que ya no está dedicado a ese fin (algo que no consigue probar) pero la AP opta por no pronunciarse sobre el mismo del siguiente modo: “dicha superficie no constituye domicilio familiar, por lo que no cabe hacer pronunciamiento alguno en relación a la misma”.

Pese a ello, esa parte de la vivienda sí podría llegar a ser considerada domicilio familiar si con el paso del tiempo dejara de tener el destino de local comercial, extendiéndose el concepto de domicilio familiar a la totalidad de la vivienda.

A este respecto, la SAP de Bilbao de 29 de mayo de 2009<sup>29</sup> se pronuncia sobre una parte de la vivienda antes considerada negocio familiar que ya ha perdido ese uso y, por lo tanto, se considera que puede empezar a formar parte de la vivienda familiar para más comodidad de sus miembros. Así se establece: “la familia residió en la parte alta de la vivienda familiar, ello sucedió exclusivamente por conveniencia de los litigantes por las circunstancias existentes en aquel momento; ya que su medio de vida era un negocio de joyería, que instalaron en el local de la planta baja, para lo que buscaron *ex-profeso*

---

<sup>28</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 4ª) de 7 de junio de 2006 (ECLI: ES:APGC:2006:1683)

<sup>29</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 4ª) de 29 de mayo de 2009 (ECLI: ES:APBI:2009:1184)

un inmueble de esas características que permitiera desarrollar la vida familiar y el negocio del que iban a vivir en el mismo edificio.

Las circunstancias actuales han variado sustancialmente; a raíz de la separación de la pareja, el negocio de joyería fue menguando hasta ser cerrado por completo; en tales condiciones, no tiene sentido obligar a D<sup>a</sup> Petra a que siga residiendo con sus hijos en la planta superior, cuando se trata de un habitáculo de tan solo 42 metros cuadrados, con solo dos habitaciones, sin salón, midiendo la habitación de los menores 1´80 metros de largo, por lo que las dos camas van de pared a pared y sin posibilidad de instalar ni siquiera una mesa para que los niños estudien, jueguen, etc.”.

Cabe mencionar también la SAP de Barcelona de 24 de mayo de 2012<sup>30</sup>, en la cual, tras atribuírsele el uso de la vivienda familiar a la esposa, dejando un espacio al marido para desarrollar su actividad profesional, fue revocada en aras de evitar conflictos y mantener la armonía familiar, quedando con el uso total de la misma la esposa y los hijos. Queda patente, por lo tanto, que se ha seguido la línea de adjudicar la totalidad de la vivienda a la parte más necesitada de protección, y teniendo que abandonar la otra parte la superficie dedicada a la actividad profesional en caso de controversia entre ambos ya que, de este modo, se evita la que sería una clara fuente de conflictos.

### **III.CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO**

Como ya vimos al inicio de este escrito, la vivienda es considerada un bien familiar por encima de patrimonial y es por ello que, aunque se produzca la crisis matrimonial, la vivienda va a seguir estando destinada a cubrir las necesidades de la familia. Tengamos en cuenta que se produce una ruptura de la pareja, no de la familia y, por lo tanto, los miembros que permanezcan en la vivienda seguirán formando el núcleo de la misma y serán, por lo tanto, los necesitados de protección. Llega entonces el momento de acordar qué se hace con la vivienda, y ello puede establecerse a través del acuerdo entre las partes o bien por decisión judicial, tal y como indica el art. 96 CC: “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”. Pero también puede darse el supuesto de que no existan hijos fruto de la relación o el matrimonio y, por lo tanto, debemos analizar qué sucedería en esos casos.

De este modo, el derecho de uso de la vivienda puede establecerse mediante acuerdo entre las partes, pero siempre que este sea aprobado judicialmente en atención a distintos intereses, como puede ser la necesidad de los menores o que uno de los cónyuges salga claramente perjudicado. También puede ser que su atribución ya aparezca establecida en el convenio regulador, en cuyo caso su aprobación dependería de un Juez, notario o Letrado de la Administración de Justicia. Estos dos últimos, solamente podrían realizar la aprobación cuando se trate de un divorcio de mutuo acuerdo y siempre que no existan hijos sometidos a patria potestad.

---

<sup>30</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) de 24 de mayo de 2012 (ECLI: ES:APB:2012:6386)

Cuando o bien no hay acuerdo o este no es aprobado judicialmente, será el Juez el que se pronuncie sobre el derecho de uso de la vivienda familiar y también sobre los objetos que allí permanecen. Así lo establece el art. 103.4 CC: “Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes: Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo”.

En el caso de que no exista acuerdo entre las partes, el uso de la vivienda familiar puede ser atribuido tanto en las medidas definitivas, en la fase de medidas provisionales o en la de medidas provisionales previas.<sup>31</sup> Si hubiese medida previa de atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, ella podrá alterarse o conservarse por la medida provisional.<sup>32</sup>

## **1.El convenio regulador y los pactos privados**

Una de las opciones que tienen los convivientes es establecer el derecho de uso del domicilio familiar, o bien a través de un convenio regulador, o bien a través de un pacto privado, antes o durante el matrimonio o la unión de hecho. Puede resultar muy conveniente, especialmente en el caso de las uniones de hecho, hacerlo de este modo para protegerse frente a una eventual ruptura. No obstante, esta libertad de establecer el derecho de uso de forma privada por parte de los dos miembros de la pareja, no queda al libre albedrío de los convivientes, sino que deberán sujetarse a una serie de normas.

La primera de ellas, será que el convenio regulador deberá tener unos contenidos mínimos, los cuales se hallan regulados en el art. 90 CC, y entre los que se encuentra la obligación de fijar la atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar.

En segundo lugar, es necesario, evidentemente, el acuerdo entre los cónyuges. Sin embargo, no cualquier acuerdo será aprobado por el Juez ya que este debe atender, principalmente, a que no sea dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, tal y como establece el art. 90.2 CC.

La homologación judicial del Convenio Regulador o del acuerdo procesal no debe limitarse a una revisión formal, sino que requiere una investigación y valoración integral sobre las circunstancias reales que presenta la familia.<sup>33</sup>

Cuando no hay acuerdo entre las partes, será el Juez quien resuelva a través de un procedimiento contencioso siguiendo las reglas del art. 91 y 96 CC y teniendo en cuenta, principalmente, el interés familiar más necesitado de protección.<sup>34</sup>

Es necesario mencionar a este respecto la SAP de A Coruña de 7 de mayo de 2002<sup>35</sup>, de la que se extrae que se considera perjudicial para el menor el convenio

---

<sup>31</sup> LUQUE JIMÉNEZ, M.C. *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*. cit. p. 46

<sup>32</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F. *Régimen jurídico de la vivienda familiar*. Ed. Aranzadi. Pamplona 1995, p.468.

<sup>33</sup> PINTO ANDRADE, C. *La atribución del uso de la vivienda familiar*. cit. p.52.

<sup>34</sup> PINTO ANDRADE, C. *La atribución del uso de la vivienda familiar*, cit. p. 52.

judicial por el cual la custodia pasaría al padre en caso de que la madre iniciase una nueva relación, o bien la progenitora trasladase su residencia fuera de la ciudad o no pudiese pernoctar con sus hijas en la misma. Se resolvió estimando que suponía un grave atentado contra la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad de uno de los cónyuges.

Y, en cuanto a los pactos privados, estos podrán realizarse antes de la crisis matrimonial o bien posteriormente. El art. 1.323 CC establece el principio de libre contratación entre cónyuges. Deberán ceñirse a los límites del art. 1.255 CC, es decir, que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público y que concurren los requisitos del art. 1.261 CC, es decir, consentimiento, objeto y causa.

Estos pactos gozan de tal validez que, incluso en caso de incumplimiento por una de las partes, podrán acudir a la vía judicial para exigir la ejecución de los mismos. No obstante, tendrán que tratar, al igual que en el caso del convenio regulador, de que no resulten perjudiciales para los necesitados de protección.

## **2. Ausencia de hijos**

Cuando no existen hijos de por medio, se abandona el criterio de la preferencia de la atribución de la guarda y custodia. Tendríamos que ceñirnos, entonces, al art. 96 CC, de forma que se atribuiría el derecho de uso al miembro de la pareja más necesitado de protección.<sup>36</sup>

Puede suceder, así, que el domicilio resulte atribuido al cónyuge no titular, si precisamente fuera el más necesitado de protección, tal y como indica el anteriormente mencionado art. 96 CC: “No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”.

Para la atribución de este derecho no se tendrá en cuenta la titularidad de la vivienda, sin importar si forma parte de la sociedad de gananciales o bien tiene título privativo. En este último caso, se necesita únicamente el consentimiento de ambas partes o autorización judicial, tal y como establece el art. 96 CC.

Conviene mencionar, a este respecto, la STS de 25 de marzo de 2015<sup>37</sup>, por la cual, en un procedimiento de divorcio, la esposa afirma pasar la mayor parte del tiempo en la casa de su hermana, enferma de Alzheimer, para dedicarse a su cuidado, de forma que el marido solicita el uso del domicilio. Resuelve el TS que “No bastará con que el cónyuge que solicite la atribución del uso de la vivienda familiar tenga mejor capacidad económica que el otro, sino que es necesario acreditar que, realmente, necesita seguir usándola como residencia, aunque sea temporalmente, así como que dicha necesidad es mayor que la del otro consorte”.

---

<sup>35</sup> SAP de A Coruña (Sección 6ª) de 7 de mayo de 2002 (ECLI: ES:APC:2002:1141).

<sup>36</sup> SAP de A Coruña (Sección 4ª) de 16 de enero de 2017 (ECLI: ES:APC:2017:88). En el caso de matrimonios sin hijos resulta evidente que no opera el criterio preferente de la atribución de la guarda y custodia sino el interés superior de protección pero siempre que se justifique tal necesidad.

<sup>37</sup> STS de 25 de marzo de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:1093)

Además de valorar la estabilidad económica<sup>38</sup> de los dos miembros de la pareja, también se pueden tener en cuenta otras particularidades, tales como las circunstancias personales de los cónyuges, como la edad y el estado de salud<sup>39</sup>, la presencia de otros familiares residiendo en la vivienda (por ejemplo, un padre enfermo), el uso por parte de uno de ellos del inmueble para el desarrollo de su profesión<sup>40</sup> o la existencia de malos tratos físicos o psíquicos.

En el supuesto de que ambos cónyuges tengan la misma necesidad de protección, se seguirá como único criterio la titularidad de la vivienda. Es decir, si es un bien privativo, se adjudicará su uso al titular de la misma pero, si es un bien ganancial, se han alcanzado diferentes soluciones. Una de ellas será la de no atribuir el uso a ninguno de los cónyuges, mientras que otra será la de establecer el uso compartido, de forma que o bien se hará una separación física y material de la vivienda,<sup>41</sup> o bien se establecerá el uso compartido de la misma por parte de los cónyuges pero sin realizar la separación física y material, algo muy poco práctico ya que supondría tener que prolongar de una u otra manera la convivencia y, por lo tanto, las desavenencias.

Y, una última solución, pasaría por establecer el uso compartido en periodos diferenciados mientras no se lleve a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales. De este modo, tendría que hacerse por periodos de tiempo lo suficientemente largos para que no causen un perjuicio a los copropietarios, y comúnmente se han venido estableciendo periodos de uno o incluso dos años.<sup>42</sup> Esta opción suele tener como consecuencia que se lleve a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales de forma más rápida, debido al desinterés de los cónyuges por alargar esta situación de uso compartido.

Pese a que en el art. 96 se hace referencia a la expresión “no habiendo hijos”, se entiende que incluye también a aquellos matrimonios en los cuales sí existen hijos pero no conviven con ellos o bien viven con ellos pero siendo independientes

---

<sup>38</sup> SAP de Madrid (Sección 22ª) de 11 de febrero de 2010 (ECLI: ES:APM:2010:1800). Se realiza una comparación entre las nóminas de ambos cónyuges para determinar que la esposa no es el interés más necesitado de protección. Se atribuye la vivienda por periodos alternos hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.

<sup>39</sup> SAP de León (Sección 2ª) de 3 de Junio de 2009 (TOL: 1.554.312). En este procedimiento de divorcio contencioso se concede el derecho de uso de la vivienda a la esposa por considerar que es el miembro del matrimonio más necesitado de protección ya que vive con su hija y ha sido recientemente operada de la cadera. Se justifica esta decisión porque “no solo existen motivos físicos de salud que aconsejan concederle dicha vivienda, por las limitaciones físicas y de movilidad que le ocasiona la operación de cadera a la que ha sido sometida, sino que además no dispone de otra vivienda que pueda utilizar con independencia de la de su hija y de la familia de esta última (...) sin olvidar que la proximidad de la vivienda que fue conyugal, con la de la hija, facilita los cuidados que la madre pueda precisar”.

<sup>40</sup> SAP de Madrid (Sección 24ª) de 17 de abril de 2007 (ECLI: ES:APM:2007:9521). Pese a que el titular de la vivienda es el esposo, se atribuye su uso a la esposa hasta la fecha de jubilación debido a que desempeña su trabajo en el domicilio familiar.

<sup>41</sup> SAP de Cáceres (Sección 1ª) de 7 de noviembre de 2002 (ECLI: ES:APCC:2002:940). En ella se establece la división física y material del inmueble por considerar que “al tener una extensión de 300 metros cuadrados, es susceptible de distribuirse en plantas capaces de satisfacer las necesidades personales de las partes contendientes”.

<sup>42</sup> SAP de Cáceres (Sección 1ª) de 4 de mayo de 2006 (ECLI: ES:APCC:2006:386). En ella se establece la atribución del uso de la vivienda familiar por periodos de dos años a cada uno de los cónyuges por considerar que “si la titularidad de la vivienda familiar corresponde a ambos cónyuges, es cuando menos razonable -y permisible- el que el uso de la misma se atribuya, también e igualmente, a ambos cónyuges por periodos de tiempo sucesivos.

económicamente.<sup>43</sup> El art. 96.3 es aplicable también para aquellos matrimonios en los que existen hijos menores de una relación anterior conviviendo con ellos, atribuyéndose su uso al cónyuge más necesitado de protección.

Como resumen, podría concluirse que, para que se opte por atribuir la vivienda familiar a uno de los cónyuges, es necesario probar que de verdad ostenta el interés más necesitado de protección ya que, si ninguno de los dos consigue probarlo, se atenderá a la titularidad de la vivienda por considerar que ni uno ni otro precisan una protección mayor o, de ser ambos esposos copropietarios, tal y como refleja la STS de 14 de noviembre de 2012<sup>44</sup>, se atribuiría el uso alternativo de la vivienda por periodos de diferente duración.<sup>45</sup>

### 3.Hijos mayores de edad

El Código Civil no hace referencia expresa a esta circunstancia, pero la jurisprudencia ha venido estimando que los hijos mayores de edad no se consideran necesitados de protección y, por lo tanto, se equipara al supuesto de matrimonio sin hijos. Aun así, introdujo la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, un párrafo al art. 93 CC que viene a decir: «Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código.»

Una parte de la doctrina, respaldada por UREÑA MARTÍNEZ y CARRASCO PERERA<sup>46</sup> defiende que rijan los arts. 142 y siguientes del CC antes mencionados, que hacen referencia a los alimentos entre parientes, excluyendo a este respecto la atribución del uso de la vivienda familiar. Se entiende que los arts. 142 y siguientes pueden ser satisfechos o bien incluyendo a la hora de cuantificar la necesidad la cantidad indispensable para habitación o bien manteniendo en la propia vivienda al que tiene derecho a ellos.<sup>47</sup>

Es importante en este sentido la STS de 5 de septiembre de 2011<sup>48</sup>, que resuelve sobre un divorcio en el cual existe un hijo mayor de edad dependiente económicamente

---

<sup>43</sup> SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. “La atribución del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia” en A.A.V.V. *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*. Lasarte, C., Cervilla, M. D. (dir). Tirant Lo Blanch 2018, p. 762.

<sup>44</sup> STS (Sección 1ª) de 14 de noviembre de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:7150).

<sup>45</sup> SAP de Palma de Mallorca (Sección 4ª) de 4 de julio de 2017 (ECLI: ES:APIB:2017:1275). Se analiza la situación económica de cada uno de los cónyuges y se comprueba que la esposa cuenta con un gran patrimonio y numerosos ingresos, mientras que la situación del esposo no es tan privilegiada. No queda acreditado que ninguno de los dos necesite realmente una protección especial ya que, aunque uno de ellos se encuentra en una mejor situación económica que el otro, ninguno tendría dificultades para acceder a una vivienda por lo que se acuerda que disfruten del domicilio de forma alternativa.

<sup>46</sup> UREÑA MARTÍNEZ, M. y CARRASCO PERERA, A. *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de familia*. Ed. Tecnos 2013, p. 235.

<sup>47</sup> HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar, en derecho común”, en AA.VV. *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*. G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) Ed. Reus. Madrid, 2017, p. 79.

<sup>48</sup> STS de 5 de septiembre de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:6237).

del siguiente modo: “Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 42 y siguientes del CC, en el entendimiento de que la decisión del hijo mayor sobre con cuál de los padres quiere convivir, puede considerarse como si el hijo mayor de edad ostentase algún derecho de uso sobre la vivienda familiar, de manera que dicha elección conllevara la exclusión del otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que le pudiera corresponder. (...) 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, según el cual «No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección»”.

Sin embargo, también hay jurisprudencia que avala la necesidad de protección del hijo mayor de edad, pero dependiente económicamente. Así lo establece la SAP de Almería de 19 de junio de 2014<sup>49</sup>, que se pronuncia del siguiente modo: “Procede limitar temporalmente la atribución hasta que el hijo conviviente alcance independencia económica con posibilidad de acceso al mercado laboral una vez que haya completado su formación y, en todo caso, transcurridos 3 años desde la fecha, se extinguirá ese uso atribuido a la madre y al hijo con fecha límite de 1 de julio de 2017, fecha en que deberá abandonar la vivienda, período en que las partes podrán liquidar su patrimonio común o si es el caso de acreditarse la titularidad privativa, recuperar el actor la plena disponibilidad de la vivienda”. Contrariamente a lo estudiado hasta ahora, en este caso considera que el hijo menor de edad está necesitado de protección ya que, hasta el momento, solamente ha tenido trabajos esporádicos cuyos ingresos ha invertido en formación y, por lo tanto, no dispone de una solvencia económica que le permita independizarse. Se estima entonces que esa protección deberá extenderse en el tiempo, pero con una limitación, evitando perturbar así la titularidad de la vivienda y que su propietario pueda hacer uso de ella cuando se estime que ha pasado el tiempo suficiente, en este caso tres años, para que ya no sea necesaria la protección del hijo.

Y, en esta misma línea, existe un sector doctrinal<sup>50</sup> que considera aplicable el art. 96.1 CC a los hijos mayores de edad que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios, lo que se traduciría en la atribución del uso de dicho inmueble a los mismos y al cónyuge con el que conviven. Pese a ello, no se puede aplicar el art. 96 CC a todos los hijos que hayan cumplido la mayoría de edad, sino a aquellos que acrediten su necesidad o su dependencia económica.<sup>51</sup> En este sentido, se pronunció la SAP de

---

<sup>49</sup> SAP de Almería de 19 de junio de 2014 (ECLI: ES:APAL:2014:403)

<sup>50</sup> ABAD ARENAS, E. “Atribución del uso de la vivienda cuando existen hijos. Alusión a los hijos mayores de edad convivientes”. *El Consultor Inmobiliario*, nº 98, 2009, p. 10; ESPIAU ESPIAU, S. *La vivienda familiar en el Ordenamiento Jurídico Civil Español*. Ed. PPU. Barcelona 1992, p. 213; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. “Atribución del uso de la vivienda familiar”. *Actualidad Civil*, nº3, 2016, p.3.

<sup>51</sup> ORDÁS ALONSO, M. *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, cit. p. 245.

Las Palmas de 25 de enero de 2005<sup>52</sup>, que considera que tanto el hijo mayor de edad como la madre deben permanecer en el domicilio por quedar acreditada su necesidad económica, limitando en el tiempo su estancia en el hogar familiar.

Como conclusión, podríamos hacer referencia a la existencia de tres posturas diferenciadas. Si los hijos mayores de edad disponen de ciertos recursos económicos pero no son suficientes para independizarse, debe limitarse el derecho de uso en el tiempo.<sup>53</sup> Si los hijos gozan de estabilidad económica, se fijaría el derecho de uso a favor del cónyuge más necesitado de protección y, en el caso de que no la tuviesen, se valoraría si el progenitor con el que convivan constituye el interés más necesitado de protección.<sup>54</sup>

#### **4.Hijos menores de edad**

Se hace necesario en este caso acudir de nuevo al art. 96 CC: “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”.

Si ya hasta ahora hemos venido hablando de que a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar el criterio principal era el interés familiar más necesitado de protección, en este caso se entenderá que lo primordial será proteger a los menores.

Son numerosas las resoluciones judiciales en las que se hace referencia al principio jurídico *favor filii*, que se podría resumir en la protección integral de los hijos, estimándose el interés superior del menor, primando sobre cualquier otro derecho legítimo con el que pueda entrar en conflicto. El interés que se trata de proteger está aquí por encima de cualquier acuerdo que pueda surgir de los progenitores, siempre que se considere que puede ser perjudicial para ellos, por lo que debe ser aprobado judicialmente en todo caso.

Y, precisamente en atención al art. 96 CC antes nombrado, el uso de la vivienda corresponderá a los menores y para ello se tendrá en cuenta cuál de los progenitores (si es que no lo hacen los dos) ostentará la guarda y custodia.

Según palabras del profesor LASARTE: “no puede haber duda alguna de que, atendiendo al interés de los menores, el principio general es la preferencia del régimen de custodia compartida, según se deduce del estudio en profundidad de los números 4 a 9, ambos inclusive del art. 92”.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> SAP de Las Palmas (Sección 5ª) de 25 de enero de 2005 (ECLI: ES:APGC:2005:213)

<sup>53</sup> SAP de Segovia (Sección 1ª) de 20 de octubre de 2009 (ECLI: ES:APSG:2009:308). Entiende la AP que, al ser la vivienda de carácter ganancial, hay que limitar el derecho de uso y lo hace por un plazo de cinco años, considerando que, en ese periodo, los hijos mayores de edad podrán mejorar su situación económica.

<sup>54</sup> LUQUE JIMÉNEZ, M.C. *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, cit. p. 75.

<sup>55</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C. *Derecho de Familia*. Ed. Marcial Pons. Madrid 2019, p. 130

La custodia compartida fue otorgada en el 33´8% de los procesos de separación y divorcio, mientras que en el 61´5 por ciento de los casos, fue atribuida a la madre de forma exclusiva y solo en el 4´4% lo fue para el padre.<sup>56</sup>

Esto demuestra que las custodias compartidas se están otorgando cada vez con mayor frecuencia en España, sobre todo si lo comparamos con los datos de 2014, donde solo se atribuían en un 21´2% de los casos. Pese a ello, sigue predominando claramente el número de supuestos en los que la guarda y custodia se atribuye a uno solo de los progenitores y más concretamente a la madre. Es por ello que entraremos a analizar más detalladamente cómo se atribuiría el uso del domicilio familiar teniendo en cuenta el tipo de guarda y custodia.

#### 4.A. *Guarda y custodia monoparental*

En ocasiones, los progenitores consideran que lo mejor para el menor será permanecer con uno solo de los padres, bien por su relación con él, bien por las circunstancias profesionales o económicas de cada uno de ellos. En otros casos, será el Juez quien decida y considere la idoneidad de que solo uno de ellos ostente la guarda y custodia mientras que el otro tiene únicamente derecho a visitas.

Tal y como ya hemos mencionado en repetidas ocasiones, lo que se trata de salvaguardar es el interés superior del menor y, por lo tanto, en la mayoría de los casos, se atribuye el domicilio al progenitor que vaya a ostentar su guarda y custodia. Se trata de que el menor vea enturbiada su vida de la forma más mínima posible, sin tener que soportar no solo un cambio de domicilio sino incluso también de colegio y, en general, de entorno. Salvo contadas ocasiones, por lo tanto, este será el criterio a seguir a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar.

Aun así, se discute por parte de la doctrina si realmente este es el criterio a seguir en todo caso, a tenor del art. 96 CC que así parece establecerlo, o si se pueden tener en cuenta otros criterios. Que el interés del menor sea prevalente, no significa que, cuando sea posible atender todos los intereses, no se tome una medida que ampare todos los derechos e intereses. Solo en caso de conflicto debe prevalecer el interés del menor.<sup>57</sup>

En diferentes ocasiones, la jurisprudencia menor ha entendido que, efectivamente, se trata de una interpretación rigurosa del art. 96, que establece que la atribución es automática, imperativa e ineludible.<sup>58</sup> Así lo establece la SAP de Navarra de 22 de septiembre de 2004<sup>59</sup>: “Habiendo hijos menores de edad o incapacitados, la atribución del uso de la vivienda familiar se establece directamente por la ley a favor de ellos, y de manera refleja o derivada (*“per relationem”*), y en cuanto progenitor custodio, al cónyuge en cuya compañía queden aquellos”.

---

<sup>56</sup> Datos publicados por el INE en septiembre de 2019 relativos a 2018, último año del que existen registros publicados ([https://www.ine.es/prensa/ensd\\_2018.pdf](https://www.ine.es/prensa/ensd_2018.pdf))

<sup>57</sup> HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar, en derecho común”, cit. p. 70

<sup>58</sup> PINTO ANDRADE, C. *La atribución del uso de la vivienda familiar*, cit. p. 58

<sup>59</sup> SAP de Navarra (Sección 2ª) de 22 de septiembre de 2014 (ECLI: ES:APNA:2004:962).

Otra parte de la doctrina<sup>60</sup> se muestra partidaria de no aplicar el art. 96 CC de forma automática, sino evaluando las circunstancias de cada familia para ver con claridad cuál es realmente el interés más necesitado de protección, extremo que además ha sido avalado por la jurisprudencia. Entienden que puede suceder que esa necesidad no exista y que, por lo tanto, se trataría de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario.

Esas circunstancias podrían ser tales como que el progenitor custodio esté residiendo en otra vivienda apta para cubrir las necesidades del menor. Así lo establece la STS del 29 de marzo de 2011<sup>61</sup>, al atribuir el uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio debido a que la madre, progenitora custodia, ha adquirido una nueva vivienda junto a su actual pareja. Se estima que las necesidades del menor ya están perfectamente cubiertas y que, por lo tanto, no tendría sentido trasladar de nuevo a la madre y al hijo al que había sido domicilio familiar privando al progenitor no custodio de su uso.

También conviene mencionar a este respecto la STS de 10 de octubre de 2011<sup>62</sup>. El matrimonio residía en un piso del que eran propietarios en un 67% los padres del esposo y en un 33% el propio esposo. Los cónyuges habían adquirido, a su vez, un piso que en el momento del divorcio estaba arrendado a un tercero. Se atribuyó la guarda y custodia a la madre y, por lo tanto, el uso del domicilio perteneciente a sus suegros en un 67% mientras no se rescindiese el contrato de arrendamiento vigente del piso que formaba parte de la sociedad de gananciales. Resuelve el TS del siguiente modo: “El Juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos”.

Se entiende, por lo tanto, que el uso de la vivienda correspondería al menor y con él al cónyuge custodio siempre y cuando no se produjese un abuso de derecho o bien siempre que el menor ya tenga sus necesidades habitacionales cubiertas porque, por ejemplo, el progenitor custodio haya alquilado o comprado otra vivienda. Se considera en estos casos que el interés a proteger no es el del menor, que ya está cubierto, sino el del cónyuge más necesitado de protección, que en esta ocasión será aquel que no dispone de una vivienda.

En una reciente sentencia de 2 de diciembre de 2019<sup>63</sup>, mediante recurso de apelación, el progenitor reclama la guarda y custodia compartida de sus hijos menores, así como el uso de la vivienda familiar ya que había sido atribuido a la madre. Resuelve entonces la SAP de Barcelona del siguiente modo: “En los casos en que existan hijos menores de edad o mayores sin ingresos propios, ante una situación de ruptura familiar ha de procurarse mitigar las consecuencias de tal ruptura en interés de éstos, razón por la cual, a falta de acuerdo entre los cónyuges, si existen tales hijos la vivienda se atribuirá al cónyuge que ostente la guarda y custodia, y sólo para el caso de que no

---

<sup>60</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: Teoría y práctica jurisprudencial*. Ed. Civitas- Aranzadi. Navarra 2005, p. 149.

<sup>61</sup> STS (Sección 1ª) de 29 de marzo de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:1657).

<sup>62</sup> STS (Sección 1ª) de 10 de octubre de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:6496)

<sup>63</sup> SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 2 de diciembre de 2019 (ECLI: ES:APB:2019:14110)

existan hijos, o si existen sean independientes, se atribuirá preferentemente al cónyuge más necesitado de protección, y aún en este caso de forma temporal”.

También puede suceder que el domicilio familiar cuente con unas dimensiones que permitan realizar la división familiar de la misma, de manera que ninguno de los cónyuges tendría que abandonarla. Esto podría realizarse bien mediante la realización de un tabique o incluso, en el caso de que la vivienda contase con varias plantas, atribuyendo una a cada uno de los cónyuges. Se verían así satisfechos los intereses de ambas partes ya que se evitaría el tener que comprar o alquilar un nuevo inmueble por uno de los progenitores. En este sentido se ha pronunciado el Alto Tribunal en la STS de 30 de abril de 2012<sup>64</sup>: “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”.

La jurisprudencia se ha pronunciado, entonces, en ambos sentidos. Pese a ello, tengamos en cuenta que realizar la división material del inmueble no podría llevarse a cabo en la mayoría de los casos, dentro de una realidad social en la cual la mayor parte de las parejas no se pueden permitir una vivienda con unas dimensiones tales que hagan posible la división y que aun así siga resultando habitable. No podemos entender entonces este como un criterio general, sino más bien excepcional, para casos muy concretos.

#### *4.B. Guarda y custodia compartida*

Tal y como mencionamos anteriormente, la custodia compartida está en auge y, aunque todavía se siguen atribuyendo más custodias monoparentales, parece que estas experimentarán un detrimento en favor de las compartidas.

Este incremento tiene como consecuencia que todavía no haya ninguna norma específica con respecto a la atribución del domicilio familiar. Fue en la Ley 15/2005 de 8 de julio cuando se introdujo este nuevo régimen de custodia en modificación del art. 92.5 CC, añadiendo: “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” y que se complementa con el apartado 8º: “Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

También se contempló en el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio<sup>65</sup>, la necesidad de legislar al respecto, centrándose principalmente en el régimen de guarda y custodia compartida y planteando un análisis en su Exposición de Motivos de la realidad social del momento. Se trataba de un anteproyecto ambicioso pero insuficiente, en el que se invitaba a los progenitores a dialogar y elaborar un plan de ejercicio de la patria

---

<sup>64</sup> STS (Sección 1ª) de 30 de abril de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:3056).

<sup>65</sup> Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio, aprobado el 19 de julio de 2013.

potestad, como corresponsabilidad parental, en relación con los hijos, incorporándolo al proceso judicial. Se hace referencia una vez más a la prioridad de acuerdos entre los progenitores, pero teniendo que ser aprobados judicialmente y comprobando siempre que no puedan resultar dañosos para los menores. “Se procurará que en la asignación de la vivienda prevalezca el interés superior de cada menor, por encima de cualquier otra consideración, y se atienden los intereses del cónyuge que más dificultades pueda tener para encontrar una nueva vivienda tras el cese de la convivencia, sólo en la medida en que dichos intereses sean compatibles con el citado interés superior de cada menor. (...) La atribución de la vivienda tendrá siempre carácter temporal hasta que cese la obligación de prestar alimentos a los hijos, si se le hubiera atribuido por tener su guarda y custodia o dos años prorrogables durante otro, si la atribución fue por razón de necesidad del cónyuge o, en todo caso, hasta que se le dé un destino definitivo”.

También es importante mencionar la Ley Orgánica 8/2015, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia<sup>66</sup>, en la cual se vuelve a incidir en el interés superior del menor, en que sea valorado y considerado en todas las acciones y decisiones que le conciernan y, lo más importante, que su opinión sea primordial a la hora de tomar decisiones que le afecten.

Teniendo todo esto en cuenta, tal vez lo más conveniente sería modificar el art. 96 CC e incluir así esta nueva realidad pero, mientras tanto, quedará al arbitrio del Juez. Podría entenderse, por tanto, que resultaría de aplicación el art. 96: “Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente”. Sin embargo, habría que entender esta aplicación de forma extensiva, salvando las distancias, ya que este artículo hace referencia a los casos en los que los menores son separados al establecer la guarda y custodia y en este epígrafe nos estamos centrando justamente en lo contrario, es decir, en los casos en que la guarda y custodia la ostentan ambos progenitores, por lo que tampoco así la norma sería clara ya que seguiría siendo el Juez quien tuviera que decidir al respecto.

Se trata de proteger el interés más necesitado de protección y, en este supuesto, está claro que sería el del menor, pero también sería conveniente atender a otras variantes tales como las circunstancias económicas de ambos progenitores, es decir, si alguno de ellos tiene más facilidades para adquirir o alquilar una nueva vivienda en una zona cercana que permita esa custodia compartida. Es por ello que también se ha contemplado la posibilidad de atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado de protección.

Aun así, siguen quedando muchas preguntas en el aire. ¿Cuál de los dos progenitores sería el idóneo para quedarse en el domicilio familiar? ¿sería más conveniente que el menor se moviese de un domicilio a otro en función del progenitor al que le corresponda su cuidado durante cada periodo? Es por ello que diferenciaremos a continuación entre el sistema de domicilio fijo y el rotatorio.

---

<sup>66</sup> Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

### *a) Sistema de domicilio fijo*

Comúnmente se conoce este sistema como vivienda nido, y consiste en que serán los progenitores quienes vayan trasladándose al domicilio familiar en función de a quien le corresponda la guarda y custodia mientras que el menor permanece en la vivienda. Se trata de protegerlo a él y, por lo tanto, podría ser lo más conveniente para su estabilidad, evitando el incordio de tener que cambiar sus rutinas cada vez que deba moverse de domicilio. Pero, desde el punto de vista de los padres, no es la opción más idónea ya que esto posiblemente acarree nuevos problemas porque, aunque no sea una convivencia propiamente dicha, será complicado establecer los límites de orden y mantenimiento del hogar.<sup>67</sup> También económicamente supondría un gran problema para el cónyuge, ya que debemos tener en cuenta que entre los dos deben mantener tres viviendas, la del menor y la de cada uno de ellos por separado.

Serían dos las posibilidades que existirían en estos casos. La primera de ellas pasa por atribuir el domicilio familiar a ambos cónyuges, de forma que le pertenecerá a cada uno de ellos en su propio periodo de custodia. La segunda se resolvería no atribuyendo el uso del domicilio a ninguno de los cónyuges, sino directamente a los hijos.

En este último sentido se pronuncia, por ejemplo, la SAP de Madrid de 3 de marzo de 2010<sup>68</sup>, en la cual el apelante solicita que se revoque la atribución del uso de la vivienda a su esposa y no se asigne a ninguno de los progenitores ya que se ha establecido el régimen de custodia compartida. La SAP resuelve “entiende esta Sala procedente la revocación del pronunciamiento relativo al uso del domicilio familiar a favor de la esposa, y ello en interés de los hijos comunes menores de edad, que se estima prioritario respecto del de cualquiera de los consortes”. Y también: “Quedará el uso de la vivienda familiar para los hijos y se aprovechará de ello el progenitor al que se le confíe su cuidado, evitándose así que la prole inicie tras la separación de sus padres, una peregrinación domiciliaria”.

También es conveniente mencionar la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla de 8 de abril de 2011,<sup>69</sup> en la que se establece que: “la modalidad de custodia compartida conlleva que no proceda efectuar una atribución exclusiva, considerando al no regir el privilegio de uso establecido en el art. 96 del Código Civil, en favor de ninguno de los cónyuges titulares del inmueble, regirán las reglas de disposición sentadas en el art. 394 del Código Civil, con respecto a los bienes ostentados en régimen de comunidad. Al menos, hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales y se venda la vivienda o se adjudique, previa compensación a uno de dichos cotitulares. Compatibilizando esa finalidad liquidativa con el derecho de los

---

<sup>67</sup> SAP de Palma de Mallorca (Sección 4ª) de 16 de febrero de 2015 (ECLI: ES:APIB:2015:262): “el uso alternativo entre los progenitores de la citada vivienda, se nos antoja en el caso como una mayor fuente de conflictos entre ambos, en temas económicos, de relación y uso de la vivienda que dificultarían el desarrollo de una vida individual de cada progenitor, con control recíproco de la vida del otro, nada recomendable para dos personas que se acaban de divorciar, conflictos que necesariamente han de repercutir en el bienestar de los dos hijos comunes”.

SAP de Bilbao (Sección 4ª) de 19 de enero de 2016 (ECLI: ES:APBI:2016:117). Se opta por dar fin al sistema de vivienda nido ya que está ocasionando numerosos problemas entre los progenitores del menor, cambiando así el uso de la vivienda pero no el tipo de guarda y custodia.

<sup>68</sup> SAP de Madrid (Sección 24ª) de 3 de marzo de 2010 (ECLI: ES:APM:2010:2430).

<sup>69</sup> Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Sevilla de 8 de abril de 2011 (ECLI: ES:JPI:2011:11).

niños a seguir disfrutando del inmueble que les ha servido de morada, se estima que procede establecer un uso alternativo para cada progenitor durante los periodos (trimestres) que les corresponde asumir la función de garantes del cuidado y atención de sus hijos, debiendo el otro abandonar la vivienda durante ese tiempo”.

Queda claro con la lectura de las anteriores sentencias que, cuando se opta por el sistema de vivienda nido, lo ideal sea que se adopte esta modalidad como algo temporal, ya que no es la solución más idónea de cara a una familia que está en crisis y que ya arrastra problemas de convivencia.<sup>70</sup>

Precisamente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de diciembre de 2006<sup>71</sup> se pronuncia en este sentido, al considerar poco idóneo que los progenitores compartan la vivienda cuando existen desavenencias entre ellos: “Presumir que dos personas que mantienen este nivel de enfrentamiento van a sucederse cada año en la posesión pacífica de la vivienda, intercambiando en cada periodo anual enseres, ropa, menaje del hogar, libros, electrodomésticos, teléfono, conexiones de internet, cuadros y recuerdos de la residencia propia, es ciertamente errado”.

Puede concluirse que este sistema solo sería factible entre parejas con ingresos muy elevados<sup>72</sup>, tal y como refleja la STS de 17 de febrero de 2017.<sup>73</sup>

#### *b) Sistema de domicilio rotatorio*

Jurisprudencialmente se ha venido considerando, a menudo, que esta es la fórmula idónea para el bienestar de los menores y, con ello, también de los cónyuges. De esta forma, se atribuiría el domicilio familiar a uno solo de los ex convivientes, donde permanecería el menor en los periodos en que esté bajo su custodia y, el cónyuge no custodio dispondrá de otra vivienda en la que se establecerá el hijo cuando esté a su cargo. Se exige para ello que ambos domicilios estén próximos entre sí, para facilitar así este régimen de guarda y custodia.<sup>74</sup>

Es estos supuestos se aplica por analogía lo previsto en el art. 96 referente a la guarda y custodia repartida ya que, en ambos casos, se ejerce por los dos progenitores y no solo por uno. La diferencia radica en que, en la compartida, las funciones inherentes a la custodia se desarrollan sobre todos los hijos de manera alterna durante periodos de tiempo preestablecidos mientras que, en la repartida, las citadas funciones se ejercen por

---

<sup>70</sup> Se manifiestan contrarias al sistema de vivienda nido tanto la SAP de Álava (Sección 1ª) de 19 de mayo de 2017 (ECLI: ES:APVI:2017:347) debido a inexistente comunicación entre los progenitores y la SAP de Vizcaya (Sección 4ª) de 30 de junio de 2016 (ECLI: ES:APBI:2016:1219) ya que, debido a la mala relación entre los cónyuges, queda patente que el sistema de vivienda nido será un foco de problemas.

<sup>71</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) número 696/2006 de 20 de diciembre (JUR 2007/143259)

<sup>72</sup> GARCÍA PRESAS, I. *Los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis de pareja*. cit. p 77.

<sup>73</sup> STS (Sección 1ª) de 17 de febrero de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:474). Entiende que no se puede mantener el sistema de vivienda nido ya que los ingresos de la madre son bajos y el padre es un autónomo en paro, por lo que no pueden sostener tres viviendas.

<sup>74</sup> DE LA IGLESIA MONJE, M.I. “Atribución temporal del uso de la vivienda familiar”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº728, 2011, p.2314.

cada progenitor sobre alguno de los hijos, no sobre todos, de forma indefinida o permanente.<sup>75</sup>

Se recurriría de nuevo al interés más necesitado de protección a la hora de establecer el uso de la vivienda familiar, de forma que se optaría por atribuírsela directamente al menor, y si no se evaluaría la situación económica de los cónyuges y también la posibilidad de adquirir o alquilar una vivienda cercana a la familiar para facilitar la custodia compartida y que esta fórmula afecte en la menor medida posible a sus costumbres diarias.<sup>76</sup> Por lo tanto, los criterios a analizar serían la capacidad económica para disponer de un inmueble ubicado en las proximidades de la vivienda familiar, motivos de salud o la adaptación de la vivienda a una persona discapacitada.<sup>77</sup>

Y así lo establece, por ejemplo, la SAP de Vigo de 31 de octubre de 2019<sup>78</sup>, en la cual, tras un procedimiento de divorcio, se establece la guarda y custodia compartida y se discute el uso de la vivienda familiar, siendo finalmente adjudicada a la madre por constituir el interés más necesitado de protección teniendo en cuenta que el padre ya reside en otra vivienda en régimen de alquiler. (Véase también STS de 21 de julio de 2016<sup>79</sup>; STS de 22 de septiembre de 2017<sup>80</sup>).

Ante una guarda y custodia compartida, lo habitual es que se le atribuya su uso al cónyuge titular de la vivienda siempre y cuando el otro progenitor disponga de los medios suficientes para acceder a una nueva.<sup>81</sup> En muchas de las sentencias pronunciadas por Tribunales de Primera Instancia o Audiencias Provinciales, ha venido

---

<sup>75</sup> GARCÍA PRESAS, I. *Los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis de pareja*. cit. p. 72.

<sup>76</sup> STS (Sección 1ª) de 22 de septiembre de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:3348): “Es posible la atribución del uso de la vivienda a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o disponer del uso de ninguna otra, menores ingresos) para que de esta forma pueda llevarse a cabo la convivencia durante los períodos en los que le corresponda tener a los hijos en su compañía”.

<sup>77</sup> DE LA IGLESIA MONJE, M.I. “Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº732, 2012, p.2314.

<sup>78</sup> SAP de Vigo (Sección 6ª) de 31 de octubre de 2019 (ECLI: ES:APPO:2019:2470). “En la situación actual don Moisés cuenta ya con vivienda, aun cuando fuera en régimen de alquiler, mientras que doña Teresa reside en la vivienda familiar desde el año 2016. Doña Teresa cuenta con formación universitaria en ingeniería que le permitió trabajar durante el matrimonio, y si bien consta el cese de la relación laboral que tenía no aparece acreditado, ni siquiera se alegó por aquella, cual fuera la finalización del procedimiento laboral de impugnación de su despido, ante lo que no puede estimarse que carezca de fundamento la apreciación sobre expectativas laborales y de recuperación del nivel de ingresos por trabajo a la que se llega en la sentencia que se recurre. En suma de las circunstancias referidas el uso de la vivienda familiar ha de ser adjudicado a Teresa como titular del interés necesitado de mayor protección”.

<sup>79</sup> STS (Sección 1ª) de 21 de julio de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:3888). Se estudia cuál es el interés más necesitado de protección, estimando finalmente que lo es la mujer debido a sus escasos recursos económicos y pese a que la vivienda pertenece al esposo. Se basa para tomar esta decisión en las dificultades de la mujer para acceder a una nueva.

<sup>80</sup> STS (Sección 1ª) de 22 de septiembre de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:3348). “Es posible la atribución del uso de la vivienda a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o disponer del uso de ninguna otra, menores ingresos) para que de esta forma pueda llevarse a cabo la convivencia durante los períodos en los que le corresponda tener a los hijos en su compañía”.

<sup>81</sup> TORRELLES TORREA, E. “Limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no titular durante dos años desde la sentencia de casación. Comentario a la STS de 21 de julio de 2016”. *Revista Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, nº103, 2017, p. 471.

prevaleciendo la opinión de que la vivienda se transmita si es de ambos cónyuges y que cada uno de ellos adquiriera una nueva para vivir con sus hijos cuando los tengan en su compañía con las resultas de la venta.<sup>82</sup>

También existe la posibilidad de que la vivienda no se atribuya ni al cónyuge ni al menor, sino que se le dé la condición de “nido vacío”, rotando los menores en los domicilios respectivos de los progenitores.<sup>83</sup> Se podría así proceder a la venta o arrendamiento del que era el domicilio familiar, ocupándose cada uno de los cónyuges de buscar una nueva vivienda que reúna las condiciones necesarias para el bienestar del menor. Y así lo acredita también la SAP de Baleares de 29 de junio de 2005: “Se considera que no es conveniente la atribución alternada a ninguno de los progenitores custodios porque ello constituiría una fuente continuada de problemas entre los progenitores y lo que se pretende por la Sala es precisamente evitar las ocasiones en que los mismos pudieran producirse. No se efectúa, pues, asignación alguna del domicilio que fue conyugal”.<sup>84</sup>

#### 4.C. *Guarda y custodia repartida*

Aunque no es algo habitual, puede suceder que la guarda y custodia quede repartida entre ambos progenitores, es decir, que se opte por separar a los hermanos. El propio art. 92.5 CC expresa el deseo de no separar a los hermanos tras la crisis familiar. Sin embargo, esta norma no es de obligado cumplimiento y, por lo tanto, se puede dar esa situación atendiendo al bienestar de los menores.

Si acudimos al art. 96 CC ya tendremos claro que esta circunstancia puede producirse, ya que hace referencia a los casos en que los menores sean separados a la hora de atribuir la custodia: “Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente”.

Nos encontramos con que, una vez más, lo primordial a tener en cuenta será el interés más necesitado de protección aunque, en estos casos, el interés de protección es difícil de precisar.<sup>85</sup> Pero también hay otros factores que deberán evaluarse para establecer el derecho de uso del domicilio familiar, como la edad de los hijos, si alguno tiene una discapacidad física o psíquica, los recursos económicos de cada núcleo familiar o a cuál de los cónyuges corresponde la custodia de un número mayor de hijos.<sup>86</sup> La regla que se ha venido siguiendo hasta el momento de no distraer al menor de su entorno habitual no tiene cabida en estos supuestos pues, como es lógico, al menos uno de ellos va a ver modificado su espacio al trasladarse con el otro progenitor.

Tenemos jurisprudencia en distintos sentidos. En ocasiones, se ha optado por atribuir el uso de la vivienda al titular de la misma, en tanto en cuanto también ostenta la custodia de alguno de los hijos.<sup>87</sup> Lo primordial sería precisamente que, en esta

---

<sup>82</sup> DE LA IGLESIA MONJE, M.I. “Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial”. cit. p. 2308.

<sup>83</sup> PINTO ANDRADE, C. *La atribución del uso de la vivienda familiar*, cit. p. 52.

<sup>84</sup> SAP de Baleares (Sección 5ª) de 29 de junio de 2005 (ECLI: ES:APIB:2005:906).

<sup>85</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F. *Régimen jurídico de la vivienda familiar*. cit. p. 488.

<sup>86</sup> COSTAS RODAL, L. *Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2017, p. 908.

<sup>87</sup> GIL MEMBRADO, C. *La vivienda familiar*. cit. p.149.

situación, posesión y propiedad coincidan, salvo que se pruebe un interés más digno de protección atendidas todas las circunstancias.<sup>88</sup> Pero, también ha sido habitual que se haya optado por atribuir el uso al cónyuge que ostente la guarda y custodia de un mayor número de hijos o bien al que ostente la guarda y custodia del hijo o de los hijos más necesitados de protección.

De este modo, se tendrán en cuenta el número de menores que cada progenitor tendrá bajo su custodia, así como la edad y la salud de cada uno de ellos. Una vez evaluado esto, se valorará cuál de los dos progenitores necesita una mayor protección, cuál se encontrará con mayores dificultades a la hora de hallar un nuevo domicilio... Para ello se tendrá en cuenta la situación económica de cada uno de ellos pero, lo que no debe olvidarse, es que tanto la vivienda considerada familiar como la que adquiera o alquile el otro progenitor, deberá reunir unas características similares.

Es necesario nombrar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 10 de abril de 2000<sup>89</sup>, en la cual se acuerda separar a dos hermanas menores de edad. Se basa el Juez para tomar esta decisión en que las menores llevaban mucho tiempo viviendo separadas, algo que no ha causado ningún perjuicio para ninguna de ellas y el hecho de volver a reunir las y cambiar sus circunstancias podría ser, en este caso, todavía más lesivo para las menores que dejar que la situación permaneciera de ese modo, pero con la posibilidad de convivencia entre ambas para los periodos de derecho de visitas, es decir, los fines de semana. Se atribuyó en este caso el uso de la vivienda a la madre y a una de las hijas porque se consideró que constituían el interés más necesitado de protección.

Otra resolución interesante al respecto sería la de 21 de abril de 2005 de la Audiencia Provincial de Cantabria, en la cual se atribuye el uso de la vivienda familiar al padre, residente en Santander, junto a sus dos hijas menores a la vez que la madre, en compañía de su hijo menor, se trasladó a Alicante. Se consideró adecuado hacerlo así porque la progenitora disponía de una buena situación económica en ese lugar, con un empleo estable y una familia que le podía ayudar con el cuidado del hijo, mientras que con el padre tenía una mala relación y su rendimiento académico en Santander tampoco era el adecuado. Las menores, por el contrario, se encontraban en un buen entorno en Santander, donde llevaban años residiendo, y no se consideró oportuno despojarlas de esa estabilidad. Se justifica la sentencia en que esta situación se vino alargando en el tiempo, siendo beneficiosa para todos los miembros de la familia y, por lo tanto, era absurdo entorpecerla ahora. Dado que fue la madre la que se trasladó, es de lógica que el uso de la vivienda se atribuyera al padre junto a las hijas.<sup>90</sup>

Por lo tanto, podría concluirse que lo idóneo sería atender a la titularidad de la vivienda, quedando en su uso el progenitor al que pertenezca y, en caso de copropiedad, transmitirla de forma que, con el precio que se obtenga, puedan ambos progenitores acceder a una nueva. En el caso de que esto no fuera posible, podría intentarse que se

---

<sup>88</sup> CUENA CASAS, M. "El régimen jurídico de la vivienda familiar". cit. p. 412.

<sup>89</sup> SAP de Almería (Sección 1ª) de 10 de abril de 2000 (ECLI: ES:APAL:2000:520).

<sup>90</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2ª) número 197/2005, de 21 de abril (JUR 2005\129327).

estableciera una contraprestación, bien sea directa, bien a través de la prestación alimenticia.<sup>91</sup>

#### *4.D. Violencia de género*

Como punto de partida sería necesario mencionar el art. 92.7 CC, en el cual se hace referencia a la prohibición de establecer una custodia compartida en los supuestos de violencia doméstica: “No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”.

Queda patente con la lectura de este artículo que sería aplicable a cualquier situación de violencia doméstica pero, debido a la realidad social de nuestro país y al elevado número de supuestos de violencia de género, que es aquel tipo de violencia física o psíquica ejercida por parte del hombre sobre aquella mujer con la que mantenga o mantuviese una relación de afectividad, vamos a centrarnos más concretamente en ella. Este artículo sería aplicable para la violencia de género y, por lo tanto y teniendo en cuenta que en esos supuestos no se podría establecer una custodia compartida, ya tenemos claro que no serían aplicables las normas sobre atribución del uso de la vivienda conyugal que rigen para ese tipo de guarda y custodia.

En materia de violencia de género se hace imprescindible acudir a la Ley 27/2003 reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica<sup>92</sup>, en la cual se atribuía a los Juzgados de Instrucción competencias para la adopción de ciertas medidas cautelares con carácter previo al procedimiento de familia que se completó con la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en la que ya se hace una referencia específica a la violencia de género, diferenciándola de la violencia doméstica.<sup>93</sup> Con esta ley se procede a la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que tendrán competencia en materia penal y civil.

Pongamos por caso que hay abierto un procedimiento de separación o divorcio. Si se tiene constancia de que se ha solicitado una orden de protección o bien se ha abierto un procedimiento penal por violencia de género, ese juzgado debe inhibirse a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, de forma que podrá decidir sobre el uso de la vivienda familiar.

Debemos tener en cuenta si el matrimonio o la pareja tiene hijos en común. De no ser así y debido a la especial vulnerabilidad de la víctima de violencia de género, se atribuiría el uso de la vivienda familiar a la mujer. En caso de existir hijos se procedería

---

<sup>91</sup> ORDÁS ALONSO, M. *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*. cit. p. 210.

<sup>92</sup> Ley 27/2003 de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica.

<sup>93</sup> Ley 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

a atribuir el domicilio a la mujer y a los hijos, ya que se considera que también ellos son víctimas de la violencia de género y, por lo tanto, serían el interés más necesitado de protección.

Si hasta ahora veníamos considerando que ambos cónyuges tienen igualdad de derecho a la hora de atribuir el domicilio familiar, nos encontramos con que existe una excepción y será precisamente la de los supuestos de violencia de género, donde tanto la víctima como los hijos tienen prioridad absoluta, sin importar la titularidad de la vivienda. De este modo, si se tratase de una copropiedad se atribuiría a la víctima, quien además seguramente vaya a ostentar la guarda y custodia y podría establecerse de manera temporal o indefinida. Lo mismo sucedería si fuese privativa del condenado.

En el caso de que la vivienda fuese arrendada por el condenado, se atribuiría su uso a la víctima, subrogándose esta en el contrato siempre y cuando se le comunique al arrendador con dos meses de anterioridad.

Así lo establece el art. 64.1 de la Ley de Medidas de Protección contra la Violencia de Género antes citada: “El Juez podrá ordenar la salida obligatoria del inculpado por violencia de género del domicilio en el que hubiera estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar, así como la prohibición de volver al mismo”.

#### **IV. DURACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO**

##### **1. Ausencia de hijos o hijos independientes**

La limitación temporal del derecho de uso es necesaria para no enturbiar de manera perpetua la posesión de terceros. Puede suceder que se haga una atribución del domicilio indefinida, sin establecer un límite de tiempo, pero no es algo que suela ocurrir a menudo, ya que lo común es atribuirlo desde un inicio de forma provisional.

Así, en muchas ocasiones esa limitación temporal vendrá dada precisamente por la mayoría de edad de los hijos. No se entiende que el derecho de uso de la vivienda se mantenga automáticamente para el progenitor que haya estado residiendo en ella por ostentar la guarda y custodia de los hijos sino que, al cumplir los menores la mayoría de edad o alcanzar la independencia económica se termina precisamente ahí y, en el caso de que el cónyuge desee continuar viviendo en el domicilio familiar, tendrá que demostrar que realmente es más merecedor de protección que el otro progenitor. Deberá solicitarlo al Juez, quién estimará durante cuánto tiempo más debe prolongarse el derecho de uso.

Es sumamente importante mencionar a este respecto la STS de 20 de junio de 2017<sup>94</sup>, en la cual aclara que no puede prolongarse indefinidamente el derecho de uso cuando los hijos menores alcanzan la mayoría de edad, sino que podría extenderse en el tiempo pero poniendo un límite: “La adquisición de la mayoría de edad por los hijos da lugar a una nueva situación en la que debe estarse como interés superior de protección, cuando las circunstancias lo aconsejen, al del cónyuge más necesitado de protección, pero por el tiempo que prudencialmente se fije. (...) La mayoría de edad alcanzada por

---

<sup>94</sup> STS (Sección 1ª) de 20 de junio de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:2504)

los hijos a quienes se atribuyó el uso deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas. (...) Superada la menor edad del hijo, la situación del uso de la vivienda familiar queda equiparada a la situación en la que no hay hijos a que se refiere el tercer párrafo del art. 93 CC y la adjudicación al cónyuge que esté más necesitado de protección no puede hacerse por tiempo indefinido, pues según la doctrina de la sala ello «parece más una expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de solidaridad conyugal y consiguiente sacrificio del puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro»<sup>95</sup>.

El criterio del TS es el de equiparar los supuestos de hijos mayores de edad o independientes económicamente a los matrimonios sin hijos, atribuyéndola al interés más necesitado de protección, pero estableciendo siempre un límite temporal. Lo que está claro es que en este supuesto la temporalidad debe ser menor, ya que, a diferencia de lo que sucede en los casos en que hay menores, aquí se está tratando únicamente de corregir la situación de necesidad de uno de los cónyuges, entendiéndose que esta puede superarse con el paso del tiempo.

En la hipótesis de que se opte por limitar el uso de la vivienda desde un principio, pueden seguirse dos criterios. El primero de ellos supondrá, para aquellos matrimonios casados en régimen de gananciales, que el derecho de uso cese una vez que se liquide la sociedad de gananciales. El segundo de ellos consistirá en otorgarle al cónyuge que va a disfrutar de la vivienda un plazo suficiente para superar su situación de necesidad. Una vez transcurrido ese período fijado previamente, cesará el derecho de uso.

Y, precisamente siguiendo el criterio de limitar en el tiempo la atribución de la vivienda hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, se pronunció la Audiencia Provincial de Badajoz<sup>96</sup>, en la cual la vivienda fue atribuida a la esposa de forma indefinida por constituir el interés más necesitado de protección debido a su discapacidad. El marido presenta recurso por considerar incongruente la sentencia de primera instancia, ya que considera que la atribución indefinida de la vivienda es contraria al Código Civil. Resuelve, entonces, la AP de Badajoz del siguiente modo: “Aun aceptando, vistos los términos de la demanda, que no hay incongruencia, la atribución del uso por tiempo indefinido no se ajusta a derecho. El párrafo tercero

---

<sup>95</sup> SAP de Vizcaya (Sección 4ª) de 21 de marzo de 2007 (ECLI: ES:APBI:2007:663). “Estimar que tal uso debe prolongarse bien hasta una edad más allá de la mayoría o hasta que los hijos alcancen la autonomía económica suficiente para satisfacer sus necesidades no sólo entraña una interpretación extensiva del derecho de uso en claro perjuicio del otro cónyuge, también supone atender a criterios o bien arbitrarios o bien indeterminados como serían, respectivamente, una edad no establecida por el legislador o un concepto sumamente relativo e indeterminado como el de «independencia económica»”.

<sup>96</sup> SAP de Badajoz (Sección 2ª) de 31 de octubre de 2019 (ECLI: ES:APBA:2019:1394).

artículo 96 del Código Civil señala que, no habiendo hijos, el uso de la vivienda familiar será por el tiempo que prudencialmente se fije. Y la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene insistiendo en que tal límite temporal opera también en estos casos en que, habiendo hijos mayores de edad, el domicilio se asigna a uno de los progenitores. Es justo el caso. No discutido en esta alzada que el interés más necesitado de protección es el de doña Sagrario, ha de aprobarse que permanezca en el uso de la vivienda hasta que se liquide la sociedad de gananciales”.

De la lectura de diferentes sentencias recientes, extraemos que se viene optando siempre por limitar ese derecho. Sin embargo, no hay un plazo fijado, un plazo que respeten la mayor parte de tribunales, sino que será decisión del juez, en función de las circunstancias de los cónyuges y de sus necesidades, cuál es el plazo idóneo para superar esa desprotección y poder cesar ese derecho de uso. Por lo tanto, nos encontramos sentencias que lo limitan con la liquidación de la sociedad de gananciales, otras que lo hacen por un tiempo de meses o incluso años y otras que lo supeditan a la liquidación de la sociedad de gananciales, pero estableciendo un período mínimo.

Resulta complejo realizar una consideración idónea sobre en qué momento se puede determinar que el cónyuge ha superado la necesidad de protección. Es por ello que, en ocasiones, en lugar de establecer un periodo concreto se ha optado por limitar el derecho de uso al momento en que se considere que dispone de los suficientes recursos para adquirir otra vivienda. El TS considera que la atribución debe continuar vigente mientras se mantengan las circunstancias que determinaron su atribución inicial.<sup>97</sup> De este modo, cuando varíe la particularidad que motivó la atribución del derecho de uso, se consideraría que ese derecho podría cesar.

Como resumen, parece necesario limitar siempre el derecho de uso para no perjudicar al otro cónyuge. Sin embargo, en el caso de que la situación de necesidad persista, podría solicitarse una prórroga a la autoridad judicial.<sup>98</sup>

## **2.Hijos menores de edad o dependientes económicamente**

En el caso de que la vivienda sea atribuida a los hijos menores junto a uno solo de los progenitores, los tribunales han venido extendiendo esa protección hasta la mayoría de edad de los hijos. Pero no siempre ha sucedido así ya que, en otras ocasiones, también se ha considerado que esa protección debe mantenerse hasta que los hijos alcancen la independencia económica<sup>99</sup> o bien hasta que finalice su formación académica.

La primera dificultad con la que nos encontraremos será la de determinar cuando se considerará alcanzada la independencia económica, es decir, si este hecho ya se producirá simplemente con la obtención del primer empleo o si, además, tiene que

---

<sup>97</sup> PINTO ANDRADE, C. *La atribución del uso de la vivienda familiar*, cit. p. 78

<sup>98</sup> CHAPARRO MATAMOROS, P. *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia 2018, p. 185.

<sup>99</sup> SAP de La Rioja (Sección 1ª) de 29 de octubre de 2004 (ECLI: ES:APLO:2004:580). En la mayoría de los casos se atribuye el uso de la vivienda hasta la mayoría de edad siendo conscientes de que se extenderá hasta la independencia económica de los hijos.

existir una estabilidad económica, con un salario suficiente para acceder a una nueva vivienda.<sup>100</sup>

Podemos encontrarnos numerosas sentencias que niegan la posibilidad de extinguir el derecho mientras subsista la minoría de edad, especialmente la STS de 18 de mayo de 2015<sup>101</sup>: “El art. 96 CC establece - STS 17 de octubre 2013 - que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio”. Esta Sentencia venía a anular precisamente una resolución de la Audiencia Provincial de Valladolid en la cual se limitaba el derecho de uso establecido en favor de la madre y el hijo menor por un periodo máximo de tres años, hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.

Otras sentencias posteriores, han seguido esta misma línea, como por ejemplo la de la Audiencia Provincial de Vigo de 29 de junio de 2018<sup>102</sup>: “(...) aun incuestionado que se trata de una vivienda privativa del ahora apelante, gravada con una hipoteca cuyo importe de amortización mensual asciende a 288 euros mensuales, ocurre que el art. 96 CC y jurisprudencia que lo interpreta "no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, 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”.

Podemos entender, por lo tanto, que no se puede limitar el derecho de uso de la vivienda siempre que se trate de proteger el interés del menor, el cual no dispone de otro domicilio que pueda cubrir sus necesidades. Variaría, por supuesto, si posteriormente cambiasen las circunstancias de manera sobrevenida porque, por ejemplo, la expareja llegara a un acuerdo para liquidar la sociedad de gananciales y venderla o bien si el progenitor custodio se fuera a convivir con otra pareja y el menor en otro domicilio, pero esas son cuestiones que abordaremos en otro epígrafe.

Por lo tanto, queda patente que, aunque se suele optar por limitar el derecho de uso una vez alcanzada la mayoría de edad, esa protección suele amplificarse haciendo una interpretación extensiva del art. 96, entendiéndose que no se extingue hasta obtener la independencia económica y, para ello, suelen seguirse distintos criterios, tales como pueden ser fijar la atribución por un plazo concreto<sup>103</sup>, hacerlo hasta que tengan derecho

---

<sup>100</sup> SAP de Salamanca (Sección 1ª) de 18 de julio de 2016 (ECLI: ES:APSA:2016:414): “no queda claro si es sinónimo del concepto de incorporación al mercado de trabajo o si, además, precisa: una estabilidad laboral, un salario adecuado y un contrato fijo y continuado”.

<sup>101</sup> STS (Sección 1ª) de 18 de mayo de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:1951)

<sup>102</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Vigo (Sección 6ª) de 29 de junio de 2018 (ECLI: ES:APPO:2018:1091)

<sup>103</sup> SAP de Madrid (Sección 24ª) de 3 de noviembre de 2005 (ECLI: ES:APM:2005:11578). “El uso del domicilio familiar que se contempla en el artículo 96 del Código Civil, tiene siempre naturaleza temporal, y concluye una vez quedan cumplidas las previsiones de interés más necesitado de protección

a la pensión de alimentos o simplemente hasta la independencia económica pero sin aclarar cuando se consideraría alcanzada.

### **3. Limitación indefinida**

Excepcionalmente, también puede suceder que la atribución del uso de la vivienda familiar se establezca de forma indefinida. Son muy escasas las ocasiones en que esto sucede, pues resulta muy perjudicial para el otro cónyuge el no poder recuperar en ningún momento su disposición de la vivienda y ya que se considera contrario a la interpretación que debe realizarse del tercer párrafo del art. 96 CC. Por lo tanto, esta excepción solo tendría lugar cuando quedase perfectamente patente que el conviviente más necesitado de protección no va a poder superar nunca su situación de necesidad y que no va a poder tener jamás acceso a otra vivienda o bien cuando hay hijos menores, ya que es común que en estos casos no se establezca un plazo concreto.

Algunos de los factores que se podrían tener en cuenta para acordar esa atribución indefinida serían la edad, la ausencia de patrimonio o bien el estado físico.

Tras el estudio de diferentes sentencias relativas a la atribución de la vivienda por tiempo indefinido, queda patente que resulta muy dificultoso encontrar en la actualidad alguna que así lo establezca, ya que, todas aquellas en las que se acuerda no limitar ese derecho de uso, terminan siendo recurridas y casi en su totalidad acaban por desestimar ese carácter indefinido y optan por establecer un plazo. Resulta ciertamente lógico que el propietario tiene derecho a saber cuándo va a poder recuperar su propiedad.

No obstante, resulta interesante mencionar la Sentencia de 10 de enero de 2003 de la Audiencia Provincial de Girona<sup>104</sup>, en la cual se atribuía el uso del domicilio a la esposa durante el lapso de tiempo en que al menos uno de los hijos no tuviera independencia económica y siempre que tal plazo no excediese de ocho años. Presentó recurso la esposa y la AP resolvió del siguiente modo: “Visto que la esposa no tiene recursos económicos directos, pues no trabaja, ni percibe renta alguna y sólo tiene un patrimonio difícil de realizar, aunque no imposible, visto que se le ha atribuido la totalidad de la titularidad de la vivienda, visto que tiene la edad de 63 años y vista la duración del matrimonio y que en la separación de hecho se le atribuyó de mutuo acuerdo el uso del domicilio, es procedente estimar el motivo del recurso y considerar que tal uso no puede quedar limitado en el tiempo como se hace en la sentencia, sino que debe ser un uso indefinido, sin perjuicio de que, si existe un cambio en las circunstancias, se pueda solicitar la modificación de la medida”.

---

contenidas en dicho precepto, esto es, en el momento en que los hijos menores, una vez alcancen la mayoría de edad, obtengan la plena independencia, o se encuentren en situación de obtenerla, lo que viene socialmente aceptándose a los 25 años, por tanto procede establecer dicho límite al momento en que el menor de los hijos comunes alcance dicha edad, a no ser que ambos hijos en momento anterior al expresado, consigan la plena independencia económica”.

<sup>104</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1ª) de 10 de enero de 2003 (ECLI: ES:APGI:2003:22)

También debemos mencionar la sentencia del 10 de octubre de 2019 de la Audiencia Provincial de Toledo<sup>105</sup> en la cual se recurre la resolución dictada en primera instancia, por la cual se atribuye el domicilio familiar a la esposa hasta que se liquide la sociedad de gananciales, si bien esa duración no podrá ser inferior a 5 años. La apelante solicita que ese periodo de tiempo se aumente y la AP resuelve en contra por considerar que se trataría de una atribución prácticamente vitalicia. Se produce, por tanto, una combinación de los dos criterios seguidos hasta el momento, es decir, se atribuye el uso de la vivienda hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, pero a la vez se fija un tiempo mínimo ya que, de hacerlo de manera indefinida, se perturbaría gravosamente el derecho del otro cónyuge.

Tampoco podemos olvidar la Sentencia de 5 de noviembre de 2019 de la Audiencia Provincial de Cuenca<sup>106</sup>, en la cual no se realiza una limitación de la atribución del derecho de uso ya que las circunstancias económicas de la progenitora a la que fue atribuido han empeorado notablemente. Resuelve del siguiente modo: “Consideramos que con respecto al uso de la vivienda sí que se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias, (...) pues en la época de la Sentencia que estableció las medidas, D<sup>a</sup>. Consuelo trabajaba de manera más o menos temporal, mientras que, en la actualidad, no consta ni que ella tenga trabajo ni que perciba prestación o subsidio alguno por desempleo (...). Pues bien, siendo ello así, y si además D<sup>a</sup>. Consuelo no tiene otra casa a la que poder ir con sus hijos, resulta que debe atribuirse a los menores y a D<sup>a</sup>. Consuelo, (bajo cuya guarda quedarán los pequeños), el uso de la vivienda familiar, y de su ajuar y mobiliario, sin limitación temporal, (pues de no ser así los niños quedarían claramente desprotegidos al poderse encontrar sin casa o estar soportando cambios constantes de vivienda en hipotéticos supuestos de arrendamiento, lo que considera esta Sala que afectaría de forma muy significativa y perjudicial a su estabilidad emocional) y ello en observancia de la doctrina establecida por la Sala 1<sup>a</sup> del Tribunal Supremo en Sentencia, por ejemplo, de 18.05.2015, recurso 2302/2013, que establece que en condiciones similares a las del presente pleito hay que realizar tal atribución sin establecer en este momento limitación temporal”.

Sin embargo, tal y como decíamos, esta decisión tiene carácter excepcional, no es la tónica general y, aún en el caso de que se acuerde así, debemos tener en cuenta que siempre se hará mención expresa a la posibilidad de modificar la medida en el caso de que varíen las circunstancias que la motivaron.

---

<sup>105</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1<sup>a</sup>) de 10 de octubre de 2019 (ECLI:ES:APTO:2019:611): “Lo cierto es que aquí se ha establecido un límite de 5 años en los que tal uso obstaculiza seriamente la liquidación de este bien ganancial por su venta, y se pide que se aumente a 10, momento en que el apelado ya tendría 74 años, pareciendo un periodo que, aunque limitado, es tan amplio que prácticamente puede ser casi una atribución vitalicia, siendo que no consta causa que justifique la petición porque no aparece dato alguno por el que las dificultades económicas de la apelante que se subsanarían parcialmente por el uso de esta vivienda ganancial pueda preverse que se superarán en 10 años cuando ya tenga 71 años pero no pueden superarse en los 5 años que se le han fijado de uso, aun percibiendo una pensión compensatoria no limitada en el tiempo, o bien una pensión no contributiva si así le fuera reconocida y que empezaría a cobrar dentro de 5 años, no de 10. Por todo ello parece que lo que se solicita es una atribución en la práctica indefinida, dadas sus circunstancias y las del apelado, que no puede acogerse siendo el tiempo fijado prudencialmente adecuado al caso dado”.

<sup>106</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1<sup>a</sup>) de 5 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:APCU:2019:528).

#### 4. Variación sobrevenida de las circunstancias que motivaron la atribución

Pese a que, en un principio, se haya optado por atribuir el uso del domicilio a uno de los cónyuges, puede suceder que, en el transcurso del disfrute de ese derecho, se produzca alguna circunstancia que motive la extinción del uso. A continuación, analizaremos cada una de ellas.

##### 4. A. Mayoría de edad o independencia económica de los hijos

Partamos de la base de que la atribución de la vivienda familiar durante la minoría de edad de los hijos responde a una necesidad de protección. De este modo, una vez alcanzados los dieciocho años, puede estimarse que esa necesidad de protección ya ha cesado (porque, por ejemplo, el hijo haya alcanzado la independencia económica) y que, por lo tanto, no cabe seguir enturbiando la facultad de disposición del otro progenitor.

Son muchas las sentencias que explicitan que la atribución del derecho de uso cesará precisamente con esa mayoría de edad o independencia económica pero, en otras ocasiones, no se hace así y es por ello que puede el otro progenitor solicitar una modificación de ese régimen y que se extinga el derecho de uso. Así, podrá el juez valorar si realmente esos hijos ya mayores de edad o bien independientes económicamente ya no son el interés más necesitado de protección y que, por lo tanto, ya no resulta imprescindible que sigan usando la vivienda.

Frente a la posición de que el derecho se extinga una vez alcanzada la mayoría de edad, existe otra parte de la doctrina<sup>107</sup> que entiende que, si se considera el derecho de uso de la vivienda familiar como concepto integrante del contenido del derecho de alimentos, pudiendo extenderse más allá de la mayoría de edad, resultarían comprendidos en el art. 96.1CC los hijos que ya hayan cumplido los dieciocho años y que sigan teniendo dependencia económica.

Podría suceder que se extinga el derecho de uso de los hijos, pero no el del cónyuge, ya que se trataría de evaluar de nuevo cuál es el interés más necesitado de protección y podría resultar, dadas las circunstancias, el otro consorte.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de León<sup>108</sup>, de 10 de octubre de 2019, se ha atribuido la vivienda a la esposa, pero el cónyuge recurre solicitando que le sea atribuida a él porque convive con una de las hijas de ambos, aunque esta ya es mayor de edad. Consta que realmente la hija está empadronada junto a su novio, en otro domicilio y que tiene, además, un trabajo. Por lo tanto, se considera que el interés más necesitado de protección es el de la esposa, que tiene 53 años y nula cualificación profesional, mientras que el esposo tiene un puesto de trabajo en el Ayuntamiento. Así, opta la AP

---

<sup>107</sup> ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. “Asignación del uso de la vivienda familiar una vez que el hijo ha alcanzado la mayoría de edad”. *Actualidad Civil*, nº 2, febrero 2014, pp. 212-213; GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, M.L. “La vivienda familiar en situaciones de normalidad y crisis”, en AA. VV. *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*. M. Garrido Melero y J.M. Fugardo Estivill (coords.) Ed. Bosch 2010, p. 1123.

<sup>108</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 2ª) de 10 de octubre de 2019 (ECLI: ES:APLE:2019:1166).

por atribuir el uso del domicilio a la esposa, pero limitándolo por el periodo de un año desde su reentrada en la vivienda: “Ponderando las circunstancias del caso, muy especialmente el tiempo que la Sra. Apolonia puede necesitar para procurarse algún medio de vida más o menos estable y para encontrar una vivienda donde residir acorde a su nivel económico, se considera adecuado limitar la atribución cuestionada a un año desde la reentrada en aquélla de la ahora apelada”.

Otro claro ejemplo es el de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 24 de septiembre de 2019<sup>109</sup>. La vivienda fue atribuida a la esposa y a sus dos hijos menores de edad. Estos ya han alcanzado la mayoría de edad y tan solo uno de ellos sigue viviendo con su progenitor cuando no está en Valencia, ciudad en la que debe residir por motivos académicos. La esposa solicita la modificación de las medidas debido a estas nuevas circunstancias y, una vez constatado que ambos hijos ya no gozan de la necesidad de protección por su mayor edad, queda comprobar cuál de los dos cónyuges es el más necesitado de protección. Se tienen en cuenta para la resolución el hecho de que el esposo trabaja como camionero y no necesita la vivienda de forma permanente, mientras que la esposa sí. También se valora la titularidad de la misma, que pertenece a ella y, por último, la situación económica de ambos ya que, mientras que él dispone de un sueldo, ella alterna periodos de trabajo con otros en los que cobra una pensión de discapacidad o la ayuda familiar.

Se entiende, por lo tanto, que una vez alcanzada la mayoría de edad por los hijos, nos encontramos ante una nueva situación en la que habrá que valorar de nuevo las circunstancias de cada uno de los cónyuges ya que, a partir de ese momento, cesa el criterio de la guarda y custodia y entra en juego el interés más necesitado de protección, es decir, cuál de los consortes precisará realmente continuar con el uso de la vivienda, si es que hay alguno al que deba ser atribuida porque, en ocasiones, lo más conveniente es dar por terminado el derecho de uso y, si fue adquirida en régimen de copropiedad, disolverla. Pero tampoco puede establecerse de manera automática una cesión del derecho de uso por parte del hijo al cumplir los dieciocho años, sino que más bien el límite a tener en cuenta sería el de la independencia económica, siempre y cuando no sea imputable a los hijos mayores de edad la falta de recursos.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de noviembre de 2019<sup>110</sup>, se resuelve un recurso de apelación presentado por la esposa a la cual se le ha atribuido el uso de la vivienda familiar, ya que desea que se extienda su derecho por un periodo de al menos dos años. El ex cónyuge solicitaba una modificación de medidas en primera instancia, pues todos sus hijos habían alcanzado la mayoría de edad y, además de haber finalizado sus estudios, ya estaban trabajando. Deseaba, así, entre otras cosas, que cesara el derecho de uso de la vivienda familiar. Resuelve la AP negando la permanencia de la esposa en el domicilio pues, además de que era ella quién necesitaba una mayor protección al tiempo de la ruptura familiar y también quién ostentaba la guarda y custodia, ahora ya no necesita la vivienda, pues sus ingresos son suficientes y no sería imprescindible prolongar su estancia en la misma y, por lo tanto, seguir

---

<sup>109</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete (Sección 1ª) de 24 de septiembre de 2019 (ECLI: ES:APAB:2019:644).

<sup>110</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 13 de diciembre de 2019 (ECLI: ES:APB:2019:13641).

perturbando el derecho del otro cónyuge. (Véase también SAP de Las Palmas de 3 de marzo de 2017<sup>111</sup>; STS de 23 de enero de 2017<sup>112</sup>).

Por lo tanto, cabe concluir señalando que, parte de la doctrina<sup>113</sup> considera que una vez alcanzada la mayoría de edad el último de los hijos comunes, procede instar un procedimiento de modificación de medidas que, en atención a esa nueva situación, extinga el derecho de uso atribuido a los hijos y al progenitor en cuya compañía queden, procediendo a valorar en función del art. 96.3 CC si se estima necesario.

#### *4.B. Variaciones en la titularidad de la guarda y custodia*

También puede darse el caso de que, en un inicio la guarda y custodia sea atribuida a uno de los dos cónyuges y, con atención a ese criterio, se establezca también el derecho de uso del domicilio a favor de ese mismo progenitor y que, posteriormente, se produzca una modificación en la titularidad de la guarda y custodia y, por lo tanto, probablemente también en el derecho de uso de la vivienda.

Resulta interesante a este respecto la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 30 de octubre de 2019<sup>114</sup>, en la cual se discute la guarda y custodia de los hijos menores, después de ser atribuida a la madre en primera instancia, junto al domicilio familiar. El padre reclama ahora una guarda y custodia compartida, la cual es estimada por la AP, de forma que supone una modificación también en el derecho de uso de la vivienda, la cual pertenece, además, exclusivamente al progenitor. Resuelve la AP de la siguiente forma: “Respecto al uso de la vivienda familiar, el uso de la misma que se atribuyó en exclusiva a la madre de los menores se ha de extinguir como medida consecuente con el sistema de custodia que se establece. Se ha de ponderar el hecho de que la demandada ha formado una nueva familia y convive con su nueva pareja y con las dos hijas nacidas ya de esta unión, albergando también en las temporadas que le corresponden, a los hijos de una relación anterior de la nueva pareja. (...) Bien es cierto que el primitivo pacto por el que se le atribuyó aconseja que deba establecerse un plazo razonable para que la vivienda sea desalojada por la actual detentadora del uso por cuanto ha de seguir albergando a los hijos comunes menores de edad, al menos, en la mitad de los periodos lectivos y vacacionales”. La AP otorga, además, a la madre, un plazo de varios meses para que pueda, mientras tanto, proveerse de una nueva vivienda y abandonar la que pertenece a su ex cónyuge (Véase también SAP de Tarragona de 5 de octubre de 2009<sup>115</sup>; SAP de Cádiz de 20 de marzo de 2017<sup>116</sup>; SAP de Murcia de 6 de mayo de 2008<sup>117</sup>).

---

<sup>111</sup> SAP de Las Palmas (Sección 3ª) de 3 de marzo de 2017 (ECLI: ES:APGC:2017:933). Fija un plazo para que la esposa pueda buscar un nuevo hogar y abandone así la vivienda familiar dada la mayoría de edad de los hijos.

<sup>112</sup> STS (Sección 1ª) de 23 de enero de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:117). La vivienda había sido atribuida hasta la independencia económica de la hija pero, una vez alcanzada la mayoría de edad, estimó el TS que debía valorarse cuál era, a partir de ese momento, el interés más necesitado de protección.

<sup>113</sup> ORDÁS ALONSO, M. *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, cit. p. 185.

<sup>114</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 30 de octubre de 2019 (ECLI: ES:APB:2019:12670).

<sup>115</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª) de 5 de octubre de 2009 (ECLI: ES:APT:2009:1408). Se atribuyó la guarda y custodia a la madre y el uso del domicilio a ella y al hijo menor. La AP decide cambiar la titularidad de la guarda y custodia debido al cambio de circunstancias que se han producido en el entorno del menor, optando así por atribuirla al padre. Debido a esta nueva

Por lo tanto, extraemos que la tónica general es la de, en caso de cambio de titularidad de la guarda y custodia, optar también por la modificación del derecho de uso del domicilio ya que lo habitual es que se atribuya al progenitor con el que el menor va a convivir y, por lo tanto, si cambia esa figura también debe cambiar el derecho de uso.

#### *4.C.Liquidación de la sociedad de gananciales y división de la cosa común*

El propio TS avala la posibilidad de continuidad del derecho de uso sobre la vivienda aún en el caso de que se solicite el ejercicio de la *actio communi dividundo* o la liquidación de la sociedad de gananciales.

Precisamente el art. 400 CC hace referencia a esa imposibilidad de obligar a alguien a permanecer en una comunidad: “Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común”. Por lo tanto, el propio CC ampara al propietario para solicitar que se le entregue su parte, optando por dividir el bien o por venderlo y entregar su precio a cada uno de los copropietarios.

No obstante, debemos tener en cuenta que, pese a ese derecho del copropietario a no tener que permanecer en la comunidad, ello no puede impedir que el otro copropietario siga manteniendo el derecho de uso sobre la vivienda que le ha sido atribuida en la sentencia de separación o divorcio. Por lo tanto, por mucho que se consiga vender el inmueble, el cotitular puede permanecer en su uso, ya que este solo podrá ser modificado por voluntad de los propietarios o bien por el órgano judicial que decidió sobre el proceso matrimonial.

Otro aspecto que habría que tener en cuenta es si, mediante sentencia, se acordó mantener el derecho de uso hasta la liquidación de la sociedad de gananciales o bien hasta la venta del inmueble. De ser así, se considera que se ha alcanzado el extremo establecido por la sentencia y, por lo tanto, no se podría mantener el derecho de uso, el cual ya ha alcanzado el momento de su extinción.

Resulta muy aclaratoria a este respecto la STS de 8 de mayo de 2006<sup>118</sup>: “La doctrina reiterada de esta Sala al abordar supuestos análogos al presente sostiene la

---

situación, el derecho de uso de la vivienda se traspaasa al progenitor del siguiente modo: “En lo que respecta a la atribución del domicilio familiar, propiedad del Sr. Cubo, en la que ha venido residiendo la familia hasta el momento de la ruptura, atendido lo que dispone al respecto el art. 83 del Código de Familia de Cataluña, no existiendo acuerdo entre los progenitores, y habiéndose atribuido la guarda y custodia de Héctor al padre y demandado, así como sin olvidar que la madre reside ahora en la Seu d'Urgell, ha de atribuirse el uso de dicha vivienda familiar al padre y demandado Sr. Jesús . Ello atendido que ése ha venido siendo el domicilio del menor, primero con ambos progenitores y después, hasta que la madre tomó la decisión de trasladarse el día 1 de septiembre de 2009, con la madre mientras tuvo atribuida provisionalmente la guarda y custodia”.

<sup>116</sup> SAP de Cádiz (Sección 5ª) de 20 de marzo de 2017 (ECLI: ES:APCA:2017:249). Cambio en la titularidad de la guarda y custodia del menor en favor del padre, por lo que también a él debe ser atribuido el derecho de uso de la vivienda.

<sup>117</sup> SAP de Murcia (Sección 5ª) de 6 de mayo de 2008 (ECLI: ES:APMU:2008:831). Se priva a la madre del derecho de uso de la vivienda y también de la guarda y custodia de la hija por considerar que contribuía a crear conflictos entre la menor y su padre.

<sup>118</sup> STS (Sección 1ª) de 8 de mayo de 2006 (ECLI: ES:TS:2006:2882).

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. (...) 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».

De todo esto, extraemos que el derecho de uso permanece intacto a pesar de la división de la cosa común, siendo oponible a terceros e inscribible en el Registro de la Propiedad. Por lo tanto, aunque se produzca la venta de la vivienda a un tercero, este debe soportar la carga del derecho de uso, aunque podrá valerse de ella a efectos de pagar un menor precio en la subasta.<sup>119</sup>

También la STS de 28 de marzo de 2003<sup>120</sup> contempla un supuesto en el cual se estimó la venta en pública subasta de la vivienda cuyo uso había sido atribuido a la esposa. Se hace referencia en ella al art. 404 CC, que indica: “Cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio”. Considera, la STS, que “La acción de división es irrenunciable y asiste a cualquier copropietario como derecho indiscutible e incondicional, pues su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, salvo que concorra pacto válido de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a cinco años u otro impedimento legal”. Pero, como es lógico, también hay que tener en cuenta que el derecho de uso de la vivienda ha sido atribuido a la esposa y, por lo tanto, no se puede perjudicar el mismo. Lo hace constar la Sentencia del siguiente modo: “El mandato judicial atributivo del uso no puede dejarse de lado, ni tampoco actúa como prohibitivo de la cesación y división de la comunidad, y es la disposición de la vivienda la que resulta condicionada por el uso judicial, ya se considere el uso como derecho o carga real o dotado de proyección eficaz "erga omnes", pues esta situación ha de mantenerse indemne en tanto subsistan los presupuestos que determinaron su atribución, en este caso al cónyuge cotitular”. Por lo tanto, se salvaguardan aquí dos derechos: el del copropietario a no permanecer en la comunidad y el de la esposa de continuar en el uso de la vivienda que le ha sido atribuida judicialmente.

---

<sup>119</sup> BARCONES AGUSTÍN, N. “Problemas que plantea la división de la vivienda familiar. Especial referencia a la subasta judicial”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2085, 2009. p. 1512.

<sup>120</sup> STS (Sección 1ª) de 28 de marzo de 2003 (ECLI: ES:TS:2003:2152).

#### *4.D.Falta de uso de la vivienda por el cónyuge al que fue atribuida*

Se entiende que, cuando el derecho de uso de la vivienda es atribuido a uno de los cónyuges o a los hijos, se está tratando de establecer una protección sobre ellos. Puede suceder que ese mismo cónyuge opte por utilizar el bien para un fin distinto del establecido o incluso abandonarlo para trasladarse a otra vivienda distinta, burlando con ello la decisión judicial y produciéndose, por lo tanto, un abuso de derecho.

Resulta de interés la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 6 de abril de 2006<sup>121</sup>, en la cual se solicita por parte del excónyuge la extinción del derecho de uso del que estaba gozando la esposa junto a la hija común. De la prueba practicada se extrajo que realmente ya no estaban residiendo en la que fuera vivienda familiar, sino que se había producido una alteración sustancial de las circunstancias, de forma que la exesposa se había trasladado a vivir al domicilio de su actual cónyuge. Hace una referencia clara a la temporalidad, es decir, no se puede considerar que haya abandonado la vivienda familiar si lo ha hecho por un periodo corto y justificado, sino que debe tener una cierta intención de permanencia. Lo aclara la SAP del siguiente modo: “(...) el cambio sustancial de las circunstancias, debe mantener una cierta connotación de permanencia del tiempo y ajenidad, que permiten afirmar la existencia de ese cambio real y no temporal”. (Véase también SAP de Murcia de 31 de febrero de 2009<sup>122</sup>; SAP de Castellón de 7 de julio de 2014<sup>123</sup>; SAP de Badajoz de 12 de enero de 2015<sup>124</sup>).

La jurisprudencia es clara y uniforme a este respecto. Cuando se trata de atribuir el derecho de uso de la vivienda familiar, se atiende al interés más necesitado de protección. Se está perjudicando la posesión de uno de los convivientes para favorecer al otro, el cual se considera que al momento de la ruptura familiar necesita de una mayor protección dadas sus circunstancias. Si ese cónyuge abandona el inmueble o bien no lo utiliza con el fin para el que fue destinado, se entiende que no necesita hacer uso de él y, por lo tanto, no es necesario seguir perjudicando al otro consorte. Se procede, por lo tanto, a extinguir el derecho de uso establecido sobre la vivienda por haberse alterado sustancialmente las circunstancias que motivaron su atribución. También es importante resaltar que, la demanda de modificación de medidas amparada en el no uso

---

<sup>121</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) de 6 de abril de 2006 (ECLI: ES:APNA:2006:154)

<sup>122</sup> SAP de Murcia (Sección 4ª) de 19 de febrero de 2009 (ECLI: ES:APMU:2009:125). Trata el progenitor de demostrar que se ha producido un abandono de la vivienda por parte de la madre, lo que la AP desestima porque de la prueba practicada solamente se puede sostener que el menor pasa tiempo en casa de su abuela, pero únicamente porque la madre del niño precisa ayuda para su cuidado. No se demuestra la permanencia.

<sup>123</sup> SAP de Castellón (Sección 2ª) de 7 de julio de 2014 (ECLI: ES:APCS:2014:877). “Si se acredita que el progenitor custodio y los menores que tiene bajo su guarda no viven en el domicilio familiar, no ejercitan el derecho de uso que les fue atribuido, no existe inconveniente para asignar dicho uso al otro progenitor cotitular de la vivienda familiar”.

<sup>124</sup> SAP de Badajoz (Sección 2ª) de 12 de enero de 2015 (ECLI: ES:APBA:2015:9). “No tiene sentido mantener una atribución en el uso y disfrute del inmueble cuando carece de manera sobrevenida de objeto, puesto que la menor se encuentra perfectamente integrada, desde un punto de vista psicológico, social y escolar, en otra localidad, en la que lleva tiempo residiendo”.

de la vivienda, deberá ir acompañada de todos cuantos medios de prueba contribuyan a acreditar dicha situación.<sup>125</sup> (Véase SAP de Vigo de 13 de julio de 2015<sup>126</sup>).

Puede suceder también que el problema sea que no se está utilizando el inmueble en su totalidad, sino tan solo una parte del mismo. No podría equipararse este supuesto con el no uso, ya que aquí sí hay una utilización del inmueble, aunque no se haga al completo. Es habitual en aquellos casos en los que la vivienda cuenta con más de una planta, por lo que no se optará aquí por extinguir el derecho de uso total, sino simplemente el de aquellas plantas que no se utilizan.<sup>127</sup>

#### 4.E. Especial referencia a la STS 641/2018 de 20 de noviembre de 2018<sup>128</sup>

Especialmente relevante en la materia que nos trae fue la STS de 20 de noviembre de 2018, que venía a resolver la cuestión de qué sucedería con la vivienda en el caso de que el cónyuge que tuviese atribuido su derecho de uso conviviese en ella con una nueva pareja. Tuvo una enorme repercusión dado que hasta el momento la línea seguida mayoritariamente era la de mantener el derecho de uso si existían hijos menores de edad, aunque conviviera con ellos la nueva pareja del progenitor. El TS nunca se había pronunciado directamente sobre este extremo (tan solo lo habían hecho las Audiencias Provinciales de Valladolid, Almería y Valencia) y, por lo tanto, es conveniente analizarla con mayor detalle.

Solicitaba el progenitor demandante que se declarase la extinción del derecho de uso de la vivienda que había sido atribuida en favor de la madre y de los hijos para proceder a la venta de la misma o a su adjudicación. La AP de Valladolid había resuelto que se consideraría extinguido el derecho de uso una vez liquidada la sociedad de gananciales. Hace referencia el TS, principalmente, al interés del menor, analizando los efectos que puede tener la convivencia de la progenitora y sus hijos menores junto a la nueva pareja de la madre con respecto al derecho de uso. Considera el Alto Tribunal que: “la vivienda litigiosa, antes del hecho de la entrada en la vida de la esposa de su nueva pareja, podía seguirse considerando como vivienda familiar en cuanto servía a un determinado grupo familiar aunque desmembrado y desintegrado tras la crisis matrimonial. Pero precisamente por la entrada de una tercera persona en el ámbito sentimental de la esposa y materialmente en la que fue vivienda familiar hace perder a la vivienda su antigua naturaleza de vivienda familiar por servir en su uso a una familia distinta y diferente. (...) Consideramos que, desaparecida esa familia, bien unida o disgregada, la vivienda ha de perder también la consideración de vivienda familiar. Porque no puede calificarse de familiar a la vivienda que no sirve a los fines del matrimonio y estimamos que no tiene sentido que los hijos y el custodio sigan manteniendo el uso de un inmueble que ya no sirve a sus primitivos fines más allá del tiempo que se necesite para liquidar la sociedad ganancial”. También aclara que: “La

---

<sup>125</sup>ORDÁS ALONSO, M. *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*. cit. p. 525.

<sup>126</sup> SAP de Vigo (Sección 6ª) de 13 de julio de 2015 (ECLI: ES:APPO:2015:1496). Se han tenido en cuenta para comprobar que realmente no se estaba utilizando la vivienda familiar datos como el haber presentado una denuncia en la comisaría en la que figuraba otra dirección, el haberse extinguido los contratos de suministro de agua y energía eléctrica, entre otros.

<sup>127</sup> GARCÍA PRESAS, I. *Los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis de pareja*. cit. p 179.

<sup>128</sup> STS (Sala de lo Civil) de 20 de noviembre de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:3882).

introducción de un tercero en la vivienda en manifiesta relación estable de pareja con la progenitora que se benefició del uso por habersele asignado la custodia de los hijos, aspecto que se examina, cambia el estatus del domicilio familiar. No se niega que al amparo del derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad se puedan establecer nuevas relaciones de pareja con quien se estime conveniente, lo que se cuestiona es que esta libertad se utilice en perjuicio de otros, en este caso del progenitor no custodio”.

Hace una clara referencia también a la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de Protección Jurídica del Menor, de forma que habrá que tener en cuenta que su derecho es prioritario y que también deberán valorarse los derechos fundamentales de otras personas que puedan ser vulnerados, así como que ese interés no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

## **V. CONTRIBUCIÓN A LOS GASTOS DE LA VIVIENDA**

Existe todavía otro aspecto importante que dilucidar y es qué sucederá con los gastos de la vivienda una vez esté atribuido su derecho de uso. Tengamos en cuenta que se trata de un desembolso importante, no solo con respecto al mantenimiento de la misma (teléfono, agua, suministros eléctricos...) sino también relativos a la comunidad de propietarios (cuando el inmueble esté encuadrado en una), préstamos hipotecarios y demás.

Podría decirse que existen, en general, dos tipos de gastos. Por un lado, estarían los derivados del derecho de uso y, por otro lado, los inherentes a la titularidad dominical de la vivienda.

En primer lugar, hay que aclarar que puede existir un convenio de mutuo acuerdo y, por lo tanto, no habría nada más que discutir, ya que habría que ajustarse a lo ahí establecido por las partes.

El criterio general será el de establecer que se haga responsable de los gastos el usuario de la vivienda. Así, todo lo relativo a suministros eléctricos, gas, teléfono, internet, agua... correrán a cargo de él, pero también las reparaciones que pueda precisar el inmueble durante su uso. En cuanto a las cuotas de la comunidad de propietarios, en principio también debería costearlas el cónyuge que tenga atribuido el derecho de uso.

Se ha pronunciado a este respecto el TS en su Sentencia de 25 de septiembre de 2014<sup>129</sup>, atribuyendo la vivienda a la esposa en primera instancia y repartiendo los gastos correspondientes a la comunidad de propietarios entre los dos ex cónyuges. Resuelve el TS considerando que, aunque frente a la propia comunidad de propietarios será el titular del bien quien esté obligado al pago, se puede establecer por sentencia matrimonial y de forma interna entre la pareja alterar esta circunstancia: “nada obsta a que un Tribunal de familia acuerde, en aras al equilibrio económico entre las partes (art. 103 CC), que el ex cónyuge que utilice la vivienda ganancial, sea el que deba afrontar

---

<sup>129</sup> STS (Sección 1ª) de 25 de septiembre de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:3819).

los gastos ordinarios de conservación” (véase también: SAP de Palma de Mallorca de 1 de junio de 2010<sup>130</sup>; SAP de Valencia de 5 de diciembre de 2011<sup>131</sup>)

Tampoco podemos dejar de mencionar la Sentencia de la AP de Madrid de 30 de septiembre de 2015<sup>132</sup> que realiza una división entre los diferentes tipos de gastos que puede ocasionar una vivienda: “Sobre esta base es posible distinguir entre gastos por consumibles, gastos ordinarios o de mantenimiento común, y gastos extraordinarios. Es una obviedad decir que el ocupante de un inmueble en régimen de propiedad horizontal debe pagar los gastos derivados de su consumo: luz, agua, teléfono, gas, etc. que utiliza en su vivienda o local. En cambio, no es tan obvia la discriminación entre los demás gastos”. Termina por entender que los gastos individualizables (agua, luz, gas..) correrían por cuenta del usuario con independencia del titular del uso. “Los gastos no medidos por contador, entre los que se encuentran los suministros centralizados de agua caliente y fría, y los demás que sean los comunes y ordinarios de mantenimiento: luz y agua de escalera, mantenimiento de ascensores, limpieza, sueldos y salarios del portero, mantenimiento ordinario de elementos comunes tales como instalación eléctrica, circuitos generales de telefonía y comunicaciones, y pequeñas reparaciones de los enunciados etc., son repercutibles en el usuario porque se beneficia directamente de ellos”. Y, en cuanto a al tercer tipo de gastos: “los de reposición y sustitución de elemento comunes, conocidos como derramas extraordinarias, y más si afectan a elementos estructurales: cubiertas, forjados, pilares, impermeabilización, redes de saneamiento y evacuación de aguas residuales, conducciones generales de aguas limpias y energía, saneamientos de fachadas, etc., son gastos esencialmente de propietario, en tanto que son gastos necesarios que afectan a la esencia y subsistencia del bien”. (Otras sentencias que avalan el pago de los gastos comunitarios por parte del cónyuge que disfruta de la vivienda: SAP de Santa Cruz de Tenerife de 24 de noviembre de 2011<sup>133</sup>, SAP de Toledo de 16 de diciembre de 2005<sup>134</sup>).

---

<sup>130</sup> SAP de Palma de Mallorca (Sección 4ª) de 1 de junio de 2010 (ECLI: ES:APIB:2010:1202) Se atribuye en primera instancia el domicilio copropiedad de ambos progenitores a la madre junto a los hijos, debiendo contribuir el progenitor al pago de la mitad de la cuota de hipoteca. Solicita la exesposa que, en lugar que realizar el pago por partes iguales, se haga de forma proporcional a las posibilidades económicas de los obligados ya que los ingresos mensuales de ella son muy inferiores a los de él. Dicha petición es desestimada por la AP, por considerar que la resolución de instancia no vulnera lo establecido por el CC en cuanto a las cargas del matrimonio.

<sup>131</sup> SAP de Valencia (Sección 10ª) de 5 de diciembre de 2011 (ECLI: ES:APV:2011:6493). Atribución de la vivienda a la madre y al hijo, deseando el progenitor no seguir pagando la hipoteca por mitad. Resuelve la AP: “no es un bien cualquiera, sino aquel en el que la madre ejerce las obligaciones paterno-filiales de guarda y custodia que le vienen atribuidas por la sentencia de divorcio respecto del hijo común de los litigantes. (...) como comunero que es está obligado a sufragar todos los gastos que se vinculan a la adquisición de la cuota ideal que, tras la ruptura matrimonial, ostenta bajo la modalidad de comunidad ordinaria”.

<sup>132</sup> SAP de Madrid (Sección 14ª) de 30 de septiembre de 2015 (ECLI: ES:APM:2015:14110).

<sup>133</sup> SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª) de 24 de noviembre de 2011 (ECLI: ES:APTF:2006:2565). “No puede obviarse que, pese a la cotitularidad de ambas partes de la vivienda objeto de autos, es la hoy apelante -junto con el hijo común- quien (...) tiene atribuido judicialmente el uso y disfrute en exclusiva de ese inmueble, con exclusión del hoy apelado, que no puede servirse de él conforme a su destino. (...) Si uno solo de los copropietarios ha aprovechado y explotado en su exclusivo provecho la cosa común, no se estima procedente que pretenda reclamar de los demás condueños los gastos que hizo para dicha explotación única y, al mismo tiempo, conservar para sí la integridad de los beneficios obtenidos con la misma, sin haber dado participación a los demás, pues ello entrañaría un evidente y recusable enriquecimiento injusto”.

<sup>134</sup> SAP de Toledo (Sección 2ª) de 16 de diciembre de 2005 (ECLI: ES:APTO:2005:1121) “Es criterio jurisprudencial seguido mayoritariamente, sin que se distinga si la vivienda cuestionada es ganancial o privativa, o en régimen de alquiler, que en caso de crisis matrimonial, cuando en alguna de las

Por lo tanto, es un criterio asentado por el TS y seguido por las Audiencias Provinciales el de que corresponderá al cónyuge titular del derecho de uso abonar aquellos gastos correspondientes al uso diario de la vivienda, es decir, teléfono, internet, luz, agua...pero también de aquellos pertenecientes a la comunidad de propietarios que se producen por el uso, es decir, gastos de limpieza, de la luz y agua comunitaria... pero no de aquellos que afecten directamente a la titularidad de la vivienda, tales como derramas extraordinarias que puedan afectar a reparaciones de la comunidad (arreglo de la fachada, pintura de los pasillos...), pago del IBI, seguro de hogar... que deberán ser asumidos por el propietario o, en el caso de que la vivienda pertenezca a ambos cónyuges, por los copropietarios (SAP de Burgos de 9 de marzo de 2010<sup>135</sup>).

## **VI. EL DERECHO DE USO SOBRE LA VIVIENDA FRENTE A TERCEROS**

### **1. Vivienda en arrendamiento**

Puede suceder que la vivienda familiar no pertenezca a ninguno de los cónyuges, sino que exista un justo título para su ocupación, tal y como puede ser un contrato de arrendamiento. Por lo tanto, habría que determinar cuál de los dos puede seguir haciendo uso del inmueble.

En la normativa actual se entiende que, aunque se produzca la crisis de pareja, la protección sobre el cónyuge continúa sin importar quién sea el titular del contrato de arrendamiento y, por lo tanto, se le atribuirá el uso de la vivienda que fue familiar al más necesitado de protección.

Cuando se promulga la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre 1964, todavía no se admite el divorcio en España (se admite la separación y la nulidad pero solo para casos excepcionales), por lo que no hay aquí ninguna referencia a este respecto. Posteriormente, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, introducirá en su art. 15, la posibilidad de que el cónyuge pueda seguir haciendo uso de la vivienda familiar aunque no sea titular del arrendamiento, pero sin hacer ningún tipo de referencia a una posible subrogación en el contrato de alquiler: “En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el

---

resoluciones a que se refieren los artículos 91 y 103 CC se haya proveído sobre el uso de la vivienda, atribuyéndolo a uno de los cónyuges y a los hijos que con él convivan, hay que entender que es a ese cónyuge a quien corresponde abonar tales gastos y que, en las relaciones internas del matrimonio, la obligación del otro está comprendida dentro de la contribución que se le haya impuesto para el levantamiento de las cargas del matrimonio, pues teniendo este carácter por ser un gasto ordinario necesario para el sostenimiento de la familia no hay razón alguna para que deba tener un tratamiento separado, como no sucede tampoco con otros gastos periódicos y vinculados también con el uso de la vivienda, cuales son, señaladamente, los devengados por los servicios y suministros con los que cuente”.

<sup>135</sup> SAP de Burgos (Sección 2ª) de 9 de marzo de 2010 (ECLI: ES:APBU:2010:296) “Los gastos que se refieren al mero uso de la vivienda, como serían los supuestos de luz, agua, limpieza, teléfono y semejantes, deben de ser abonados por el cónyuge que a los efectos del art 96 CCV tiene asignado el uso y disfrute de la vivienda junto con los hijos menores; y ello por entenderse que se valora el abono de estos gastos como parte de la prestación alimenticia de los hijos a los efectos del art 142 CCV. Los gastos que se refieren a la propiedad de la vivienda, deben de ser abonados por ambos cónyuges por mitad tanto en el caso de régimen ganancial, como de separación de bienes o en la proporción en la que cada esposo sea propietario de la vivienda, pues son gastos que derivan de la propiedad del inmueble y no deriva de su mero uso”.

cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil”. Será en la Ley 4/2013, de 4 de junio, de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado del Alquiler de Viviendas cuando se incluya una modificación del art. 15, añadiendo, ahora sí, la opción de que el cónyuge al que se atribuya el uso del domicilio, se subrogue en el contrato: “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”. Sin embargo, la redacción del art. 15.2, sobre la forma en que esto debería producirse, se mantiene intacta: “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”.<sup>136</sup>

Se entiende que, si la vivienda familiar está en régimen de arrendamiento, puede el cónyuge al que ha sido atribuido el uso de la misma continuar en su uso si así lo desea, pero para ello tendrá que comunicárselo al arrendador en el plazo de dos meses desde la resolución y, de esta forma, el cónyuge que continuará con el uso, se subrogará en el contrato de arrendamiento.

Existe una postura enfrentada a este respecto, y es que algunos autores no consideran que el derecho de uso del cónyuge lo sea en calidad de arrendatario, sino más bien lo contrario.<sup>137</sup> En esta misma línea, se entendería que el cónyuge no contratante no se subroga en la posición que ostentaba el otro esposo como arrendatario, no continuando el cónyuge no contratante con la misma relación contractual. Esta idea viene a ser confirmada por la STS de 3 de abril de 2009<sup>138</sup>.

Una de las mayores dudas que puede surgir en cuanto a las viviendas arrendadas será si con la reforma del art. 15 de la LAU efectuada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas es aplicable no solo en las medidas definitivas, sino también al supuesto de uso mediante Auto que resulta de la pieza separada de medidas provisionales, ya sean previas o coetáneas a la demanda.<sup>139</sup> Dado que el problema que trata de resolver el art. 15 LAU es la resolución del contrato de arrendamiento cuando el consorte deba salir de la vivienda, todo parece indicar que la protección al cónyuge y a los hijos menores que se quedan en el hogar familiar, debe extenderse también a las medidas provisionales. Así, si ese derecho de uso fuera confirmado en la sentencia de nulidad, separación o divorcio,

---

<sup>136</sup> COLINA GAREA, R. “La situación jurídica del cónyuge del arrendatario a raíz de la atribución judicial del uso de la vivienda arrendada en los supuestos de nulidad, separación y divorcio”. *Revista de Derecho Privado*, abril 1998, pp. 286-317.

<sup>137</sup> FÍNEZ RATÓN, J. M. “Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos”, en AA. VV. *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. F. Pantaleón Prieto (dir.). Ed. Civitas. Madrid 1995, p. 213.

<sup>138</sup> STS (Sección 1ª) de 3 de abril de 2009 (ECLI: ES:TS:2009:2464).

<sup>139</sup> ORDÁS ALONSO, M. *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*. cit. pp. 430-431.

habría que volver a notificárselo al arrendador en igual plazo y acompañando copia de la sentencia definitiva.<sup>140</sup>

## 2.El derecho de uso derivado de una situación de precario

Nos encontraríamos aquí ante una situación de mera tolerancia de uso, a la que se ha venido calificando como precario. Lo habitual en estos casos es que sean los padres de uno de los miembros de la pareja (aunque también podrían serlo otros familiares) los que, durante la relación, permitan al matrimonio convivir en un inmueble de su propiedad, sin ningún tipo de contraprestación. Esto puede acarrear numerosos problemas si, a la hora de la ruptura familiar, la vivienda es atribuida al otro cónyuge, ya que no existe título alguno para usarla.

Por lo tanto, en el momento de la nulidad, separación o divorcio, el juez optará por otorgar el derecho de uso al consorte en cuya compañía queden los hijos, el cual quedará subordinado a la eventual continuidad del precario tras la crisis matrimonial.<sup>141</sup>

Pero, también puede darse el caso de que se produzca una situación de comodato, es decir, que no consista en la mera tolerancia, sino en la cesión gratuita del uso de una cosa. De optar por esta calificación, si se llegase a considerar que el inmueble continuaba sirviendo al destino de vivienda familiar, el tercero que hubiese cedido su uso no podría recuperarlo a no ser que acreditase una urgente necesidad o hasta que venciera el plazo del contrato. Por el contrario, si se produce una situación de precario, el propietario que la ha cedido podría recuperar la posesión instando un juicio de desahucio por precario.<sup>142</sup> En el caso de que no quede acreditada la existencia de comodato, se entiende que estamos ante una figura de precario y, por lo tanto, el propietario podrá reclamar su posesión cuando así lo desee.

En base a esto, existen dos posiciones jurisprudenciales enfrentadas en cuanto a la situación de precario o comodato. La primera de ellas, sostiene que la simple cesión gratuita del inmueble por parte del tercero para que la familia pueda hacer uso de él no es más que una mera tolerancia, pudiendo los propietarios solicitar la recuperación de la vivienda en el momento en que lo crean oportuno. La segunda postura jurisprudencial, opina que, teniendo en cuenta que el inmueble se ha cedido para que se desarrolle en él la vida conyugal, se crea la figura del comodato, de forma que no concluiría el derecho de uso de sus ocupantes hasta que no finalice el uso para el que se prestó. De ser así, la única forma en que el propietario podría reclamar la posesión, sería acreditando una urgente necesidad.

Hay que destacar al respecto la STS de 2 de octubre de 2008<sup>143</sup> que se pronuncia del siguiente modo: "La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario

---

<sup>140</sup> ORDÁS ALONSO, M. *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*. cit. p 432.

<sup>141</sup> CHAPARRO MATAMOROS, P. *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*. cit. p. 122.

<sup>142</sup> CHAPARRO MATAMOROS, P. *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*. cit. p. 127.

<sup>143</sup> STS (Sección 1ª) de 2 de octubre de 2008 (ECLI: ES:TS:2008:4872).

y su familia como domicilio conyugal o familiar 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". (Véase también STS de 14 de noviembre de 2008<sup>144</sup>; STS de 11 de noviembre de 2010<sup>145</sup>; STS de 30 de abril de 2011<sup>146</sup>; STS de 6 de marzo de 2015<sup>147</sup>).

Resulta claro que la persona que cede el inmueble lo hace para beneficiar a su hijo y, por lo tanto, una vez que se rompa la pareja, finaliza el uso para el que se prestó. Además, el hecho de que la familia pueda permanecer en la propiedad del precarista supone un gran perjuicio para él. Resolvió sobre este asunto la STS de 26 de diciembre de 2005<sup>148</sup>: “el argumento de la protección de la vivienda ligado a la de la familia 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”. (Véase también SAP de Las Palmas de 22 de marzo de 2004<sup>149</sup>).

Posteriormente, la STS de 10 de octubre de 2011<sup>150</sup> señala que: “la atribución de la vivienda que vienen ocupando la hija del matrimonio y su madre que ostenta la guarda y custodia, corre el riesgo de resultar inútil, puesto que sus propietarios pueden recuperarla mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que están legitimados por la inexistencia de contrato con la ocupante de la misma. Ello perjudicaría a la menor, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda”. Está claro que el interés que hay que proteger es el de la menor, pero no perturbando el derecho de terceros que no están obligados a soportarlo, pudiendo así otorgar el uso de una tercera vivienda que no es la que se está utilizando, por lo que finaliza del siguiente modo: “El juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos”. Se contempla, por lo tanto, la opción de atribuir una vivienda distinta de la familiar ya que, la que disponía de tal característica, cuenta con el riesgo de un posible desahucio y no constituye un entorno de permanencia para los menores.

### **3.Ejecución hipotecaria**

El problema que aquí nos encontraremos será cuál de los cónyuges será el poseedor preferente a efectos de un probable despojo y lanzamiento. Tengamos en cuenta que la vivienda familiar ha sido atribuida a uno de los cónyuges y, por lo tanto, de no existir algún tipo de protección, sería muy sencillo por parte del consorte burlar la

---

<sup>144</sup> STS (Sección 1ª) de 14 de noviembre de 2008 (ECLI: ES:TS:2008:7236).

<sup>145</sup> STS (Sección 1ª) de 11 de noviembre de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:6361).

<sup>146</sup> STS (Sección 1ª) de 30 de abril de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:2452).

<sup>147</sup> STS (Sección 1ª) de 6 de marzo de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:992).

<sup>148</sup> STS (Sección 1ª) de 26 de diciembre de 2005 (ECLI: ES:TS:2005:7530).

<sup>149</sup> SAP (Sección 3ª) de 22 de marzo de 2004 (ECLI: ES:APGC:2004:910). “La sentencia de separación no puede crear frente a terceros un derecho del que el matrimonio carecía. No puede tener más derechos frente al propietario, usufructuario, arrendador, etc. un cónyuge separado que el matrimonio conviviente sin crisis”.

<sup>150</sup> STS (Sección 1ª) de 10 de octubre de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:6496).

sentencia judicial ya que, al no haberle sido otorgado su uso y no poder disfrutar de la vivienda, podría optar por dejar de pagar y perder así el inmueble.

Podríamos tener en cuenta, en primer lugar, la regla *prior tempore potior iure*, de forma que se determinaría la preferencia del derecho de uso solamente cuando este haya sido inscrito con anterioridad a la hipoteca en el Registro de la Propiedad. Por otro lado, cuando sea la hipoteca la que se inscriba antes que el derecho de uso, la ejecución de esta hipoteca supone la cancelación, por el principio de purga registral, de la anotación posterior de derecho de uso sobre el inmueble hipotecado.<sup>151</sup>

De este modo, si ha accedido antes al Registro el derecho de uso que la inscripción de la hipoteca, será inmune a una posterior ejecución hipotecaria. Sin embargo, si se ha fijado la hipoteca antes que el derecho de uso, el adjudicatario del inmueble en el procedimiento de ejecución hipotecaria, gozará de preferencia, aun por encima del derecho de uso.

Resulta interesante a este respecto la STS de 8 de octubre de 2010<sup>152</sup>: “Ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda del marido, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y sus hijas. Además, es cierto que en el caso de que el impago y la posterior ejecución hubiese tenido lugar constante matrimonio, se hubiera producido el lanzamiento de los cónyuges como consecuencia de la adjudicación del inmueble al tercero adquirente, argumento que lleva a afirmar que no pueden alterarse las reglas de la ejecución hipotecaria en el caso en que se haya adjudicado el uso del inmueble a uno de los cónyuges que, por otra parte, había consentido en su momento el acto de disposición. Porque, además, no se trata de la buena o mala fe del adquirente, dado que la hipoteca existía y era válida como consecuencia del consentimiento prestado por el cónyuge no propietario antes de la atribución del uso en el procedimiento matrimonial”.

Pero, en ocasiones, resulta todavía más importante que el adquirente acredite la buena fe que la preferencia hipotecaria de inscripción en el Registro de la Propiedad. De este modo, el derecho de uso inscrito con anterioridad a la hipoteca sería oponible al tercero adquirente siempre que lo conozca antes de su adquisición y que solo procederá el lanzamiento de la vivienda cuando el derecho de uso atribuido judicialmente no le sea oponible por tratarse de un adquirente de buena fe, desconocedor de la existencia de tal derecho.<sup>153</sup>

Existe una especial protección otorgada por la Ley 1/2013, de Medidas para reforzar la Protección de los Deudores Hipotecarios, que prevé la suspensión inmediata del desahucio y por un plazo de dos años para “las familias numerosas, las familias monoparentales con dos hijos a cargo, las que tienen un menor de tres años o algún miembro con discapacidad o dependiente, o en las que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones sociales o, finalmente, las víctimas de violencia de género”. Una vez alcanzado ese periodo de dos años, se encontró el legislador con la necesidad de alargarlo por tres años más. Lo hizo

---

<sup>151</sup> PINTO ANDRADE, C. *La atribución del uso de la vivienda familiar*, cit. p. 100.

<sup>152</sup> STS (Sección 1ª) de 8 de octubre de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:5062).

<sup>153</sup> PINTO ANDRADE, C. *La atribución del uso de la vivienda familiar*, cit. p. 101.

en el Real Decreto-Ley 1/2015 de 27 de febrero, de Mecanismo de Segunda Oportunidad. Pero, una vez alcanzado de nuevo ese periodo, el Real Decreto-Ley 5/2017 de 17 de marzo, por el que se amplía la protección de los deudores hipotecarios en situación de vulnerabilidad, se incrementó el plazo de suspensión de lanzamientos hasta el 15 de mayo de 2020.<sup>154</sup>Esta sería, por lo tanto, la única legislación que ampara al menor en el supuesto de desahucio por ejecución hipotecaria.

---

<sup>154</sup>VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. “El interés del menor de edad ante el desahucio de su vivienda habitual”, en AA.VV. *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*. G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) Ed. Reus. Madrid, 2017, p. 172.

## VII. CONCLUSIONES FINALES

**PRIMERA.-** No aparece recogida en el Código Civil ninguna definición de vivienda familiar, por lo que son tanto la doctrina como la jurisprudencia quienes nos acercan a los elementos que conforman el concepto.

**SEGUNDA.-** Habitualidad y habitabilidad son dos de los componentes esenciales del término, es decir, tiene que haber una voluntad de permanencia en la vivienda por parte de la familia y también tiene que reunir unos requisitos mínimos que aseguren el bienestar de sus miembros. Debido a este carácter de permanencia, no se podría considerar vivienda familiar a las segundas residencias.

**TERCERA.-** En cuanto a las plazas de garaje y los trasteros, aunque no hay uniformidad doctrinal ni jurisprudencial, suele optarse por atribuirlos ligados a la vivienda, siempre y cuando se considere que su fin era ya el de dar servicio a la familia.

**CUARTA.-** El derecho de uso sobre la vivienda puede establecerse a través del convenio regulador o bien de un pacto privado, pero debe ser aprobado por el Juez y no puede resultar lesivo para ninguno de los cónyuges y tampoco dañoso para los menores. En el supuesto de que no exista acuerdo entre los consortes, resolverá el Juez a través de un procedimiento contencioso.

**QUINTA.-** En caso de ausencia de hijos, se valorará primero cuál de los consortes constituye el interés más necesitado de protección, atendiendo a circunstancias tales como la edad, el estado de salud... y si ninguno de los dos necesita una mayor protección, se atenderá a la titularidad de la vivienda. Si pertenece a la sociedad de gananciales, podrá establecerse el uso compartido por periodos alternos hasta que se realice la liquidación de la sociedad de gananciales.

**SEXTA.-** Para los supuestos de matrimonios con hijos mayores de edad, hay también dos posturas enfrentadas. La jurisprudencia ha equiparado, a lo largo de los años, la mayor edad con los matrimonios sin hijos pero, otro sector doctrinal, ha considerado que la protección debe extenderse hasta la independencia económica siempre que no sea imputable al necesitado de protección. Por consiguiente, en la hipótesis de que los hijos hayan alcanzado la mayoría de edad, puede llegar a evaluarse si es necesario que se extienda la protección hasta que obtengan independencia económica y, en el caso de dar por finalizado el derecho de uso, se valorará si alguno de los dos consortes está más necesitado de protección que el otro.

**SÉPTIMA.-** Cuando existan hijos menores de edad, se atenderá a la titularidad de la guarda y custodia, de forma que, si uno de los cónyuges la ostenta en exclusiva, a él será atribuido el derecho de uso junto al menor siempre que este no tenga las necesidades habitacionales cubiertas de otro modo.

**OCTAVA.-** Si se trata de una guarda y custodia compartida, podría optarse por atribuir el derecho de uso a los menores en los casos de domicilio fijo, de forma que serán los progenitores quienes se trasladen a la vivienda familiar cuando sus descendientes estén bajo su cuidado. Si se hubiese establecido el sistema de domicilio rotatorio, los progenitores contarán con dos inmuebles diferentes y será el menor quien se traslade a uno y otro en cada periodo de guarda y custodia, de forma que el que había sido

domicilio familiar se atribuirá al cónyuge más necesitado de protección, si es que alguno de ellos lo necesita más que el otro.

**NOVENA.-** En los supuestos de violencia de género, se atribuirá el uso de la vivienda a la mujer y, en el caso de que existan hijos, también a ellos, ya que se considerarán víctimas de la violencia de género y su interés será el más necesitado de protección.

**DÉCIMA.-** La tónica general es la de estimar que, una vez alcanzados los dieciocho años, y si persiste la necesidad de habitación del hijo, tendrían que aplicarse las normas de alimentos entre parientes. Pese a la mayoría de edad, puede considerarse que el cónyuge que hasta el momento tenía atribuido el uso mientras el hijo era menor, pueda continuar en la vivienda mientras no supere la situación de necesidad. Sería conveniente, entonces, limitar ese derecho para no seguir perturbando la posesión del otro progenitor.

**UNDÉCIMA.-** Un cambio en la titularidad de la guarda y custodia puede ocasionar la extinción del derecho de uso. La línea general es la de atribuir el domicilio al cónyuge con el que vaya a convivir el menor y, en el extremo de que se traslade esa titularidad de un cónyuge a otro o bien se pase de una custodia monoparental a una compartida, habrá que valorar de nuevo cuál de los dos consortes debe ostentar el derecho de uso.

**DUODÉCIMA.-** Nadie está obligado a permanecer en una comunidad y, por lo tanto, aunque se opte por dividir la cosa común y realizar la venta de la vivienda, no significa esto que se extinga el derecho de uso, sino que este se mantendrá, siendo oponible frente a terceros y teniendo que soportar el nuevo propietario la carga de ese derecho.

**DECIMOTERCERA.-** El hecho de atribuir el derecho de uso de la vivienda a uno u otro cónyuge, supone que uno de ellos se verá perjudicado, pero es necesario hacerlo así cuando uno de los consortes es el más necesitado de protección. Lo que no podría consentirse es que, burlando esa decisión judicial, el cónyuge no haga uso de la misma o la utilice pero de forma inadecuada, porque se entendería entonces que realmente no la necesita y se extinguiría su derecho.

**DECIMOCUARTA.-** La STS de 20 de noviembre de 2018 creó un precedente en cuanto al derecho de uso sobre la vivienda familiar en los supuestos en que una nueva pareja entra a convivir con la familia. Se estimó, entonces, que el inmueble ya no cumplía con el propósito de servir al grupo, ya que con la introducción de ese nuevo elemento se rompe el carácter de familiar y, por lo tanto, se considera extinguido el derecho de uso.

**DECIMOQUINTA.-** Jurisprudencialmente, se ha considerado a lo largo de los años que los gastos correspondientes al uso diario de la vivienda, tales como internet, luz, agua... deben correr por cuenta del cónyuge usuario de la misma. Sin embargo, para los gastos que deriven de la propiedad, tales como derramas, pagos del IBI... habría que acudir a la titularidad de la vivienda.

**DECIMOSEXTA.-** Cuando se trate de una vivienda familiar en régimen de arrendamiento, pese a la nulidad, separación o divorcio, el cónyuge al que haya sido atribuido su uso podrá permanecer en ella, siempre que notifique su deseo en el plazo de

dos meses desde la resolución, subrogándose así en el contrato y convirtiéndose en arrendatario.

**DECIMOSÉPTIMA.-** Cuando la vivienda familiar haya sido cedida por un familiar de la pareja sin recibir contraprestación alguna, se produce una situación de precario. El propietario podrá instar un juicio de desahucio cuando lo estime oportuno. En cambio, si se trata de un comodato, tendrá que acreditar la urgente necesidad si desea recuperar la posesión del inmueble.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

ABAD ARENAS, E. “Atribución del uso de la vivienda cuando existen hijos. Alusión a los hijos mayores de edad convivientes”. *El Consultor Inmobiliario*, nº 98, 2009.

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. “Asignación del uso de la vivienda familiar una vez que el hijo ha alcanzado la mayoría de edad”. *Actualidad Civil*, nº 2, febrero 2014.

ANGUITA RÍOS, R. M. “El acceso a la vivienda: algunas situaciones problemáticas en torno a la pareja”. *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº14, julio 2011.

BARCONES AGUSTÍN, N. “Problemas que plantea la división de la vivienda familiar. Especial referencia a la subasta judicial”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2085, 2009.

CASTILLO AYNAT, E. “El domicilio familiar ante la crisis matrimonial: abuso en el uso”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 850, 2012.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dir.). *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*. Editorial Reus. Madrid 2017.

CHAPARRO MATAMOROS, P. *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia 2018.

COLINA GAREA, R. “La situación jurídica del cónyuge del arrendatario a raíz de la atribución judicial del uso de la vivienda arrendada en los supuestos de nulidad, separación y divorcio”. *Revista de Derecho Privado*, abril 1998.

COSTAS RODAL, L. *Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2017.

DE LA IGLESIA MONJE, M.I. “Atribución temporal del uso de la vivienda familiar”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº728, 2011.

-“Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº732, 2012.

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

ESPIAU ESPIAU, S. *La vivienda familiar en el Ordenamiento Jurídico Civil Español*. Ed. PPU. Barcelona 1992.

FÍNEZ RATÓN, J. M. “Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos”, en AA. VV. *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. F. Pantaleón Prieto (dir.). Ed. Civitas. Madrid 1995.

GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, M.L. “La vivienda familiar en situaciones de normalidad y crisis”, en AA. VV. *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*. M. Garrido Melero y J.M. Fugardo Estivill (coords.) Ed. Bosch 2010.

GARCÍA PRESAS, I. *Los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis de pareja*. Ed. Reus. Madrid 2019.

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

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar, en derecho común”, en AA.VV. *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*. G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) Ed. Reus. Madrid, 2017.

LASARTE ÁLVAREZ, C. *Derecho de Familia*. Ed. Marcial Pons. Madrid 2019.

LUNA SERRANO, A. *El nuevo régimen de la familia. Matrimonio y divorcio*. Ed. Civitas. Madrid, 1982.

LUQUE JIMÉNEZ, M.C. *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España. Madrid 2012.

MARTÍN AZCANO, E.M. “Limitación de las facultades dispositivas sobre la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial”. *Actualidad Civil*, nº 9, 2014.

MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: Teoría y práctica jurisprudencial*. Ed. Civitas- Aranzadi. Navarra 2005.

ORDÁS ALONSO, M. *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*. Ed. Bosch. Las Rozas (Madrid) 2018.

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

QUESADA GONZÁLEZ, M.C. *La vivienda familiar arrendada*. Ed. Cedecs. Barcelona 1998.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. “La atribución del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia” en A.A.V.V. *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*. Lasarte, C., Cervilla, M. D. (dir). Tirant Lo Blanch 2018.

-“Atribución del uso de la vivienda familiar”. *Actualidad Civil*, nº3, 2016.

SANTOS MARTÍNEZ, A.M. “Efectos de la atribución de la vivienda familiar arrendada en las crisis matrimoniales”. *Actualidad Civil*, nº 15-16, 2012.

SERRANO GÓMEZ, E. *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*. Ed. Tecnos. Madrid 1999.

TAMAYO CARMONA, J.A. *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2003.

TORRELLES TORREA, E. “Limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no titular durante dos años desde la sentencia de casación. Comentario a la STS de 21 de julio de 2016”. *Revista Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, nº103, 2017.

UREÑA MARTÍNEZ, M. y CARRASCO PERERA, A. *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de familia*. Ed. Tecnos 2013.

## **IX.JURISPRUDENCIA**

### **1.Tribunal Supremo**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 31 de diciembre de 1994 (ECLI: ES:TS:1994:20231).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 28 de marzo de 2003 (ECLI: ES:TS:2003:2152).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 26 de diciembre de 2005 (ECLI: ES:TS:2005:7530).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 8 de mayo de 2006 (ECLI: ES:TS:2006:2882).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 2 de octubre de 2008 (ECLI: ES:TS:2008:4872).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 14 de noviembre de 2008 (ECLI: ES:TS:2008:7236).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 3 de abril de 2009 (ECLI: ES:TS:2009:2464).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 18ª) de 28 de septiembre de 2010 (ECLI: ES:APB:2010:7102).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 8 de octubre de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:5062).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 11 de noviembre de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:6361).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 29 de marzo de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:1657).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 30 de abril de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:2452).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 5 de septiembre de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:6237).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 10 de octubre de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:6496).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 30 de abril de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:3056).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 9 de mayo de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:3057).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 31 de mayo de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:3850).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 14 de noviembre de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:7150).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 25 de septiembre de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:3819).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 6 de marzo de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:992).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 25 de marzo de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:1093).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 18 de mayo de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:1951).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 23 de enero de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:117).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 17 de febrero de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:474).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 20 de junio de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:2504).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 22 de septiembre de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:3348).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 20 de noviembre de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:3882).

## **2.Audiencias Provinciales**

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 20 de diciembre de 1999 (ECLI: ES:APB:1999:13533).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de 10 de abril de 2000 (ECLI: ES:APAL:2000:520).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª) de 7 de noviembre de 2002 (ECLI: ES:APCC:2002:940).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1ª) de 10 de enero de 2003 (ECLI: ES:APGI:2003:22).

Sentencia de la Audiencia Provincial (Sección 3ª) de 22 de marzo de 2004 (ECLI: ES:APGC:2004:910).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1ª) de 16 de abril de 2004 (ECLI: ES:APVA:2004:509).

Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja (Sección 1ª) de 29 de octubre de 2004 (ECLI: ES:APLO:2004:580).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5ª) de 25 de enero de 2005 (ECLI: ES:APGC:2005:213).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2ª) número 197/2005, de 21 de abril (JUR 2005\129327).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5ª) de 29 de junio de 2005 (ECLI: ES:APIB:2005:906).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª) de 3 de noviembre de 2005 (ECLI: ES:APM:2005:11578).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2ª) de 16 de diciembre de 2005 (ECLI: ES:APTO:2005:1121).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) de 6 de abril de 2006 (ECLI: ES:APNA:2006:154).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª) de 4 de mayo de 2006 (ECLI: ES:APCC:2006:386).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 4ª) de 7 de junio de 2006 (ECLI: ES:APGC:2006:1683).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) número 696/2006 de 20 de diciembre (JUR 2007/143259).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) de 14 de febrero de 2007 (ECLI: ES:APPO:2007:576).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) de 21 de marzo de 2007 (ECLI: ES:APBI:2007:663).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª) de 17 de abril de 2007 (ECLI: ES:APM:2007:9521).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5ª) de 6 de mayo de 2008 (ECLI: ES:APMU:2008:831).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) de 19 de febrero de 2009 (ECLI: ES:APMU:2009:125).

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 5ª) de 16 de abril de 2009 (ECLI: ES:APC:2009:1254).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 4ª) de 29 de mayo de 2009 (ECLI: ES:APBI:2009:1184).

Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 2ª) de 3 de junio de 2009 (TOL: 1.554.312).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) de 14 de septiembre de 2009 (ECLI: ES:APM:2009:13406).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª) de 5 de octubre de 2009 (ECLI: ES:APT:2009:1408).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia (Sección 1ª) de 20 de octubre de 2009 (ECLI: ES:APSG:2009:308).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) de 11 de febrero de 2010 (ECLI: ES:APM:2010:1800).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24º) de 3 de marzo de 2010 (ECLI: ES:APM:2010:2430).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª) de 9 de marzo de 2010 (ECLI: ES:APBU:2010:296).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) de 6 de abril de 2010 (ECLI: ES:APCA:2010:348).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 4ª) de 1 de junio de 2010 (ECLI: ES:APIB:2010:1202).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª) de 24 de noviembre de 2011 (ECLI: ES:APTF:2006:2565).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) de 5 de diciembre de 2011 (ECLI: ES:APV:2011:6493).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4ª) de 3 de abril de 2012 (ECLI: ES:APA:2012:2637).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) de 24 de mayo de 2012 (ECLI: ES:APB:2012:6386).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 19 de junio de 2014 (ECLI: ES:APAL:2014:403).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª) de 7 de julio de 2014 (ECLI: ES:APCS:2014:877).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) de 22 de septiembre de 2014 (ECLI: ES:APNA:2004:962).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2ª) de 12 de enero de 2015 (ECLI: ES:APBA:2015:9).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 4ª) de 16 de febrero de 2015 (ECLI: ES:APIB:2015:262).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vigo (Sección 6ª) de 13 de julio de 2015 (ECLI: ES:APPO:2015:1496).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) de 30 de septiembre de 2015 (ECLI: ES:APM:2015:14110).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 4ª) de 19 de enero de 2016 (ECLI: ES:APBI:2016:117).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) de 3 de mayo de 2016 (ECLI: ES:APPO:2016:622).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) de 30 de junio de 2016 (ECLI: ES:APBI:2016:1219).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª) de 18 de julio de 2016 (ECLI: ES:APSA:2016:414).

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª) de 16 de enero de 2017 (ECLI: ES:APC:2017:88).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3ª) de 3 de marzo de 2017 (ECLI: ES:APGC:2017:933).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) de 20 de marzo de 2017 (ECLI: ES:APCA:2017:249).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª) de 19 de mayo de 2017 (ECLI: ES:APVI:2017:347).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 4ª) de 4 de julio de 2017 (ECLI: ES:APIB:2017:1275).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vigo (Sección 6ª) de 21 de junio de 2018 (ECLI: ES:APPO:2018:923).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vigo (Sección 6ª) de 29 de junio de 2018 (ECLI: ES:APPO:2018:1091).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete (Sección 1ª) de 24 de septiembre de 2019 (ECLI: ES:APAB:2019:644).

Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 2ª) de 10 de octubre de 2019 (ECLI: ES:APLE:2019:1166).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª) de 10 de octubre de 2019 (ECLI: ES:APTO:2019:611).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 30 de octubre de 2019 (ECLI: ES:APB:2019:12670).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2ª) de 31 de octubre de 2019 (ECLI: ES:APBA:2019:1394).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1ª) de 5 de noviembre de 2019 (ECLI: ES:APCU:2019:528).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) de 5 de noviembre de 2019 (ECLI: ES:APV:2019:4580).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18º) de 2 de diciembre de 2019 (ECLI: ES:APB:2019:14110).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 13 de diciembre de 2019 (ECLI: ES:APB:2019:13641).

### **3. Juzgados de Primera Instancia**

Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Sevilla de 8 de abril de 2011 (ECLI: ES:JPI:2011:11).